

Espaço “longo” tempo “breve”. Itinerários da metanarrativa constitucional: o constitucionalismo sincrético

*Caíque Thomaz Leite da Silva**

Resumo

Tecemos considerações breves sobre a indissociabilidade ontológica entre tempo, espaço e direito, convocando reflexivamente o sentido do direito hoje, no nosso tempo breve, no nosso espaço longo. Exige-se do direito constitucional que capte a relevância jurídica de outras espessuras normativas, constituindo um novo constitucionalismo universal não exclusivo: o constitucionalismo sincrético: “Cruzada” à universalização reconfortante e valorativa de todos os âmbitos de internormatividade do constitucionalismo e sobrevalorativa do real verdadeiro. A intencionalidade normativa a ser considerada pelo juízo decisório deve compreender constitucional nacional, constitucional comunitário e constitucional internacional, que se inter-relacionam sem hierarquia linear, exigindo um juízo de constitucionalidade conglobante que realiza o sentido do direito através da racionalidade dialética, exigindo que o ponto de partida do procedimento judicativo seja o proble-

ma, com limite último na “autotranscendência prático-cultural” fundamentante da unidade de onde os subsistemas divergem em concretização.

Palavras-chave: Caso concreto. Constitucionalismo sincrético. Espaço “longo”. Hierarquia. Tempo “breve”.

* Doutorando em Direito Público e pós-graduado em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal. Banca examinadora da American University (Washington-USA). Investigador do Instituto de Direito Penal Económico Europeu (IDPEE). Bolsista do curso de Direito Internacional Humanitário (IGC). Membro do grupo de trabalho encarregado da elaboração do *Manual de direitos humanos* da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor convidado da pós-graduação em Direitos Humanos da Universidade de Coimbra. E-mail: caique.thomaz@hotmail.com

↳ Data da submissão: 4-8-2012 Data do aceite: 4-9-2012

§ 1º - O mundo acadêmico tem lá suas praxes. Umas cruéis, umas hipócritas, umas justificáveis. Não penso que os agradecimentos por um trabalho devam ser inspirados por uma praxe qualquer. Eles devem ser um momento verdadeiramente nosso, e, talvez, o único momento apodíctico do que aqui se publica, e por isso não o escondo vergonhosamente numa nota de rodapé.

§ 2º - Particularmente, prefiro a palavra falada. Não porque a resiliência nos permite conduzir o interlocutor à nossa zona de conforto, mas porque o que se diz esvai-se no tempo. É, pois, efêmero. Efemeridade que tão bem sintetiza o ser pessoa e o ser direito. Já o que se publica, “mancha” a alma como a tinta “mancha” o papel que a vivifica. O que se escreve, lembrei-me de Einstein: “não serei presidente de Israel, a política é a ciência do agora, as equações são para a eternidade.” Pretensão de infinitude que não tenho, não porque o direito seja menos racional que a matemática, mas pela superlativa incapacidade deste que vos comunica.

§ 3º - Porque, então, o faço, mesmo certo de que esse espaço poderia ser melhor aproveitado? Tenho para mim que ao homem não se deveria permitir ir suficientemente longe a ponto de não enxergar seus primeiros passos. E a Toledo faz 50 anos. É razão suficiente.

§ 4º - Agradeço, ainda, ao Senhor Professor Doutor Fernando José Bronze, pela inestimável contribuição crítica em relação aos pontos ininteligíveis deste paper, bem como aos meus colegas de seminário, pela paciência e disposição em iluminar-me o caminho.

§ 5º - Uma última nota. Agradeço aos funcionários das nossas bibliotecas. A praxe é cruel convosco. Vocês são como nossos neurónios: trabalham em silêncio, são sempre esquecidos, mas tornam todo o trabalho possível, o nosso constituir, e o constituir do direito, pois, parafraseando W. Shakespeare, nós somos

feitos da mesma matéria que são feitas nossas leituras.

§ 6º - O que se publica, com jeito de complexidade e incompletude, é apenas o ensaio de uma solução (im)provável para um problema necessário. Outros virão. Sugestões são bem vindas (COIMBRA, JUNHO DE 2011).

Espaço longo e tempo breve: notas introdutórias

Tempo e espaço são dimensões ontologicamente indissociáveis, de modo que não há tempo fora do espaço nem espaço fora do tempo. E o direito? Poderá constituir-se numa metafísica suspensa sobre nosso existir? Existirá direito fora do tempo espaço? O direito, enquanto disciplina da razão prática, é densamente histórico: muda no espaço e no tempo, e seu modo de ser, o ser do direito, só pode ser sendo – “o direito não é pura e simplesmente (seja em que realidade for), *constitui-se*” “em referência condicionante à realidade histórico-social”¹ – não há a-historicidade que seja jurídica, seja o a-histórico cultural, social, político, moral ou ético. Mas qual será o nosso tempo espaço? O momento contemporâneo é de aproximação, de des-temporalização e despacialização: as nossas dimensões mundividenciais não são outras que dimensões de um *idem sentire*. Uma sociedade complexa, fragmentária, mas que avoca, a todo momento, o respeito pelo *idem*

sentire que nos constitui com o outro e nos constitui com o mundo. Ao “projecto social global” deve corresponder instrumentos regulatórios que permitam a paz social global, o *ser* humano no igual e o *ser* humano no diferente. O “encurtamento” do espaço tem como marcos fundamentais a Carta da Organização das Nações Unidas, de 1945, e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, posteriormente seguidos pelos Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, de 1966, que deram forma à *international bill of rights*. Na Europa, a aproximação espacial coube à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais, de 1950, ao passo que no continente americano encontramos o primeiro diploma da era da universalização do direito: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948. Além da simbologia quase mística que marca a primeira fase de interpretação desses diplomas, temos os institutos normativos primevos que nos colocaram no caminho da despacialização: os estados aproximam-se no cenário internacional almejando uma compreensão unívoca do *ser*, *ser* direito e *ser* pessoa, superando a “era vestefaliana” da actuação interna exclusiva (Jean Bodin) e actuação externa absoluta (Vattel).

Por outro lado, a redução da dimensão temporal do nosso modo de ser é marcada pela evolução da ciência e tecnologia, com a redução do tempo de deslocamento espacial, seja do ser, seja da informação, com a expansão do raio das acções, nomeadamente da internet, e a pretensão de infinitude do homem do nosso tempo.

O direito do Estado de actuação interna absoluta e externa exclusiva mostrou-se, ao longo do século passado, incapaz de sustentar normativamente a resolução dos conflitos do ser, tanto por insuficiência prescritiva de um direito rijo que não acompanhava o desenvolvimento económico-social, como por autossuficiência do poder político que ignorava a intencionalidade axiológica do modo de ser do direito. O direito internacional dos direitos humanos em superação da organização geopolítica de confrontação de espaços fechados ofereceu espessura *soft*, filologicamente completa, mas a sua incapacidade praxiológica típica de uma politologia que carece de um princípio de organização coactiva o fez incorrer no mesmo vício do sistema superior nacional. O recente direito superior comunitário decerto que absorve e aperfeiçoa notas dos ordenamentos superiores nacional e internacional, em especial com a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e a organização funcionalizada da sepa-

ração de poderes, mas também carece de uma forma de controlo externo, tornando a vontade a força motriz do processo de integração e realização do direito comunitário, a despeito dos mais eficazes instrumentos institucionais de coação do poder político.

Parece, entretanto, que todo o esforço depositado na interpretação dos ordenamentos superiores para a realização do ser nos conduz a um estado de insatisfação: todos os ordenamentos se mostraram incapazes para carregar, sozinhos, a cruz antropológica de realização judicativa do direito do tempo actual.² Para esse tempo e espaço únicos, precisamos convocar a unidade do ser direito para tutela do outro ser: o ser pessoa... em sua dimensão fundamentante (dever ser)... do ser direito. E aqui talvez caiba uma nota esclarecedora: poderia o modo de ser do direito apresentar uma dimensão fundamentante estática? O modo de ser do direito é petrificado pela intencionalidade axiológica comunitária? A dimensão fundamentante, aqui, o modo de ser da dimensão fundamentante, como o modo de ser do direito, também é histórico-constituendo, pois, mesmo antes do ser humano transcender à condição de ser pessoa, o seu modo de ser só é sendo.³ Noutras e simplificadoras palavras: o modo de ser do direito e o modo de ser de sua dimensão fundamentante (o ser pessoa)

é sendo, num *continuum constituendo de retroalimentação*.⁴ Unidade do ser pessoa e do ser direito que parecem nos conduzir em direcção contrária à independência autopoietica de subsistemas normativos superiores do direito “ciência” – nacional, comunitário e internacional – e que convoca o sentido da inter-normatividade da integração. O ser pessoa integrado e o ser direito integrado. O que nos conduz a outro plano reflexivo: a organização dos ordenamentos superiores de múltiplos espaços no espaço único da tridimensionalidade – *ius*, tempo e espaço – do direito. As dimensões do tempo não são ignoradas: factores de índole histórico-sociais implicados na índole e estrutura do direito no nosso tempo “breve”. A dinamicidade do desenvolvimento social e institucional desvinculando o jurídico de esquemas tradicionais de validade e eficácia do tempo “longo” da racionalização científico-tecnológica, de subsistência do “tempo passado” do pragmático autopoietico, projectando o “tempo futuro” do *corpus iuris publicus* da cosmopolis (já espaço “curto” em Vestefália, espaço “longo” no pós-Vestefália e espaço que já não se espera “breve” do processo de (des)integração europeia... etapas do espaço “único” da mundialização do ser, do espírito do mundo diria hegelianamente), que já fora “tempo passado” sem ser verdadeiramente ser direito.

A convocação do direito no tempo e espaço do ser humano é uma solução possível,⁵ mas a convocação do direito é indispensável para o ser humano transcender axiologia do ser pessoa.

Não falamos do homem, nem da bio-antropologia, nem da etiologia, nem da sociobiologia, ou sequer mesmo da antropologia científico-cultural estrita. Falamos do homem-pessoa – que é mais do que o *zoon politikon* aristotélico, mais do que o *animal rationale* justamente criticado por Heidegger, mais inclusivamente do que a individualidade definida por Boécio (*persona est rationalis individua substantia*), pois o que decisivamente distingue esse homem não é o seu *ser substancial*, mas o seu *ser-pessoal*.⁶

Existe ser na dimensão antropológica sem o ser direito, mas o ser pessoa, e ser que é na dimensão axiológica, só com e na mediação do ser direito.⁷ Se o sentido, a unidade compreensiva do ser pessoa que se realiza no e através do ser direito não pode se reduzir ao expresse da normatividade de racionalidade positivística⁸ herméctica e logicamente autorreferente, deve, antes, convocar-se a “unidade material do sentido” do normativo-expresse para transcender ao axiológico normativo, pois

o direito é normatividade histórico-comunitariamente assumida justamente *como direito*, e tê-lo-emos nesses termos sempre que estivermos perante um jurídico dever-ser que é.⁹

E aqui talvez seja o momento de, despidendo-nos do eufemismo do pudor

acadêmico, colocar o “problema”: o ser humano ascende à categoria de ser pessoa através da mediação do direito, que, por relação de remissão recíproca, só poderá ser direito enquanto mantiver a pureza da intencionalidade fundamentante no ser pessoa, unidade material de sentido do normativo.¹⁰ Por outro lado, a compreensão do direito sem solução de continuidade, ou seja, sem interstícios temporais de “estados de natureza” em sua concepção pessimista hobbesiana, exige que o direito seja sempre direito do seu tempo espaço, já que a suspensão metafísica pode afastá-lo da realidade das ruas, das transformações sociais e, portanto, romper a continuidade em espaços de não direito. Intencionalidade que exige uma compreensão holista do direito, do ser direito que serve ao ser pessoa, em termos de uma reflexão conjunta dos ordenamentos superiores dos “espaços” nacionais, comunitário e internacional.

O constitucionalismo sincrético

A palavra sincretismo tem origem grega (συγκρητισμός). Originariamente, apresentava o significado de “coatização dos cretenses”, (composto de σύν “com ou junto” e Κρήτη “Creta”) e representava uma junção de doutrinas que irradiavam de fontes diver-

sas, adotando como referentes crenças religiosas e escolas de pensamento filosóficas. Na história das religiões, o sincretismo é uma fusão de concepções religiosas diferentes ou a influência exercida por uma religião nas práticas de outra. O sincretismo sempre foi visto pejorativamente como “interferência” ou “impureza” de uma doutrina, incapaz de autossuficiência. Emprego a palavra, entretanto, com outro “espírito”, mas com o mesmo significado: o sincretismo da tolerância, do respeito, da aceitação de verdades parentas e perenes: o sincretismo de união no diferente, de fraternidade e de aproximação entre mundividências distintas de um mundo único, da convergência na pressuposição da unidade material e divergência na realização já prático-constitucional, nos âmbitos nacionais, comunitário e internacional.

A expressão “constitucionalismo sincrético” tem um grau de afinação conceitual mais elevado que expressões como “constituzionalismo multilivello”, “constitucionalismo transnacional”, “neoconstitucionalismo supranacional”, “constitucionalismo quase-federal”, “constitucionalismo multinível” ou “multilevel constitutionalism”, no contexto daquilo que pretendemos apresentar ao longo do presente: a inexistência de um princípio linear de hierarquia ou de uma representa-

ção geométrica piramidal, estruturada com base numa norma “fundamental” e, sim, do constitucionalismo como processo¹¹ internormativo, interpessoal e interinstitucional resultado do crescente diálogo no espaço público global decorrente da implementação da participação de atores e do surgimento de novos, promovido especialmente pelo direito internacional dos direitos humanos, que, além de “humanizar” o direito internacional público, ampliou a legitimação política e jurisdicional.

Com efeito, se estamos a falar da inexistência de hierarquia, a indicação de níveis é inapropriada: se os diferentes subsistemas que compõem a sistemática ordem jurídica global têm a mesma espessura e apresentam-se dialecticamente com a mesma importância para a ordem constituída-constituenda, é incongruente representação lexical que indica o inverso. Ainda, transnacional e supranacional deduzem relações instauradas somente no âmbito interestadual, ao passo que o neoconstitucionalismo, mais do que representar relações instauradas nos diferentes âmbitos normativos do constitucional, almeja o sincretismo entre moral e direito, e não entre direito e direito, e mesmo as alusões aos aspectos interpessoal e interinstitucional devem ser consideradas dentro do processo internormativo numa relação de remissão recíproca sem,

entretanto, se restringir a ele, ou não haveria espaço livre do direito.

Por fim, constitucionalismo quase-federal só poderia ser utilizado se pensarmos numa ordem quase-federal global, ou reduziríamos a dimensão espacial do fenómeno representado. Por outro lado, “emerging global constitution”, “constitution of mankind” e “universal constitution of public international law” são expressões que acentuam a unidade material do sistema jurídico que mencionamos no tópico introdutório, que assimilam o holismo da unidade e sentido do sistema de direito, mas que vemos como uma fase posterior, talvez um grau óptimo, do constitucionalismo sincrético, pois enquanto aquele denota uma força motriz unívoca, este, nos termos que aqui tentamos caracterizar, forma-se por estruturas atomizadas de poder mutuamente implicadas.¹² Em síntese conclusiva, o constitucionalismo sincrético é a internormatividade não hierárquica entre os *bloc de constitutionnalité* nacional, comunitário e internacional, ou, simplesmente, interconstitucionalidade. Não hierárquico porque não há centralização da vinculatividade do jurídico-constitucional, mas uma estrutura atomizada de poder que flui de todas as direcções e que não é enfeixado por nenhuma delas.¹³

A confrontação de espaços fechados é asfixia política: estamos imersos no supra-inter-trans do espaço público global. Exige-se do direito constitucional que capte a relevância jurídica de outras espessuras normativas, constituindo um novo constitucionalismo universal não exclusivo: o constitucionalismo sincrético. “Cruzada” à universalização reconfortante e “valorativa de todos os âmbitos de internormatividade do constitucionalismo e sobrevalorativa do real verdadeiro (caso decidendo)”. O movimento juspublicístico que constitui o novo espaço público assiste ao renascimento de um “constitucionalismo global convergente ou constitucionalismo sincrético”, onde são cada vez mais nítidos e sistemáticos movimentos de expansão do direito internacional dos direitos humanos e contracção da cláusula de reserva de soberania, que atenua progressivamente a dicotomia entre direito constitucional e direito internacional público reestruturando o Estado-Nação que só podia ser território constitucionalmente delimitado, em espaço público global, com a emergência de fenómenos como a constitucionalização do direito internacional, constitucionalização ou federalização do direito comunitário, internacionalização do direito constitucional e do direito comunitário, e de um constitucionalismo comparativo¹⁴

de ética mundializante de matriz que elide o constitucionalismo estático de confrontação de espaços fechados e promove um constitucionalismo comunicativo entre nações e povos, de primazia do ser pessoa sobre a técnica, movimentando-se para deslocar a tecnocracia do âmbito da fundamentalização dos direitos para o da administração do espaço público global, legitimado não pela cidadania do eu, mas pelo holismo do *we the people of the United Nation*, pelo cidadão da *cosmopolis*, em constante e progressiva superação dos nacionalismos apertados rumo à “república mundial de cidadãos livres e iguais”, manejando o constitucionalismo sincrético para o preenchimento material do imperativo categórico global.

Temos na Europa uma dupla limitação de soberania, com um sistema de retroalimentação entre os Estados-membros, ordenamento comunitário supranacional¹⁵ (*communitarian bill of rights*¹⁶), direito internacional universal (*international bill of rights*¹⁷) e europeu (*european bill of rights*¹⁸), sistemas normativos que se inserem na ordem que é o jurídico, e que se sobre põe e interpenetram-se, judicializando a internormatividade em espaços geográficos nacionais e supranacionais, com o Tribunal de Justiça da União, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Tribunais Nacionais

e Corte Internacional de Justiça. Há uma multiplicidade de fontes normativas de origem pública e privada ordenando o “‘multiversum’ que a ordem jurídica constitui”,¹⁹ numa desordem aparente que favorece a diversidade. A desestadualização (vide nota 2) do espaço normativo e a desestabilização do tempo não são próprias da economia, mas da mundialização.²⁰

Ao sabor platoniano: a ordem jurídica é comunicativa, e sua modificação não exclui o sentido vivo da tradição e do real verdadeiro: refiro-me à realidade das discussões políticas, das concepções morais e às perspectivas pessoais sobre os valores constitucionais em todos os planos do constitucionalismo sincrético como base da actividade comunicativa. O abstracto do legal se insere no contexto da vida prática, na inquietude da variabilidade das coisas humanas, e não estabelece, a todo tempo e com exactidão, o bom, o justo, e o belo. O real verdadeiro pode estar entre leis escritas e aquelas que o serão no futuro, como se houvesse um outro tempo entre o tempo presente e o tempo futuro.²¹ O pluralismo responde “ao risco de hegemonia”, pois combina o “direito comparado”, o direito comunitário e o “direito internacional”, e as estratégias de “unificação” e “harmonização” (“aproximação dos sistemas de direito”). A “confluência das diversas

tradições” afasta a hegemonia. A ordenação evita “a fragmentação e a incoerência, organizando o pluralismo a volta de noções comuns”.²²

O tempo presente não é unitário nem contínuo, mas interactivo, dialéctico, comunicativo.²³ Carece, e ainda bem, de um princípio linear de hierarquia, de uma concepção monista de direito, e substitui o princípio de harmonização circular pela harmonização espiral²⁴ ao abrir-se a diferentes aspectos económicos, sociais e culturais no espaço de negociação entre um zona de conformidade pura e simples e uma zona de não conformidade, um espaço que exclui o recurso a uma lógica formal aristotélica de desenvolvimento da argumentação jurídica, de identidade, não contradição e bivalência (exclusão do meio).²⁵ É o diálogo dos particulares que constrói o universal, e a internormatividade jurídica promove, simultaneamente, a internacionalização e a localização das normas de direito, construídas numa lógica não kelseniana que parece se impor progressivamente entre as comunicações variáveis da justaposição normativa.²⁶

Concluo este ponto já problematizando o enfoque metodológico da aporia aqui apresentada convocando nossos argumentos introdutórios: o direito como “sistema social global”, estruturado em termos de unidade,

estabilidade institucional, continuidade normativa e axiologia do transcender do ser humano para o ser pessoa, decompõe-se, neste momento contemporâneo de despacialização e des-temporalização, em três subsistemas pelo menos no âmbito constitucional: constitucionalismo nacional, constitucionalismo comunitário e constitucionalismo internacional,²⁷ mas estruturados em termos tridimensionais a exigir um juízo de constitucionalidade conglobante. O constitucionalismo no nosso contexto histórico-cultural é uma unidade no plural, na qual a força normativa do direito se realiza – ou se realiza também e principalmente – no momento jurídico metodológico em carácter de superação ao momento político marco inicial do *iter* de sua normatividade, repristinando o momento axiológico da unidade e do sentido do direito – *ius* – numa reafirmação histórico-cultural de insuficiência da *lex* por meio do normativamente constituinte do sendo direito na *ratio* de compreensão da ordem formal de legalidade (*taxis*) vinculada ao caso juridicamente decidendo, sem exaurir, portanto, a intencionalidade normativa constituenda à intencionalidade problemática.²⁸

O problema como ponto de partida

No que toca à organização normativa e à realização decisória desses subsistemas integrados do sistemático constitucionalismo, trata-se de definir as relações de primazia e supremacia, objectivando o modo como os subsistemas se relacionam uns com os outros no quadro de direito formal. Parece que o problema é o determinante primacial da hierarquia normativa, já que não podemos absoluta e concludente extrair um princípio hierárquico das relações de internormatividade do constitucionalismo sincrético: se estivermos a falar de uma extensão prática (*v. g.* partes, efeitos imediatos da decisão) de dimensão extraestadual, excluímos, *prima facie*, o recurso à vinculação normativa do subsistema nacional do constitucionalismo sincrético, e resta ainda determinar se o efeito sísmico do problema excede o subsistema constitucional comunitário, ocasião em que remetê-lo-emos, mediante um processo hipotético de eliminação de subsistemas, mas veja-se, e enfatizo, eliminação *prima facie*, ao plano do subsistema internacional. A unidade material do direito permite o auxílio subsidiário aos subsistemas *prima facie* excluídos, de modo que cada norma de decisão concretiza o conteúdo global

do sistema jurídico. Pouco importa o ponto de partida sistemático do processo hipotético de exclusão, haverá sempre o binómio *prima facie*-unitário/duplo-subsidiário,²⁹ entre subsistemas nacional, comunitário e internacional do constitucionalismo sincrético. A organização do pluralismo assume, portanto, um carácter não linear, em termos de uma hierárquico-comunicativa-fungibilidade entre os subsistemas. Desse modo, o ponto de partida do caminho racionalmente percorrido pela norma de decisão é o caso decidendo,³⁰ que determinará a prioridade dentre os subsistemas constitucionais. O que nos propomos a considerar, aqui, é que só uma racionalidade práctico-material poderá articular adequadamente as relações instauradas nos âmbitos normativos do constitucionalismo sincrético, muitas vezes formalmente contraditórias, só problemático-circunstancialmente hierarquizáveis, razões porque, insistimos, não pode ser a lógica apofântica o instrumento solucionador das tensões com sua supremacia (da constituição nacional), primazia (do direito comunitário) e *pacta sunt servanda* (do direito internacional), todos exclusivos e excludentes.³¹

Concluo este tópico explicitando já o que se deixou nas entrelinhas: o carácter de mobilidade do sistema e seus subsistemas. As forças são “mó-

veis”, não são “absolutas”, “rígidas”, e por isso não há hierarquia linear entre os elementos, que são fungíveis e substituem um ao outro. “As características essenciais do ‘sistema móvel’ são, pois, a igualdade fundamental de categoria e a substituibilidade mútua dos competentes princípios ou critérios de igualdade.” A fungibilidade deve ocorrer somente entre os blocos de constitucionalidade nacional, comunitário e internacional, nos termos do *prima facie*, de modo que as hipóteses concebidas, ou (normativamente) preconcebidas para identificação das relações de primazia de um subsistema não são exaustivamente delineadas por um processo orientado por regras: através do problema e da realização judicativa do direito são (re) agrupadas no sistema global do direito. Se partirmos do princípio de que todas as dimensões de normatividade do sistema constitucional devem ter o mesmo grau de vinculatividade em todos os casos, teremos de reconhecer que no juízo decisório eles serão aplicados de maneira distinta, arbitrária e exclusiva. Se, pelo contrário, entendermos que o problema condiciona a ponderação imanente à cláusula *prima facie*, já deixa de se poder afirmar que a práxis procede de modo arbitrário. A internormatividade constitucional deve ser reinventada de modo distinto em cada situação concreta.

“Apesar da ideia de uma certa *hierarquia* estar ligada ao conceito tradicional de sistema, esta categoria não surge irrenunciável” se conseguirmos a concretização da exigência de ordem em cada um dos subsistemas do constitucionalismo sincrético, ordem na nossa proposta alcançada pela racionalidade do método de realização do direito.³²

Portanto, temos uma prática (racionalizada com base e no âmbito do problemático, exprimindo no âmbito da praxis a unidade material do direito) normativa (tem carácter normativo porque compõe o sistema global do direito) argumentativa (centralidade na ponderação de razões práticas contextualmente emergentes) analógica (em oposição à lógica formal aristotélica) hierarquização dos âmbitos de normatividade constitucional que compõe o constitucionalismo sincrético.

The relationship between different levels is thus revealed by the notions of *symbiosis and consociation*, rather than strict separation of regulatory domains and tasks [...]. Job allocation therefore is inherently linked to *decisional processes within the respective constitutional level*, and it is here, in our view, that remedies should be sought in the first place.³³ (itálico meu).

A unidade da intencionalidade material no encontro dos (sub)sistemáticos ordenamentos superiores

A historicidade humano-social compõe a intenção normativa e é, também, imediatamente conduzida pelo problemático antes de ser ponderada pelo dogmático e as positivas normas abstractas, já que uma certa estabilidade reflexiva parece ser imanente ao dogmático, mas a historicidade humano-social do problemático não pode ser absorvida pela historicidade humano-social do normativo – do normativo positivo abstracto vinculante, não do normativo positivo intencional da axiológica normativa unidade do direito.³⁴ É por isso que a juridicidade ultrapassa, e deve ultrapassar, as dimensões de intenção e extensão do jurídico positivo subsistemático, que torna possível uma circularidade – se é possível circularidade “aberta” – de referências recíprocas e integrativas axiológicas dos subsistemas do constitucionalismo sincrético, justificando que o percurso metodológico da realização judicativa do direito inicie-se pelo problemático, “com fundamento teleológico na particular *ratio legis*, mas mediata e decisivamente com fundamento axiológico-sistemático

na *ratio iuris*.”³⁵ Todos os subsistemas participam, sem solução de continuidade, para além da abstracção técnico-analítica da própria separação da unidade em subsistemas, num mesmo unitário axiológico-normativo, ou na “intencionalidade normativa unitária e o sentido metodológico global de realização de direito”,³⁶ pois a argumentação dialogante entre os constitucionais, uma argumentação não reduzida ao procedimentalismo, só será concludente em referência a um comum fundamentante que elide o contínuo e infinito contingencialismo do procedimento sem mais.

Mas o constitucionalismo sincrético certamente apresenta pontos de “overlapping constitutionalism para além da intencionalidade axiológica”, exprimindo uma coincidência parcelar dos diferentes subsistemas até aqui apresentados (já que, conforme salientamos, o constitucional não surge de um “big bang”, o que, se por um lado, aponta no sentido de curvas de coincidência entre os constitucionalismos, por outro permite que o contínuo constituindo do constitucionalismo processo caminhe também já em termos de incoincidência), e se fundamenta no respeito a valores autotranscendentes e autopressupostos da sua histórico-temporal realização (mormente a judicativa), fundamentais e fundamentantes do sistema

como sistema de direito, e que estabiliza o “*multiversum*” que a ordem jurídica constitui”. O constitucionalismo sincrético é meio e resultado da internormatividade constitucional, enquanto essa normatividade se traduz na multiplicidade e no conjunto das interações normativas constitucionalmente significativas (blocos de constitucionalidade) e que oferece aos subsistemas constitucionais uma relativa autonomia – já que o constitucionalismo sincrético também é meio – no qual eles, quer através das formas comuns de interação normativa (integração, subsunção ou conflito), quer através da teleologia compartilhada (comparticipação recíproca nos fins ou fins gerais), se encontram parcialmente justapostos, mas em todo caso conexiados por uma realidade social de aproximação, que tende a constituenda unidade, que tende ao comum, e, como topos onde se situa o normativo e para o qual existe o normativo, tende a fazer dele unidade no comum e no diferente dos *topoi* (pontos de vista). Temos, portanto, o constitucionalismo sincrético como o ponto comum da internormatividade constitucional, onde os “constitucionais” convivem uns com os outros por mediação do mundo, do real constituído, ou seja, do problemático (interações humanas juridicamente significantes), que os organiza hie-

rarquicamente a cada movimento. Os planos do constitucionalismo são uns com os outros como microcosmos de normatividade jurídica numa relação de atomismo coexistencial, e o constitucionalismo sincrético objectiva a internormatividade entre os subsistemas e os organiza como sistema porque admite uma relação de recíproca cobertura ou um ponto de contacto entre todos os átomos: a própria unidade intencional do direito, unidade que não é uma realidade em si, nem abstractamente suspensa em relação aos átomos mas exactamente a força atractiva entre eles que permite a sistematização das suas relações.

A realização judicativa do direito no âmbito do constitucionalismo sincrético

Se o direito, como dissemos, não é, já que seu modo de ser é constituir-se, é *continuum constituendo*,³⁷ e se o direito do ser pessoa é ontologicamente indissociável de tempo e espaço, o direito só pode ser *processo*, “processo normativo-juridicamente constituinte”, processo que tem uma “unidade constitutiva” e os vários modos normativamente constituintes que nessa unidade se podem diferenciar operam em uma “dinâmica normativa que os

revela em correlativa pressuposição, condicionamento e complementaridade e, por fim, todos conjugados por uma particular unidade dialéctica”. “O todo é mais que as partes”. O sistema é pressuposto e simultaneamente reconstituído pelos subsistemas, que são verdadeiramente partes, só que a intencionalidade problemática só ascende ao sistema por mediação do subsistema, quando da aferição de validade. A norma do caso, então, é inserida ou compreendida no âmbito de compreensão normativa do sistema que, por outro lado, só pode existir enquanto sistema de direito se consolidar a constituída normatividade jurídica renovando sua dimensão normativa com base no real histórico-construído dialecticamente através do problema.

Aquela compreensão de validade justifica normativo-juridicamente a normatividade jurídica constituída, esta reelaboração opera a sua assimilação sistémica, em termos de o sistema jurídico só poder pensar-se a partir daí mediante ela – a compreensão justifica-a como *de direito*, a assimilação introduz-la *no direito*. [...] todos os problemas do direito, resolvem-se no universo intencional, axiológico e normativo em que participa o próprio direito.³⁸

A intercomunicação entre os planos normativos do constitucionalismo sincrético é já um indubitável momento essencial da existência do público, não modo ou forma de expressão. Os subsistemas jurídicos, mesmo que

descritos de modo heterogéneos em termos de uma normatividade racional abstracta, fundamentam-se em termos sistemáticos no sentido da unidade do direito, que, assim, fundamentalmente se autonomiza de intenções políticas nomeadamente marcantes no âmbito do direito público em todos os sentidos espaciais de incidência e em todos os âmbitos normativos de vinculação jurídica. Por outro lado, mas em mesmo sentido, o legalismo normativo positivista suspende a realização metodológica do direito através da argumentação jurídica porque suprime a dialéctica e assume uma lógica formal aristotélica, transformando o direito numa (des)materializada estrutura de coacção: a força bruta.³⁹

Como se desenvolve, na realização judicativa do direito, a inter-relação entre as intencionalidades normativas de origens diversas? Como se realiza judicativamente o constitucionalismo sincrético?

Is no objective basis – no Archimedean point – from which one claim can be viewed as more authentic than the other or superior to the other within a single hierarchy of norms. Rather, the claims [...] to ultimate authority [...] are equally plausible in their own terms and from their own perspective.⁴⁰

Not normatively suggest that all layers are of an equal nature or impact. It does not mean that higher levels of regional and international law are more powerful than Constitutions [nacional]. It simply implies that all these layers should be

considered, as a whole, as a constitutional system [...]. Shows a system of different layers interacting in a complex, not in a neat manner [...] shows nevertheless different layers which do interact and allocate powers on different levels of the overall system. The factual analysis also reveals a position of the estate rather as *pouvoir intermédiaire* between different layers of governance than a “supreme authority” from which all other governance structures are derived.^{41,42}

A imobilização promovida por um critério rígido de hierarquia seria contraproducente a um necessário e dinâmico processo interactivo das diferentes dimensões do normativo que asseguram níveis mais elevados de governabilidade e integração. Além disso, o sistema como um todo deve proteger direitos, que podem ser fundados em diferentes “níveis” que se comunicam e se respeitam, havendo somente uma “presumption of hierarchy” que pode ser derogada para protecção dos direitos, porque o “system as a whole responds to the precepts of traditional constitutionalism”.⁴³ Desse modo, a relação de cobertura recíproca entre as dimensões nacional, comunitária e internacional, assegura a suficiência de previsibilidade dos direitos numa única dimensão (daí o duplo subsidiário da realização metodológica) para que seja directamente aplicado por outra. Os subsistemas podem entre si entrar em oposição ou contradição porque não apresentam pretensão

de exclusividade e são concretizados, mediante a mencionada relação não linear de hierarquia, mas com a recíproca cobertura que oferece subsídio ao conteúdo material autónomo da norma do caso, que consolida o que, antes, apresentava-se como *prima facie*. Os distintos subsistemas apresentam-se em cada caso com diferente força.

Conclusões

A realidade do nosso tempo contemporâneo não pode ser analiticamente decomposta e partilhada entre os poderes de governação global, seja em razão do actual modo de ser do ser direito e do ser pessoa, seja em razão do próprio aspecto substantivo da pretensão submetida à apreciação jurisdicional, é impossível fundá-la em carácter excludente. O direito que se ocupa do problema da (con)vivência do ser pessoa na unicidade do mundo nunca deixara de tocar sua não exclusiva razão fundamentante. Todos os “níveis” de governação global são mais ou menos constitucionalizados regimes não estáticos.⁴⁴ O conceito de constitucionalismo sincrético enfatiza o processo de realização normativa e jurisprudencial do direito constitucional para densificação material e tendente harmonização, “considering the different levels of governance as for-

ming part of an overall constitutional system [...] which needs to be coordinated in a practical way”,⁴⁵ enfatizando a relevância do caso e da realização metodonomológica do direito, que

cannot be solved by focusing on one layer in a isolated manner. With regard to the relationship between the different levels [...] supremacy of ‘higher’ [...] but not in absolute terms. [...] relation of mutual communication, not subordination.^{46,47}

O constitucionalismo sincrético que se consolida no espaço público global exige uma despersonalização da soberania situando-a extramuros do sistema jurídico nacional. A soberania do pós-vestefália deve pertencer ao conjunto dos subsistemas constitucionais que compõe o ordenamento jurídico, com relevância jurídica que capte o sentido da pluralidade de ordenamentos jurídicos superiores: nacional, comunitário e internacional. “La soberania no pertence a *nadie*, sino a *algo*: al conjunto del ordenamento jurídico.”⁴⁸ Soberania partilhada exige uma “Grundnorm” partilhada.

The national Constitution today and in the future is to be considered a “partial constitution” (A. PETERS and C. WALTER), which is completed by the other levels of governance. Reflecting the intermediary position of the state and the “incomplete” nature of the national constitutions, the constitutional system is based not on a concept of absolute sovereignty defined as “competence-competence” but on the idea of sovereignty being shared between the different levels of governance.^{49,50}

Todos os preceitos normativos consagrados no bloco de constitucionalidade nacional são influenciados pelo constitucionalismo comunitário e internacional.

The different levels of governance all derive from different sources of law, reflect different circles of political identities and have their own *raison d'être*. But they are interlocked and intertwined.^{51,52}

O êxito da mundialização do direito depende da união no plural, no momento descritivo (elaboração do sistema), no momento normativo (aprovação do sistema) e no momento prescritivo (colocação do sistema em funcionamento, onde reside especialmente o enfoque metodológico).⁵³

A ironia do direito é o ciclisismo da história, que parece ter nos aterrado mais uma vez num estágio onde todo o esforço interpretativo constitucional nos conduz a um estado de insatisfação local e temporal. Nosso viver “despacializou-se”,⁵⁴ e o direito espacializado não consegue acompanhá-lo. O constitucionalismo sincrético é neopositivista demais para os crentes na divindade de um imperativo categórico moral global, neopositivista de menos, neocolonialista, para o dogma da “religião” constitucional nacionalista: que a paz de Vestefália reine entre nós! Mas todos se arvoram como neo-humanistas após a tragédia e devastação que renega o ser humano como

denominador comum, máximo ou mínimo. Então prefiro o secularismo. Se há de haver primazia, que seja do homem.⁵⁵ suas necessidades⁵⁶ são dados irrefutáveis às convenções humanas e à condição humana. Que a fragmentariedade esteja convosco.

O sistema do direito positivo é uma totalidade normativa (positiva e axiológica) de cariz constitucional, de intencionalidade normativa dinâmica e histórica, aberta à aquisição do real construído nas relações pessoais. A realidade social objecto de regulamentação, fragmentária mas comunicativa e unida no plural em termos de finalidades, que é a nossa, e a intenção normativa, que é constituenda da ideia de direito, são densamente históricos: a historicidade compõe a intencionalidade normativa na medida em que também capta as transformações sociais.

O *sistema positivo* sempre será duplamente ultrapassado: pelos princípios axiológico-normativos por que se vai determinando o comunitário projecto axiológico e pela realidade historicamente concreta da sua aplicação⁵⁷ (itálico meu).

O sistema, então, não deve assumir o sistemático da expulsão do diferente, já que o prolongamento temporal da rigidez refractária do real construído levaria a uma prática debilitação sistemática normativa, de um direito *soft*, à privatização do direito público e, em situação crítica, a rup-

tura ou suspensão do sistemático em substituição por outro. A reflexão metodológica através da argumentação jurídica impede o sistema de encerrar-se numa falsa interiorização ou num exaurimento sistemático – ainda que não fosse uma exclusão – do dialéctico do subsistemático (relações das partes do sistema consigo mesmo) com o mundo, com o real construído, alcançado pela mediação permitida pelo problemático.⁵⁸ O sistema não pode ser um cosmos perfeito e definitivo, mas aberto à intencionalidade problemática da realização criadora do direito – à autonomia e carácter normativo da decisão judicativa – que, por outro lado, tem sua contingência vencida pela abertura à universalização do sentido da intencionalidade axiológica normativa da unificação ou harmonização, que também não é menos constituenda. Ao termo da dialéctica analógica, se encontrará o sentido fundamental ou melhor se refundamentará o sentido da unidade do direito, realidade jurídica de totalidade dialéctica.

Visto o constitucional nacional, o constitucional comunitário e o constitucional internacional numa autonomia relativa encampada constitutivamente pelo sentido totalizador do sistema jurídico-constitucional que mutuamente se influenciam na actividade decisória, justifica-se a expressão “constitucionalismo processo

ou desenvolvimento em desenvolvimento”.⁵⁹ A concepção vestefaliana de controle soberano desse desenvolvimento, que também comunitário e internacional, não pode ser absolutamente compreendido como uma supremacia ou primazia voluntarista do constitucionalismo nacional, que seria então o sistema, onde o direito constitucional internacional e o direito constitucional comunitário funcionariam como subsistemas simples e redutoramente determinados pelo primeiro. Trata-se de uma interação complexa onde os diferentes blocos de constitucionalidade conhecem um desenvolvimento relativamente autónomo, o que afasta, a princípio, a independência autorreferencial. Não vemos, portanto, uma relação autónoma e decisiva de um bloco sobre o outro, mesmo que o local seja mais sensível às necessidades, interesses e motivações – diálogos de normatividade e de validade (fundamento axiológico) entre os subsistemas.⁶⁰ O encontro dessas relativas autonomias só pode ocorrer por mediação da intencionalidade problemática e pela normatividade concreta que dela resulta se ascenderá ao sentido dos valores interpessoalmente (comunitariamente) vinculantes e o sentido da intencionalidade normativa interpessoal e interinstitucionalmente vinculantes, com força normativa *interpartes*, mas

constituindo e reconstituindo as intencionalidades normativo-positivas e normativo-axiológicas da unidade do sistema. A unidade, entretanto, não exclui a realidade das tensões e dos conflitos entre as partes. A existência do constitucionalismo não é em parte nacional, em parte comunitária e em parte internacional, com cisão de conteúdos – no máximo com divisão competencial meramente organizatória – já que estamos a falar de uma unidade do sentido do direito que se exprime sintética e simultaneamente no procedimento decisório. As partes aperfeiçoam-se e completam um sentido qualquer de unidade. Quanto mais juntos, se afirmam, se fortalecem e se desenvolvem pelo, para, e sob um sentido de unidade. Podemos referir-nos ao constitucionalismo em sentido interno (nacional) e sentido externo (comunitário e internacional) na unidade que o constitucional representa, com tendencial apagamento de um pelo outro, mas estes elementos não se esgotam no sentido da unidade que através deles comunicativamente se constitui, potencializando as possibilidades entre os subsistemas de realização do direito, da qual a conjugação nos levará para além da soma das partes, já que o sentido da unidade do direito não se reduz ao mero conjunto dos instrumentos hermenêuticos de interação internormativa. Sem auto-

nomia relativa não há *inter*, mas *supra* ou *infra* somente, e, nesses casos, a intervenção, a influência e vinculação de um sobre o outro ocorrem somente no mesmo sentido de direção e não haverá, propriamente, uma relação, mas poder de um sobre o outro. Não haverá simbiose, não haverá correlatividade, mas uma “unidimensionalidade normativista”. A estática da coesão do consenso comunitário do direito depende da dinâmica de integração (propriamente relação) entre todos os sentidos de normatividade constitucional: nacional, comunitário e internacional, ou seja, da “pluridimensionalidade de elementos normativos e ao seu carácter virtualmente fechado, postulado também pelo normativismo, opõe a abertura a uma espiral regressiva (ou reflexivamente) reconstrutiva imposta pela sua própria e contínua realização”.⁶¹ A cooperação dos subsistemas integrados (re) formará o consenso comunitário.

Podemos então definir o *corpus iuris publicus* como a unidade integrante dos constitucionais que nele coexistem, com estabilidade, harmonia e consenso com intencionalidades normativas-positivas e normativas-axiológicas do ser histórico do ser direito e do ser pessoa. Unidade intencional formada por um conjunto de valores, princípios e regras normativamente constituídos, e postulados

práticos, mesmo que inconscientes, difusos e indeterminados alguns deles, e que se objectiva historicamente na realização judicativa do direito, determinando globalmente o sentido da unidade do jurídico. O sistema jurídico-constitucional não é aqui posto em termos de funcionalismo puro, formal, com ignorância da dimensão material, dimensão esta que é imanente e “reflexiva no sentido do eu consigo e dialéctica no sentido do eu com/no mundo e do eu com o outro”,⁶² que permite a construção, revisão e assunção da intencionalidade metapositiva –, mas não metanormativa –, pois se realiza no âmbito do sistemático do direito. Pertencem ao

ethos fundamental ou ao *episteme* prático de uma certa cultura numa certa época. [...] são valores e princípios metapositivos e pressupostos dessa mesma positividade, como que numa *autotranscendência* ou *transcendentabilidade* prático-cultural [...] autopressuposição axiológico-normativa fundamentante e regulativamente constitutiva.⁶³

Todo o dito aponta para um judicialismo no vértice da compreensão da construção do constitucionalismo sincrético.⁶⁴ A metodonomologia é o meio último que permite a inteligibilidade do interconstitucional: mantém a controlabilidade, a racionalidade, e a abertura do organismo ao espírito dos tempos – o sentido hegeliano de *Weltgeist* e *Volksgeist* – ou mais uma etapa do processo de formação do espírito do

mundo através do espírito dos povos, e do refluxo do espírito do mundo para o espírito dos povos, constituindo-nos identitariamente com o outro, no mundo e com o mundo.

“Long” space, “short” time. Itineraries of the constitutional metanarrative: syncretic constitutionalism

Abstract

We consider briefly the ontological indissociability between time, space and law, reflexively calling the right direction today, in our brief time in our long space. It is required of constitutional law that captures the relevant legal regulations of other thicknesses, creating a new universal constitutionalism not exclusive: the syncretic constitutionalism: “Crusade” comforting to the universal values of all spheres of inter-normativity of constitutionalism and overvaluation of the reality. The legislative intent to be considered by court decision must understand national constitutional, community constitutional and international constitutional, which are interrelated without linear hierarchy, requiring an assessment of constitutionality conglobante, performing the sense of entitlement through the rationality dialectic, requiring the point starting the legal proceedings is the intentional and extensional problem, with the ultimate limit on the practical-cultural transcendence foundation unit where the subsystems converge in implementation.

Keywords: “Brief” time. Case. Constitutionalism syncretic. Hierarchy. “Long” space.

Notas

- ¹ NEVES, A. Castanheira. Fontes do direito. In: *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra Editora, 1995. v. 2. p. 56-57; A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito. In: *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra Editora, 1995. v. 1. p. 521: no “resgate do individual e do histórico numa compreensão existencial do ser humano, o axiológico se faz onticamente solidário com o real [...] deixa de ter sentido o pensamento de um direito subsistente apenas numa fórmula lógico-significativa [...] separado da realidade histórico-social”. O direito deve ser visto em unidade com a realidade humano-social, “no seu ser e no seu conteúdo materialmente pressupostos”.
- ² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Almedina, 2003. p. 693: “A relevância da constituição como fonte de conhecimento das normas de direito positivo estende-se às próprias normas de direito internacional e de direito comunitário. A existência de vários *ordenamentos superiores* – constitucional, internacional e comunitário – obriga, hoje, a uma articulação mais complexa do que a requerida por uma estrutura da ordem jurídica centrada no direito interno do Estado.” Adiante (p. 695), aduz que o modelo de “pirâmide jurídica” não capta o relevo jurídico do direito internacional e comunitário, e representa geometricamente a ordem jurídica como um trapézio, denominando-o de “pluralismo de ordenamentos superiores”. NEVES, A. Castanheira. A redução política do pensamento metodológico-jurídico. In: *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra Editora, 1995. v. 2. p. 407: “Como o estatuto jurídico do político, certamente não visa nem pode cobrir todo o jurídico – ou oferecer os fundamentos político-jurídicos de todo o direito, em todos os seus domínios e em toda a sua problemática.

Pelo que sempre também, já por isso ou extensivamente, a juridicidade não poderá coincidir com a constitucionalidade e se imporá esta questão: onde e com que sentido procurar os valores e os princípios regulativos, os fundamentos e os critérios para o direito constituindo e decidendo que não encontra directa cobertura intencional na constituição? E a resposta não poderá deixar de implicar o reconhecimento de largos espaços de juridicidade a ultrapassar ou a constituir-se para além das possibilidades jurídico-regulativas da constitucionalidade [expressão utilizada em sentido exclusivamente interno, nacional].” Direito hoje e com que sentido? In: *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra Editora, 2008. v. 3. p. 44: “Já *sociologicamente*, quando se dá conta de dois movimentos polarizados na realidade social e que atingem a juridicidade em duas direcções contrárias. Pois que, ultrapassado pela alta complexidade estrutural, dimensional e intencional das sociedades actuais, a suscitar um mundo de questões novas, e atingido pela radical mutação dos referentes axiológicos e culturais, que iriam nos seus pressupostos, o direito existente e o seu sistema (na sua índole normativa, nos seus modelos dogmáticos, nas suas possibilidades institucionais) revelar-se-ia *normativamente inadequado* (nas respostas ou soluções pedidas pelas novas questões, respostas ou soluções que ele verdadeiramente já não daria) e *institucionalmente ineficiente* (na sua estrutural funcionalidade e na própria capacidade institucional de resposta, na sua judicativa capacidade decisória ou sequer de absorção dos conflitos), a determinar assim a carência de um outro mais adequado e apetrechado direito. A implicar este *deficit* normativo e esta ‘exaustão institucional’, imediata e correlativamente, o que podemos dizer um fenómeno de retracção, quer pelo alargamento social do espaço por J. CARBONNIER dito *non-droit* (espaço problemático-social que deveria ser seu, mas de que ele se retira), quer pelo movimento de uma deliberada desjuridicização (deslegalização, descriminalização, desjurisdicinalização etc.), quer ainda pelo abandono da sua intenção materialmente normativa a favor de esquemas tão-só de organização ‘processual’ ou condicionantes de uma reconstrutiva ‘reflexivi-

dade’ autopoietica relativamente a todos os pólos e subsistemas sociais também autopoieticos e auto-referentemente autonomizados.” COTTIER, Thomas; HERTIG, Maya. *The prospects of 21st century constitutionalism*. Max planck yearbook of united nation law, 2003. v. 7. p. 298: “Constitutionalism, moreover, has to address the relationship between the state and the other emerging, and to varying degrees constitutionalized, levels of governance and the issue of adequate allocation of competences so as to establish legitimacy and coherence of what we would like to call the whole ‘constitutional system’ [...]. It should foremost be on how the functions and values associated with constitutionalism can be secured considering the constitutional system as a whole [...] different layers of governance an overall constitutional structure.” Ainda, p. 323: “Due to this process of de-nationalization, new levels of governance have emerged on the regional and global level which need to be interfaced with the national and subnational levels: *defining the relationship and interaction between the different levels of governance is an important task that modern constitutionalism has to achieve.*” (itálico). SCHREUER, C. The waning of the sovereign state: towards a new paradigm for international law? *European Journal International Law*, 4, 1993, p. 453: “Rather than grope for the seat of sovereignty, we should adjust our intellectual framework to a multi-layered reality consisting of a variety of authoritative structures.”

- 3 NEVES, A. Castanheira. A revolução e o direito In: *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra Editora, 1995. v. 1. p. 218-220, diz que a “experiência transcendentemente axiológica-intencional da historicidade humana” é dimensão constitutiva da consciência jurídica, e que a “unidade” é a “consciência axiológico-jurídica”, “auditório universal” que a própria comunidade há de constituir enquanto coexistência ética e responsável e que se impõe “a todos os membros razoáveis e que se sintam eticamente responsáveis da comunidade jurídica”, com vocação para superação dos conflitos histórico-sociais. Desse modo, a “intencionalidade axiológica, constituinte daquele *consensus omnium*” assume o carácter de “instância crítica”, “integrante e crítica”, “his-

tórico e aberto”, já que “na sua intencionalidade normativa global – é um contínuo constituindo”, “*sintéresis* histórica do jurídico”, pois manifesta os *innati fines connaturales hominis*. É o absoluto de validade que relativiza todas as outras intenções sociais, sendo o direito que deve ser, ou seja, chamando ao ser o dever ser do direito.

- ⁴ NEVES, A. Castanheira. O papel do jurista no nosso tempo. In: *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra Editora, 1995. v. 1. p. 35-36: “As ‘ideias’ com que pensamos os ‘fundamentos’, os princípios das coisas e o sentido do valioso, ‘não existem *antes* – dizemo-lo com palavras de M. SCHELER –, nem *nas*, nem *depois* das coisas, mas *com* as coisas, e são criadas unicamente no acto de contínua realização do mundo (*creatio continua*) no espírito – i. é, no acto do espírito que dá *sentido* ao mundo; e por isso ao pensarmos as ideias não fazemos apenas o descobrimento de uma ordem existencial e essencial independente de nós, pois trata-se de uma verdadeira *comparticipação na produção, na gestação* das ideias e dos valores [...] *partindo da origem mesma das coisas*’. É pela intencionalidade do Espírito, no seu duplo ‘movimento’ de transcender o mundo e de transcender *para* o mundo, que os revelam ou constituem os seres, a verdade e as ideias.” E se referimos o valor ao ser, o valor (o dever ser) não pode ser oposto ao sujeito (ser) concebido como objecto. A referência (dever ser e ser) só tem sentido se compreendida através da transcendência que funda o próprio ser; BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao direito*. 2. ed. reimp. Wolters Kluwer/Coimbra Editora. Coimbra, 2010. p. 137: As ideias de paz e justiça “é um regulativo orientador da ordem jurídica; esses regulativos não se realizarão acabadamente nunca (pois identificarão sempre uma apelante trans-objectividade intersubjectivamente intencionada, relativamente a todas as exigências efectivamente cumpridas – com o emblemático significado, no ciclo histórico que é ainda este nosso, de desvelar a continuamente arriscada experiencial projecção prático-axiológicamente consonante com o específico modo-de-ser da pessoa, mas é por eles que a ordem jurídica se deve orientar”.

- ⁵ Segundo Castanheira Neves, a normatividade é uma resposta culturalmente humana, por isso apenas possível, não necessária, para resolver o problema da convivência no mesmo mundo e em certo espaço cultural, e, por isso, sem a necessidade ou indisponibilidade ontológica, mas antes com o condicionamento histórico-social de toda cultura. O direito não é “descoberto” pela “razão teórica”, mas constituído por exigências explicitadas pela “razão prática”. Direito hoje e com que sentido? In: *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra Editora, 2008. v. 3. p. 62; A redução política do pensamento metodológico-jurídico. In: *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra Editora, 1995. v. 2. p. 411; O problema da universalidade do direito – ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas. In: *Internacionalização do direito no novo século*. Boletim da Faculdade de Direito. Studia Iuridica 94, Colloquia 17. Organização de Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra Editora, 2009. p. 55.
- ⁶ NEVES, A. Castanheira. O direito como alternativa humana. In: *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra Editora, 1995. v. 1. p. 290; BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao direito*. 2. ed. reimp. Wolters Kluwer/Coimbra Editora. Coimbra, 2010. p. 121: “O homem é parcialmente determinado ao nível biológico, mas a dimensão que autenticamente o predica como pessoa é a sua liberdade ética, que não pode ser biológica, sociológica, ou psicologicamente reduzida, pois isso corresponderia à respectiva eliminação.”
- ⁷ NEVES, A. Castanheira. A redução política do pensamento metodológico-jurídico. In: *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra Editora, 1995. v. 2. p. 413-414: “E para ser ele aquilo que verdadeiramente deve ser e para que possa cumprir a sua autêntica função de direito – afirma-se como a *última instância crítica* (axiológico-normativamente crítica) da comunidade, através da qual o homem se afirmará na sua dignidade indisponível à prepotência do poder, seja o poder dos outros homens, seja o poder do poder político.

Que tanto é dizer: através da qual se imporá o absoluto axiológico do reconhecimento intersubjectivo e comunitário dos homens como sujeitos éticos. Parafraseando HANNAH ARENDT, haverá assim de proclamar-se que o fundamental direito do homem é o ‘direito ao direito’.”

- ⁸ NEVES, A. Castanheira. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra Editora, 2008. v. 3. p. 191: “À pura racionalidade opõe-se a axiologia e à eficiência a validade. E o direito, nem é tão-só *objecto* normativo para uma determinação estritamente racional, nem mero instrumento ou *meio* de um heterónimo finalismo funcionalmente eficiente, mas um axiológico-normativo *fim em si* – ele próprio um *valor* na validade que exprime.”
- ⁹ NEVES, A. Castanheira. Fontes do direito. In: *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra Editora, 1995. v. 2. p. 55.
- ¹⁰ NEVES, A. Castanheira. A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido. In: *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra Editora, 1995. v. 2. p. 178: “O homem-pessoa com a sua dignidade, e esta tanto na sua autónoma igualdade participativa como na sua comunitária corresponsabilidade, é o valor fundamental, o pressuposto decisivo e o fim último na humana existência finita que uma comunidade do nosso tempo terá de assumir e cumprir para ser uma *comunidade válida*. É este o pólo para onde toda a normatividade humano-social converge, em presunção, e de onde também toda ela diverge, em realização – é o núcleo axiológico da dialéctica.”
- ¹¹ COTTIER, Thomas; HERTIG, Maya. The prospects of 21st century constitutionalism. *Max Planck Yearbook of United Nation Law*, v. 7, 2003. p. 264: “It needs to give way to a graduated approach which views *constitutionalism as a process*” de “necessary relations and functions of different and existing layers of governance [...] the core of constitutionalism as a matter of interfacing different layers of governance from lo-

cal to global levels [...]. This approach satisfies the need to look at different layers in a coherent manner, *as forming part of an overall system. Such a system in not static*. It rather depicts a process with *changing allocations of powers and functions of governance*”, p. 296: “The latter may be better understood in terms of an ongoing *discourse of many voices, as a process*, such as described by the term ‘constitutionalization’. Limiting the concept of ‘constitution’ to a ‘big bang’, the creation ‘*ex nihilo*’ of the new legal order.” [expressão “big bang” empregada por: SCHILLING, T. The autonomy of the community legal order: an analysis of possible foundations. *Harvard International Law Journal*, v. 37, 1996, p. 390]; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 4. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 110-111: aduz que o direito positivo insere-se no processo histórico, sendo, portanto, mutável, e por isso a “formulação do sistema jurídico” é um “*processo infundável*”; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 112-113: aduz que HÄBERLE entende a constituição como *law in public action*, como “processo público”, que exigiria uma “abertura do cânone metodológico”. Desse modo, a realização judicativa da constituição seria um *processo contínuo*, onde a interpretação ajustaria a norma a novos dados temporais (itálico meu).

- ¹² Veja-se MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Direito da união europeia*. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010. p. 56-61; D’ATENA, Antonio; GROSSI, Pierfrancesco. (a cura di). *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello*. Tra Europa e stati nazionali. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2004; PERNICE, Ingolf. The treaty of Lisbon: multilevel constitutionism in Action. *Columbia Journal of European Law*, v. 15, p. 349 e ss., 2009; COTTIER, Thomas; HERTIG, Maya. The prospects of 21st century constitutionalism. *Max Planck Yearbook of United Nation Law*, v. 7, p. 261 e ss., 2003; BURKE-WHITE, William; SLAUGHTER, Anne-Marie. An international constitutional moment. *Harvard International Law Journal*, v. 43, p. 1 e ss., 2002; COMANUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL,

Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta. 4. ed. Madrid, 2009. p. 75 e ss.; TSAGOURIAS, Nicholas (ed. by). *Transnational constitutionalism*. International and european perspectives. Cambridge University Press, 2007; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*” e *interconstitucionalidade*. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Almedina, 2008. Expressões do segundo sentido (“emergente constituição global” e “constituição universal de direito internacional público”) empregadas por MÜLLER, J. P. Wandel des Souveränitätsbegriffs im Lichte der Grundrechte – dargestellt am Beispiel von Einwirkungen des internationalen Menschenrechtsschutzes auf die schweizerische Rechtsordnung. In: *Fragen des internationalen und nationalen Menschenrechtsschutzes*. R. Rhinow/B. Ehrenzeller (Ed.). Zeitschrift für Schweizerisches Recht 116, 1997, p. 45 e ss.; e “constituição da humanidade” por TOMUSCHAT, C. International law as the constitution of mankind. In: *International law on the eve of the twenty-first century*. United Nations (ed.). Views from the International Law Commission, 1997, p. 37 e ss.

- ¹³ Em contraposição ao conceito de autopoiesis, KAUFFMAN, Stuart. *O universo, a nossa casa*. A procura das leis da auto-organização e da complexidade. Trad. de Carlos Sousa de Almeida. Lisboa: Editorial Bizâncio, 2005, p. 346, aduz que “os sistemas autopoieticos são os que têm o poder de se gerar a si próprios [...] cada parte existia pelo e por meio do todo, ao passo que o todo existia pelo e por meio das partes [...]. Mas num conjunto colectivamente autocatalítico, não existe órgão de direcção central [...] o simples facto de tais sistemas serem possíveis devia fazer-nos questionar o dogma de um órgão de direcção central.”, p. 348: “O fechamento catalítico significa que cada molécula no sistema ou é fornecida de fora como ‘alimento’ ou é ela própria sintetizada por reacções catalizadas por espécies moleculares no sistema autocatalítico.” (parece ser o caso do direito internacional, com o seu carácter primário sintetizador do património jurídico constitucional dos Estados, e, em fase posterior, do direito comunitário, que “catalizou” o património constitucional dos Estados-membros e preceitos de direito internacional), p. 348: “Uma vez obti-

dos os conjuntos autocatalíticos [constitucional, comunitário e internacional], conseguimos ver que tais sistemas podiam formar uma ecologia de competidores e mutualistas. Aquilo que você me ‘injecta’ tanto pode destruir-me como provocar uma reacção em mim. Se nos ajudarmos mutuamente, podemos tirar vantagem dessa transacção. Podemos envolver para uma união estreita, uma simbiose, e a emergência de entidades altamente ordenadas” (o constitucionalismo sincrético); BÜLLESBACH, Alfred. Princípios de teoria dos sistemas. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 2. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 431-432: “Os sistemas autopoieticos renovam-se e produzem-se a si mesmos numa dinâmica que nunca pára, mas que, apesar disso, parece gozar de estabilidade. O Modelo *input-output* deixa de interessar, tornando-se antes relevante a consideração da autoprodução [...]. Esta organização pode ser descrita como uma rede de produção das suas próprias partes constitutivas. É por causa desta organização circular, que os sistemas vivos são auto-referenciais e, relativamente à sua organização, sistemas homeostáticos [auto-equilibrados], autónomos em face do seu meio ambiente [...] são opacos à informação externa e determinados (autonomamente) por uma estrutura dotada de um domínio cognitivo restrito [...]. A sua organização (tanto a genética como qualquer outra) é conservadora e só repete o que funciona(ou) [...]. A relevância de determinado comportamento ou de uma classe de comportamento é determinada sempre a partir do passado.”

- ¹⁴ ROSENFELD, Michel et al. *Comparative constitutionalism: cases and materials*, 2003. Em aproximação “neofuncionalist”, os autores sugerem o uso de um constitucionalismo comparativo para resolver os problemas actuais através de uma ciência geral do constitucionalismo, com convergência e procura de valores universais e emergência de regimes transnacionais constitucionais, como a Convenção Europeia de Direitos Humanos; HOWARD, A. E. Dick. A traveler from an antique land: the modern renaissance of comparative constitutionalism. *Virginia Journal of International Law*, v. 50, n. 1, p. 33: “The post-war paradigm embraces constitutional compar-

- sons”; POUND, Roscoe. Forward to “the valuation of property in the roman law”. *Harvard Law Review*, v. 34, p. 227-228: “The revival of serious use of comparative law in our legal literature is a significant sign of the times.”
- ¹⁵ Grosso modo, “o direito da UE é considerado supranacional, com características que o diferenciam do direito internacional e do direito interno [...] tem primazia sobre as normas legislativas e regulamentares de direito interno” e também se subordina ao direito internacional geral. MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010. p. 38 e 44.
- ¹⁶ Carta de Direitos fundamentais da União Europeia (2000).
- ¹⁷ Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) e Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (1966).
- ¹⁸ Convenção Europeia dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (1950) e Carta Social Europeia (1961), revisada em 1996.
- ¹⁹ COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal*. Fragmenta iuris poenalis. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 25.
- ²⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. *Trois défis pour un droit mondial*. Éditions du Seuil, 1998. p. 76.
- ²¹ HEIDEGGER, Martin. *O conceito de tempo*. Prólogo, trad. e notas de Irene Borges-Duarte. Fim do século, 2003, p. 26-27: “O tempo é aquilo em que se desenrolam os acontecimentos. Isto já fora visto por Aristóteles, a propósito do modo de ser fundamental do ser natural: a mudança, o mudar de lugar, o movimento contínuo [...]. Não sendo ele movimento, de algum modo terá que ver com o movimento. O tempo encontra-se, para já, no ente mutável: a mudança dá-se no tempo.” (“Die Zeit ist das, worin sich Ereignisse abspielen. So wird dieses schon von Aristoteles gesehen im Zusammenhang mit der Grundart des Seins des Naturseins: der Veränderung, das Platzwechsels, der Fortbewegung [...]. Da sie nicht selbst Bewegung ist, muß sie irgendwie mit der Bewegung zu tun haben. Die Zeit begegnet zunächst im veränderlich Seienden; Veränderung ist in der Zeit”).
- ²² DELMAS-MARTY, Mireille. A mundialização do direito: probabilidades e riscos. Coimbra Editora. *Boletim da Faculdade de Direito*. Studia Iuridica 41. Colloquia 3. p. 139-141.
- ²³ BRONZE, Fernando José. *Pensamento jurídico* (Teoria da argumentação). Relatório com a justificação, o sentido, “[...] o programa, os conteúdos e os métodos de ensino [...] da disciplina [...]”. Coimbra, 2003, p. 23: “A argumentação – *maxime*, a metodonologicamente comprometida argumentação de que tratamos –, ao implicar uma troca de razões bipolarizadas nas constituídas e singulares exigências de sentido e experiências práticas densificadoras de uma muito específica relação sujeito-sujeito, contribui para centrar o direito na pessoa – que, em contrapólo da auto-reclusão do individualismo e da hetero-dissolução do colectivismo, só vem à epifania no diálogo (no pensar em comum enquanto expressão paradigmática do cuidar de vir a ser – da preocupação de devir) com os outros”; HEIDEGGER, Martin. *O conceito de tempo*. Prólogo, trad. e notas de Irene Borges-Duarte. Fim do século, 2003, p. 36-37: “A modalidade fundamental do ser-aí do mundo, que este tem aqui em-comum-com-outros, é o *fa-lar*.” (Die Grundweise des Daseins der Welt, das sie miteinander Dahaben, ist das *Sprechen*). NEVES, A. Castanheira. Uma reflexão filosófica sobre o direito. In: *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento Jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra Editora, 2008. v. 3. p. 89: constituição dialógica de todo o sentido onde a “categoria de substância” substitui-se pela “categoria de relação”, de modo que o ser não é um “parmínico e eterno absoluto em si”, mas uma pluralidade, actuante na “interferência e inter-ligação” entre “os próprios entes, numa dinâmica evolutiva e aberta. [...] relação da intersubjectividade constituída na existencial e comunicativa relação sujeito/sujeito, na interpessoalidade de ‘eu’/‘outros’, da linguagem, da história, da comunidade real”.
- ²⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. Politique criminelle et droits de l’homme: vers une logique floue. *Revue Interdisciplinaire D’etudes Juridiques*, nº 24, 1990, p. 20; NEVES, A. Castanheira. Fontes do direito. In: *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra Editora, v. 2, 1995, p. 34: “A *ratio* própria do jurídico e da sua experiência normativa não é a razão cartesiana, a razão sistemático-axiomática e demonstrativa, como o pensou tanto o jusnaturalismo moderno-racionalista, como o normativismo legalista, mas a *ratio* tópico-problemática (VIEHWEG, ESSER, WIEACKER), retórico-dialéctica (PERELMAN), dialéctico-prudencial (VILLEY, BALLWEG), hermenêutico-dialógica (GRÖSCHNER) etc.”; A

unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido. In: *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, Coimbra Editora, v. 2, 1995, p. 146-147; e é a “abertura histórico-problemática da intenção jurídica a afirmar, por sua vez, a dialéctica como o *modus* constituinte de realização e manifestação do direito [...]. E o que a ‘intersubjectividade’ instaura no mundo humano e no pensamento da sua *praxis* é tanto a manifestação problemática como a constituição dialéctica de todos os sentidos e fundamentos desse mundo e dessa *praxis* [...]. Assim se manifesta um processo circular ou um ‘movimento em espiral’, através de uma experiência problemáticamente interrogante e intencionalmente constitutiva, que culmina na referência a um comum ou todo significativo (pré-compreendido no princípio e crítico-fundadamente compreendido no fim) e que é a própria dialéctica – um processo ou movimento material-noematicamente de circular constituição, mas conduzido por um diálogo racional e intencional-noeticamente de hermenêutico-prudencial argumentação”.

²⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. Politique criminelle et droits de l’homme: vers une logique floue. *Revue Interdisciplinaire D’études Juridiques*, nº 24, 1990, p. 7 e 13; BRONZE, Fernando José. *Pensamento jurídico (teoria da argumentação)*. Relatório com a justificação, o sentido, “[...] o programa, os conteúdos e os métodos de ensino [...] da disciplina [...]”. Coimbra, 2003, p. 21-22: Crítica a bipolaridade da lógica deontica do permitido-não permitido, fechada na exclusão do terceiro (*tertium non datur*), incapaz de se abrir à consideração do ainda não permitido, nem proibido.

²⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. *Trois défis pour un droit mondial*. Éditions du Seuil, 1998, p. 84. Afirma que independentemente da escolha política subjacente, o modelo mecânico fundado no princípio hierárquico sofre um processo orgânico no sentido de que a norma não é mais determinada por um espaço jurídico fechado, homogéneo e hierarquizado, mas se desenvolve num novo espaço “non euclidien” aberto e heterogéneo, organizado por conexões múltiplas. Mas os modelos não são antagónicos e sim simétricos: um age como modelo, e o outro como processo imanente que inverte o modelo; NEVES, A. Castanheira. A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido. In: *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, Coimbra Editora, v. 2, 1995, p. 158-160:

crítica o sistema kelseniano porque “a dinâmica constitutiva é linear e num único sentido, segundo o esquema ‘de cima para baixo’ e em intenção só concretizadora. Dinâmica assim só *no* sistema, mas não *do* sistema.” Desse modo, o sistema jurídico kelseniano inviabiliza uma “constituição problemático-dialéctica do normativo jurídico”, pois lhe falta o movimento “de baixo para cima”, já que ignora o “condicionamento histórico-concreto do jurídico”. Assim, a *Grundnorm* é “renúncia à dimensão de justiça sem que, todavia, a segurança se veja melhor assegurada, pois a continuidade-constituição normativa dinamiza-se nesse sistema tão-só afinal por um decisionismo, com toda a sua possibilidade de subjectivo arbítrio, conformadamente aceite”.

²⁷ Nada há de novo aqui: Torstein Eckhoff e Nils Kristian Sundby [*Rechtssysteme*, 1998] compreendem os ordenamentos jurídicos como sistemas, como um “todo interrelacionado, como um dispositivo relacional de posições”. Consideram como sistemas jurídicos os ordenamentos nacional, internacional e de organismos internacionais como as comunidades europeias (já União Europeia), pois a coação física (ausente em tese no direito internacional e no comunitário) não é nota caracterizadora de um ordenamento jurídico. Apud LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 239. Mas o direito não é pela força e sim pela validade. De qualquer modo, e no panorama actual, tanto o direito comunitário como o direito internacional são providos de apetrechados órgãos jurisdicionais com poderes sancionatórios, embora a execução seja normalmente problemática. Além disso, não se deve subestimar as normalmente transversais sanções económicas e políticas.

²⁸ NEVES, A. Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica* – I. Coimbra Editora, 2003, p. 134, nota 462: “Ao sistema jurídico pensamo-lo igualmente auto-referente na constituição dos seus elementos, i. é, dos elementos normativos que terá de mobilizar para dar resposta normativa a esse aberto problemático – os «elementos» princípios, normas, jurisprudência e dogmática – que continuamente vemos a reconstituírem-se naquela intenção; e não menos numa auto-reprodução estruturalmente circular (*basic circularity*), porquanto pensamos também aquela auto-reconstrução nos termos de uma dialéctica de pressupostos e fundamentos (e critérios) para problema, e de problema, com o seu *novum* concreto, para fundamentos (e critérios) e pressupostos:

é ao que designamos por ‘uma simultaneidade dialéctica de espiral constitutiva’, segundo a qual ‘se o jurídico vai dos princípios, à realidade (realidade jurídico-problemática) numa intenção de realização, vai também da realidade aos princípios numa intenção de constituição, para voltar a percorrer o sentido inverso através da sua histórico-concreta problemática.’ BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao direito*. 2. ed. Reimp. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, p. 614: “Um sistema polarizado numa unidade normativa de dialéctica totalização *a posteriori* e regressiva, em que o ‘novo’ (os espaços poieticamente abertos no ‘mundo do direito’), quando da sua emergência, repercute sobre o ‘velho’ (sobre as pré-objecções daquele mesmo universo), reconstruindo-o.”

- ²⁹ COTTIER, Thomas; HERTIG, Maya. The prospects of 21st century constitutionalism. *Max Planck Yearbook of United Nation Law*, v. 7, 2003, p. 328: “Limiting the action of ‘higher’ levels of governance mainly to framework regulations implies that an issue can rarely be attributed to one level of governance alone [...] need to be shared between the second, third, fourth, and increasingly also the fifth floor of the constitutional building, which makes attempts to identify exclusive spheres of jurisdiction an ineffective tool of power allocation. [...] *predominantly exercised on a certain level of governance, without categorically excluding the intervention of the other levels*” (itálico meu). (Não faço, como os autores, referência a “fourth” and “fifth floor”, primeiro, conforme já exposto, pela inexistência de linearidade hierárquica, que também é reconhecida pelos autores), p. 327: “More coherent standards of review and a more appropriate role of the judiciary can only be created if we regard all levels as forming part of one system operating under the idea of constitutionalism”, segundo porque, nas implicadas relações de responsabilidade entre os âmbitos normativos do constitucionalismo sincrético, as relações que se desenvolvem internamente em cada um deles não é oponível aos outros, perante os quais se é responsável; BAYÓN MOHINO, Juan Carlos. Internacionalización del derecho y metodología jurídica. In: *Internacionalização do direito no novo século. Boletim da Faculdade de Direito*. Studia Iuridica 94, Colloquia 17. Organização de Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra Editora, 2009, p. 14-16: “Si en la realidad no encontrásemos otra cosa que ordenamientos jurídicos nacionales cerrados

sobre sí mismos y estrictamente comunicados [...] pero en el mundo actual se multiplican exponencialmente muy variadas formas de interrelación o interconexión de ordenamientos, a todas las cuales cabría referirse del modo más genérico posible como supuestos de ‘internacionalización del derecho’ [...] los propósitos buscados en cada caso con la ‘internacionalización’ se verían verosíblemente frustrados si a la hora de resolver una cuestión jurídica se razonase desde la óptica exclusiva del ordenamiento propio del aplicador, en vez de hacerlo tratando de tomar en cuenta de un modo u otro el punto de vista de más de un ordenamiento.” CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 4. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, mas no prefácio de António Menezes Cordeiro, p. CXI: “Perante um problema a resolver, não se aplica, apenas, a norma primacialmente vocacionada para a solução: todo o Direito é chamado a depor. Por isso, há que lidar com os diversos ramos do Direito, em termos articulados.”

- ³⁰ NEVES, A. Castanheira. A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito. In: *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, Coimbra Editora, v. 1, 1995, p. 510-511: “Só transcendendo os factos, mas para os factos o direito é normativamente *direito* [...] é momento metodológico essencial da própria afirmação e compreensão normativa do jurídico, da sua normativa juridicidade [...] o direito não pode prescindir do facto e que o facto não pode prescindir do direito”; *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Coimbra Editora, 2003, p. 187-188: “O *prius* metodológico não é a norma-prescrição fechada na sua significação e subsistente na sua idealidade, mas pelo contrário, o caso concreto decidendo, na sua autónoma e específica problematidade jurídica.” Também neste sentido: FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts*, IV, p. 202, “O ponto de partida é o caso particular decidendo”; R. GRÖSCHNER, *Dialogik und Jurisprudenz*, p. 91; “não é o texto da lei, mas o caso é o A e O dos juristas”; BRONZE, Fernando José. *Alguns marcos do século na história do pensamento metodológico-jurídico*. BFD – Volume Comemorativo. Coimbra, 2002, p. 22: “O século XX conheceu orientações lógico-semântico-normativas, intuitivo-casuístico-normativas, sociológico-pragmático-normativas, estratégico-político-normativas e axiológico-prático-normativas – não, decerto, como tipos puros [...] havendo, porém, sinais [...]

de que a reflexão metodonomológica [...] tende a centrar-se, cada vez mais nitidamente, no decidendo ‘problema jurídico concreto’ (na especificamente intencionada controvérsia intersubjectiva que a suscita) e no juízo (na ‘ponderação prudencial de realização concreta orientada por uma fundamentação’ normativo-juridicamente adequada), que permitirá a assimilação daquele problema (depois de concludentemente solucionado) pelo constituindo *corpus iuris* vigente.” *Lições de introdução ao direito*. 2. ed. reimp. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, p. 651: “O ponto de partida do discurso jurídico é o caso decidendo.”

³¹ BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao direito*. 2. ed. reimp. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, p. 649. Na p. 681 aduz: “O *corpus iuris* se não apresente, estaticamente, como uma estrutura de estratos discretos e como que geologicamente sobrepostos, mas, dinamicamente, como um conjunto heptapolarizado, constituindo por mediação da tensão que entretece os pólos oportunamente considerados, e que se define, relativamente a cada controvérsia decidenda, pelo concreto nível de possibilidade de realização das recíprocas correspondências que entre eles se estabelecem, tudo o que concorre para desvelar a sua medular analogicidade” (itálico meu).

³² CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 4. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 128-133, mas em referência a mobilidade sistemática de WILBURG; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 238: “Na medida em que as ‘ideias jurídicas gerais’ são, enquanto princípios do ‘Direito justo’, concretizações da ideia de Direito, são-no apenas no aperfeiçoamento mais em pormenor deste Direito positivo, e, nessa medida, também susceptíveis de desenvolvimento, não acabadas e também não fixadas, mediante uma hierarquia rígida, nas suas relações recíprocas” (itálico meu).

³³ COTTIER, Thomas; HERTIG, Maya. The prospects of 21st century constitutionalism. *Max Planck Yearbook of United Nation Law*, v. 7, 2003, p. 324-325; BAYÓN MOHINO, Juan Carlos. Internacionalización del derecho y metodología jurídica. In: *Internacionalização do direito no novo século*. Boletim da Faculdade de Direito. *Studia Iuridica* 94, Colloquia 17. Organização de Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra Editora, 2009, p. 21: Aduz sobre a inadequação de resolver questões

transnacionais com aplicação do direito nacional, problema ocasionalmente resolvido pela “teoría del doble escalón”, que permite tomar em consideração um direito ao qual não remete a norma de conflito, mas que guarda um conexão (diria eu analógica) com o suposto que parece valorativamente relevante, para interpretar de uma maneira mais adequada ao caso o direito material que com base na norma abstracta seja aplicado.

³⁴ NEVES, A. Castanheira. Jurisprudência dos interesses. In: *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, Coimbra Editora, v. 2, 1995, p. 239-240: “Sem a consideração daqueles fundamentos não se podia atingir a unidade intencional constitutiva do sistema jurídico ou da ordem normativa do direito: sem a consideração dos fundamentos normativos não se poderia compreender a própria racionalidade normativamente constitutiva, que só se manifesta nas relações entre esses fundamentos (relações de concordância ou de divergência, de compossibilidade ou de hierarquia, etc.) no todo da ordem jurídica, na integrante totalização normativa em que o direito traduz, em último termo, uma comunitária *ordem de valores* [...] o sistema normativo, ou a sua unidade normativa, é uma exigência que o direito, como *ordem*, não pode dispensar”; ainda, A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido. In: *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra Editora, v. 2. 1995, p. 166: “O sistema e a sua unidade deixam de referir-se directa e exclusivamente às normas jurídicas, para se reportarem antes às opções axiológicas, aos postulados normativos e princípios jurídicos constituintes do sistema como seus fundamentos [...]. Pelo que se trata de uma unidade de intencionalidade normativo-material – não já unidade de identidade (lógica) ou unidade de redução (formal ou sistémica) [...] porque os valores, princípios e critérios normativos, não sendo embora um só ou redutíveis a um só, se conjugam numa relação de compatibilidade de realização concreta, ou encontram nessa realização uma qualquer compossibilidade. O que não quer dizer que exista entre eles, seja ao princípio seja ao fim, perfeita coerência lógica ou que não se enfrentem mesmo muitas vezes em antinomias, quando tomados apenas em si ou em abstracto. Mas tão-só que acabam por encontrar, através das relações que vêm a estabelecer na dialéctica da sua realização prática, uma certa compatibilidade intencional de ordenação e inte-

gração totalizantes.” LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 231-232: “Onde quer que tenhamos de tratar como uma ‘verdadeira ordem jurídica’ e com a sua imposição espiritual, aí será imprescindível a ideia de sistema. Mesmo uma ordem jurídica que ‘tacteie de caso para caso e de regulação particular para regulação particular’ desenvolver-se-ia ‘de acordo com princípios imanes que formam no seu conjunto um sistema’. Aquilo que Engisch tem em mente é assim um sistema de princípios jurídicos directivos relacionados uns com os outros de modo coerente, que lança mão de determinados conceitos e de pontos de vista classificatórios, sem poder exigir para eles qualquer validade geral ou plenitude. De modo algum poderia o sistema ‘ser lançado como uma rede’ sobre o Direito – tem antes, podemos nós acrescentar, a ciência de o desenvolver continuamente a partir do conjunto do Direito, das suas conexões de sentido imanes, e tornar esse todo transparente e compreensível enquanto uma conexão de sentido.” CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 4. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 18-20: “A ordem interior e a unidade do direito” pertencem “às mais fundamentais exigências ético-jurídicas e radicam, por fim, na própria ideia de direito”. Não são, portanto, postulados “lógico-jurídicos”, antes se reconduzem ao “princípio da igualdade”, que na perspectiva negativa garante a ausência de contradição na ordem jurídica, e na perspectiva positiva tenta generalizar a tendência de justiça.

³⁵ NEVES, A. Castanheira. O actual problema metodológico da realização do direito. In: *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, Coimbra Editora, v. 2, 1995, p. 281.

³⁶ NEVES, A. Castanheira. Interpretação jurídica. In: *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, Coimbra Editora, v. 2, 1995, p. 372.

³⁷ NEVES, A. Castanheira. Jurisprudência dos interesses. In: *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, Coimbra Editora, v. 2, 1995, p. 259-261: “O esquema silogístico-subsuntivo não era mais do que o esquema lógico de justificação *ex post* de aplicação do direito constituídas *ex ante* por intenções de índole diversa.” Mas o direito não se apresenta previamente como constituído, mas um “continuum constitutivo entre a ‘interpreta-

ção’, a ‘aplicação’ e a ‘integração’.” O seu decisivo conteúdo normativo é definido na sua própria realização. NEVES, A. Castanheira. Justiça e Direito. In: *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, Coimbra Editora, v. 1, 1995, p. 246-247: “Contínua constituição histórica do direito, na sua realização prática e através dela, e que essa realização não se traduz num mero desenvolvimento desimplicante das potencialidades do sistema jurídico pressuposto e que ficaria intocado na sua definição e intenção primeiras, um mero desenvolvimento progressivo e de enriquecimento linear, pois trata-se antes de uma constituição reconstrutiva, i. é, de uma constituição que dialecticamente reflui sobre o todo do sistema e lhe implica por isso uma contínua revisão ou reconstituição de sentido – desenvolvimento, portanto, histórico-dialecticamente regressivo.” “Historicidade jurídica” que compartilha com a “historicidade prática”, indispensável para que novos sentidos normativos “possam ser assimilados pelo todo da ordem jurídica sem incongruência sistemática e dogmática”. Afirma, ainda, que são qualidade do sistema jurídico a *abertura* e a *mobilidade*, aspectos que já salientamos; *O actual problema metodológico da interpretação jurídica* – 1. Coimbra Editora, 2003, p. 210-216: “A intencionalidade à validade jurídica fundamentante e a sua projecção na realidade histórico-social, constituindo uma ordem jurídico-social de validade, faz decerto com que essa mesma ordem de validade, pelo próprio dinamismo problemático da realidade histórico-social da sua referência, se revela sempre como uma ordem, normativa aberta e irreduzivelmente constituenda, com o só limite dos próprios limites da intenção do direito enquanto tal (o *ius* diferente e para além da *lex*) e bem assim do seu específico espaço intencional de realização. [...] abertura e índole constituenda se manifestavam em termos já extensivos, já intensivos e já reconstrutivos.”

³⁸ NEVES, A. Castanheira. Fontes do direito. In: *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, Coimbra Editora, v. 2, 1995, p. 93-94; ainda, BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao direito*. 2. ed. reimp. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, p. 678-679: faz referência aos diversos planos do sistema jurídico em “espiral de contínua realização, em que o *resultado* em cada instante sedimentado ou constituído é, ao mesmo tempo, o *pressuposto*, hermeneuticamente enri-

quecido, do seu constituindo desenvolvimento futuro” mas mantendo uma “unidade intencional”, pois a coerência é uma condição de possibilidade do “prático-normativo”.

³⁹ NEVES, A. Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Coimbra Editora, 2003, p. 210-214: “O direito só pode reconhecer-se *qua tale* e diferenciar-se de qualquer imposição eficaz de poder (do *factum brutum* do exercício do poder estadual [palavras de Kunz]), em referência a um fundamento normativamente constitutivo do seu sentido de direito – um fundamento normativo específico da sua *validade* sem o qual, digamo-lo também com Kunz, ‘the falta *ab ovo* o carácter de direito’. Foi o que *inclusive* o positivismo jurídico compreendeu, ao invocar uma *Grundnorm* com Kelsen [norma ela própria válida] e uma *rule of recognition* com Hart [facto sociológico] [...] a *validade* e não a *imperatividade* é constitutiva do direito como direito.” BRONZE, Fernando José. Lições de introdução ao direito. 2. ed. reimp. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, p. 172-173: “A materialidade normativa da ordem jurídica é, portanto, determinada pelo conjunto de referentes axiológicos em que assenta a sua validade. [...] uma ordem jurídica subsiste como vigente não por ter atrás de si um poder que a imponha, mas porque se louva em valores crítico-reflexivamente discernidos (no momento da sua constituição) e espontaneamente mobilizados (no momento da sua concreta actuação) pelos sujeitos-destinatários desta ordem (pelos cidadãos), ou pelos sujeitos a quem tiver sido institucionalmente cometida a tarefa de realizar a sua específica intenção problemática (pelos juristas decidentes).”

⁴⁰ WALKER, N. Sovereignty and differentiated integration in the European Union. *European Law Journal* 4, 1998, p. 361 e ss.

⁴¹ Tradução livre: “Não há uma base objetiva – não há um ponto arquimediano –, do qual um pedido pode ser visto como mais autêntico que o outro, ou superior ao outro dentro de uma única hierarquia de normas. Pelo contrário, as reivindicações [...] a autoridade final [...] são igualmente plausíveis em seus próprios termos e de sua própria perspectiva. De forma não normativamente sugerem que todas as camadas são de igual natureza ou impacto. Isso não significa que os níveis regionais mais elevados e de direito internacional são mais poderosos que as Constituições [nacionais]. Isso simplesmente indica que todas essas camadas devem ser consideradas, como um todo, como um

sistema constitucional [...]. Mostra um sistema de camadas diferentes interagindo em um complexo, não de uma forma pura [...]. No entanto, mostra diferentes camadas que interagem e alocar competências em diferentes níveis do sistema global. A análise factual também revela uma posição de imobilidade como ‘pouvoir intermédiaire’ entre diferentes camadas de governança do que uma ‘autoridade suprema’ da qual se derivam todas as outras estruturas de governança.”

⁴² COTTIER, Thomas; HERTIG, Maya. The prospects of 21st century constitutionalism. *Max Planck Yearbook of United Nation Law*, v. 7, 2003, p. 301-303.

⁴³ COTTIER, Thomas; HERTIG, Maya. The prospects of 21st century constitutionalism. *Max Planck Yearbook of United Nation Law*, v. 7, 2003, p. 310-313.

⁴⁴ Walker aduz que a conceitualização do constitucional deve ser graduada por “índices in terms of which degrees of constitutionalization can be measured” e não em “all-or-nothing terms”. Diferentes graus de integração correspondem diferentes graus de constitucionalização, que pode ser criticamente considerada de acordo com uma gradual teoria de constitucionalismo “no mere reflection of a prior political order, but [...] recursively implicated in the elaboration of that order”, um “intensely reflexive process”. E a constituição como processo aberto reflecte essa resiliência de optimização da força normativa, experimentada pela constitucionalização do direito internacional e comunitário, que dificilmente apresentam todos estes caracteres fundamentais plenamente desenvolvidos e, portanto, estáticos, mas um contínuo constituindo de realização (aperfeiçoamento) recíproco. WALKER, N. The EU and the WTO: Constitutionalism in a New Key. In: *The EU and the WTO*. Legal and constitutional issues. G. de Búrca e J. Scott (Ed.). 2001, p. 31-33 e 39: 1) the development of an explicit constitutional discourse and constitutional self-consciousness; 2) a claim to foundational legal authority, or sovereignty, whereas sovereignty is not viewed as absolute; 3) the delineation of a sphere of competence; 4) the existence of an organ internal to the polity with interpretative autonomy as regards the meaning and the scope of the competences; 5) the existence of an institutional structure to govern the polity; 6) rights and obligations of citizenship, understood in a broad sense; 7) specification of the terms of representation of the citizens in the polity.

- ⁴⁵ Tradução livre: Considerando os diferentes níveis de governança “como fazendo parte de um sistema constitucional em geral [...] que precisa ser coordenado de forma prática”.
- ⁴⁶ Tradução livre: “Não pode ser resolvido, concentrando-se em uma camada de forma isolada. No que diz respeito a relação entre os diferentes níveis [...] supremacia do ‘superiores’ [...], mas não em termos absolutos [...] relação de mútua comunicação, não de subordinação.”
- ⁴⁷ COTTIER, Thomas; HERTIG, Maya. The prospects of 21st century constitutionalism. *Max Planck Yearbook of United Nation Law*, v. 7, 2003, p. 328.
- ⁴⁸ REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. En torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español. *Derecho Constitucional*, n. 34, 1992, p. 42.
- ⁴⁹ Tradução livre: A Constituição nacional, hoje e no futuro, é considerada uma “constituição parcial”, que é completada por outros níveis de governança. Refletindo a posição intermediária da natureza “incompleta” da constituição nacional, os sistemas constitucionais são baseados não em uma concepção absoluta de soberania, sendo esta compartilhada entre os diferentes níveis de governança.
- ⁵⁰ COTTIER, Thomas; HERTIG, Maya. The prospects of 21st century constitutionalism. *Max Planck Yearbook of United Nation Law*, v. 7, 2003, p. 304.
- ⁵¹ Tradução livre: “Os diferentes níveis de governança derivam de todas as diferentes fontes legais, refletem diferentes círculos de identidades políticas e possuem suas próprias ‘raison d’être’ [razão de ser]”. Mas eles (círculos de identidades política) são interligados e entrelaçados.
- ⁵² COTTIER, Thomas; HERTIG, Maya. The prospects of 21st century constitutionalism. *Max Planck Yearbook of United Nation Law*, v. 7, 2003, p. 306.
- ⁵³ NEVES, A. Castanheira. O actual problema metodológico da realização do direito. In: *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. 2. Coimbra Editora, 1995, pp. 251-252: aduz que a realização do direito deve ser triplamente considerada: enquanto “*intencionalidade a cumprir*” concretamente mediante a sua realização, seja ela axiológica, programática formal ou política-social; enquanto “*espaço institucional de decisão*”, demarcado constitucionalmente, definido por um estatuto orgânico e jurisdicionalizado pelo processo; enquanto “*fundamento*” (elemento racionalmente concludente num discurso problematicamente judicativo) e o “*critério*” (operador técnico que pré-esquematiza a solução) do juízo. O direito como conteúdo fundamentante do juízo ou “critério justificativo da decisão”. “Temos no primeiro ponto o *momento filosófico* da realização do direito, no segundo ponto o seu *momento político* e no terceiro ponto especificamente o seu *momento metodológico*.”
- ⁵⁴ COSTA, José de Faria. *Direito penal e globalização*. Reflexões não locais e pouco globais. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010.
- ⁵⁵ A Convenção de Viena sobre direito dos tratados se aplica principalmente aos tratados clássicos, internacionais, que exigem engajamento recíproco dos Estados. Os tratados relativos aos direitos do homem são diferentes, e não são baseados num princípio de reciprocidade, pois os destinatários estão sob a jurisdição de um Estado contratante. O redactor da Convenção não ignorou a especificidade das disposições relativas à protecção da pessoa humana, nos termos do art. 60, § 5º: Os par. 1º a 3º (relativos à reciprocidade) não se aplicam às disposições sobre a protecção da pessoa humana contidas em tratados de carácter humanitário, especialmente às disposições que proíbem qualquer forma de represália contra pessoas protegidas por tais tratados. DELMAS-MARTY, Mireille. *Trois défis pour un droit mondial*. Éditions du Seuil, 1998, p. 40. Veja-se, ainda, que as reservas poderiam “renacionalizar” a universalidade dos direitos do homem: “Quer se trate de direitos integrados nas normas constitucionais, quer se trate de direitos inscritos em instrumentos internacionais, a novidade é que os direitos do homem se tornaram opostos ao legislador e memo ao Estado.” DELMAS-MARTY, Mireille. A mundialização do direito: probabilidades e riscos. Coimbra Editora. *Boletim da Faculdade de Direito*. Studia Iuridica 41. Colloquia 3, p. 136 e 138.
- ⁵⁶ SCHERMERS, Hanry G. *We the peoples of the united nations*. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, v. 1, 1997, p. 117: “Supranational rules are imposed by three needs which governments cannot ignore, a technical need, a need to cope with global risks and the human need.”
- ⁵⁷ NEVES, A. Castanheira. O papel do jurista no nosso tempo. In: *Digesta*. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodolo-

gia e outros, Coimbra Editora, v. 1, 1995, p. 47. Vide nota 51.

⁵⁸ NEVES, A. Castanheira. Interpretação jurídica. In: *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, Coimbra Editora, v. 2, 1995, p. 342: “Permitindo discriminar a *exegese* (*exegesis* ou *explicatio* e, portanto, mera *explicitação*) da *interpretação* (*inter-pres* e, portanto, com necessária *mediação*) [...] A interpretação em sentido próprio *abre* (normativamente) a fonte do direito, e distingue a *lex* do *ius*: a *exegese fecha* (analiticamente) a fonte no seu próprio texto, e identifica o *ius* à *lex*.” E acrescenta, p. 350, “por isso não haverá direito, nem a sua realização será possível, sem a intencionalidade problemático-normativamente transdogmática que simultaneamente o constitui *como direito* e orienta o sentido normativo da sua realização. Ora, a metodologia jurídica, nela incluída de certo a interpretação, é justamente aquela dimensão do pensamento jurídico em que este momento problemático normativo transdogmático e transpositivo se assume explicitamente num regulativo de ‘racionalização’ (de fundamentação) da histórico concreta realização do direito – ao realizar concretamente o direito e no juízo dessa realização, a metodologia jurídica constitui a mediação, imprescindível e irredutível, entre o direito positivo e ‘o direito’ (a intenção normativa fundamental a realizar através do direito positivo) ou entre o direito dogmaticamente positivo e o *consensus* da consciência jurídica comunitária que a interpretação continuamente assimila.” As regras metodológicas “participam da dimensão problemática e não da dimensão dogmática do direito”.

⁵⁹ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 2. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 205-207: “Precisamos de um fenómeno, que seja *simultaneamente da ordem do ser e processual*. O que se procura só pode ser o homem, não o homem empírico, mas o homem enquanto *pessoa* [...] como ‘papel a desempenhar’, como o conjunto das relações nas quais o homem está perante os outros e perante as coisas [...] o direito só se poderá sempre legitimar na medida em que *assegura a cada um aquilo que lhe pertence enquanto pessoa: o suum iustum* [...] ela não é estática e atemporal, mas não está arbitrariamente disponível na sua con-

figuração dinâmico-histórica. [...] a prática isolada de uma *teoria processual da justiça fundada na personalidade* assim compreendida não pode ser exclusivamente tarefa da filosofia do direito, mas missão de todos aqueles a quem o direito está confiado. [...] *a ideia do direito é a ideia de homem pessoal – ou então não é nada.*” Por isso o direito deve ser “*Dasein*”, respectivamente, em cada caso, contínuo constituindo...

⁶⁰ PERROUX, F. *Dialectique et socialisation*. Prefácio às Oeuvres de K. Marx, I, p. XXIV: “Dialéctica do diálogo” “procede da espontaneidade do espírito que diz e contradiz e alimenta-se da riqueza inesgotável dos valores – jamais o diálogo se confunde com uma *praxis* que chegasse a fazer de uma contra-verdade uma verdade, e de uma injustiça um justiça”, apud NEVES, A. Castanheira. A revolução e o direito. In: *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra Editora, v. 3, 2008, p. 129-130.

⁶¹ NEVES, A. Castanheira. Direito hoje e com que sentido? In: *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, Coimbra Editora, v. 3, 2008, p. 65.

⁶² O direito como garantia do outro ser reconhecido como pessoa. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios de filosofia do direito*. Trad. de Orlando Vitorino. 1959, par. 36; Veja-se, ainda, a fundamentação ontoantropológica do direito penal, onde o crime seria uma perversão da relação de cuidado de perigo do “eu” para com o “eu” e do “eu” para com o “outro”. COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal*. Fragmenta iuris poenalis. 2. ed. Coimbra Editora, 2010, p. 20; “O direito é um mínimo instrumental de um máximo cultural – a realização de cada um como pessoa na plenitude das condições de seu tempo histórico”. PALMA, Maria Fernanda. *Direito constitucional penal*. Almedina, 2006, p. 72; Os caminhos do futuro direito penal passam pela “redescoberta do axioma onto-antropológico que preside à função penal, produtor de uma imagem do Homem com (o) ser-com e ser-para os outros”; DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 9, n. 33, jan./mar. 2001, p. 65; NEVES, A. Castanheira. O papel do jurista no nosso tempo. In: *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, Coimbra Editora, v. 1, 1995, p. 39: “Mas não a comunidade [mundo]

como uma ‘terceira entidade’, superior ou acima da autonomia ética das pessoas integrantes, um ser hipostático que destas fosse de todo distinto e independente, um super-ego hegeliano, mas a comunidade que se vai constituindo pelos actos de participação naqueles valores comuns que se vão revelando no sentido dos actos da comunidade espiritual. A comunidade, pois, daquela comunhão axiológica, em que cada um de nós se compreende como *pessoa numa comunidade de pessoas*.” Na p. 42 aduz que a: “volonté générale” significa o “transcender de uma intenção axiologicamente fundamentante de sentido comunitário”, que se realiza na convivência humana concreta, num transcender “histórico-concreto – é um transcender da situação social concreta mas *nela e para ela*”, e o sentido axiológico “não é ‘imposto’ heteronomamente, mas assumido pela (e revelado à) pessoa moral ao transcender-se e realizar-se ela própria na sua dimensão comunitária”. BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao direito*. 2. ed. reimp. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, p. 96-97: “Somos uns com os outros [...] o demiurgo instituidor dos sentidos predicativos de sua validade [da ordem jurídica] somos nós mesmos.” HEIDEGGER, Martin. *O conceito de tempo*. Prólogo, trad. e notas de Irene Borges-Duarte. Fim do século, 2003, p. 36-37: “O ser-aí enquanto tal ser-no-mundo coincide, assim, com o *ser-uns-com-outros*, ser com outros.” [“Das Dasein als dieses In-der-Welt-sein ist in eins damit *Mit-einander-sein*, mit Anderen sein”].

⁶³ NEVES, A. Castanheira. Direito hoje e com que sentido? In: *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v. 3. Coimbra Editora, 2008, p. 63.

⁶⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 215: “A mais recente metodologia reconhece aos tribunais uma grande participação na conformação e desenvolvimento do Direito no seu processo de aplicação, *a law in action*.” O constitucionalismo sincrético *in action* só pode ocorrer com mediação jurisdicional, e a constitucionalidade só pode ser constitucionalidade conglobante.

Referências

BAYÓN MOHINO, Juan Carlos. Internacionalización del derecho y metodología jurídica. In: *Internacionalização do direito no novo século. Boletim da Faculdade de Direito*. Studia Iuridica 94, Colloquia 17. Organização de Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra Editora, 2009.

BRONZE, Fernando José. *Pensamento jurídico* (Teoria da argumentação). Relatório com a justificação, o sentido, “[...] o programa, os conteúdos e os métodos de ensino [...] da disciplina [...]”. Coimbra, 2003.

_____. *Alguns marcos do século na história do pensamento metodológico-jurídico*. BFD – Volume Comemorativo. Coimbra, 2002.

_____. *Lições de introdução ao direito*. 2. ed. reimp. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010.

BÜLLESBACH, Alfred. Princípios de teoria dos sistemas. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 2. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

BURKE-WHITE, William; SLAUGHTER, Anne-Marie. An international constitutional moment. *Harvard International Law Journal*, v. 43, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 4. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*” e *interconstitucionalidade*. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Almedina, 2008.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Almedina, 2003.

- COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: uma análise meta-teórica. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta. 4. ed. Madrid, 2009.
- COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal*. Fragmenta iuris poenalis. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- _____. *Direito penal e globalização*. Reflexões não locais e pouco globais. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010.
- _____. *Direito penal especial*. Contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da parte especial. Coimbra, 2007.
- COTTIER, Thomas; HERTIG, Maya. The prospects of 21st century constitutionalism. *Max Planck Yearbook of United Nation Law*, v. 7, 2003.
- D’ATENA, Antonio; GROSSI, Pierfrancesco (a cura di). *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello*. Tra Europa e stati nazionali. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2004.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Trois défis pour un droit mondial*. Éditions du Seuil, 1998.
- _____. A mundialização do direito: probabilidades e riscos. *Boletim da Faculdade de Direito*. Studia Iuridica 41. Colloquia 3. Coimbra Editora.
- _____. Politique criminelle et droits de l’homme: vers une logique flou. *Revue Interdisciplinaire D’etudes Juridiques*, n. 24, 1990.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 9, n. 33, jan./mar. 2001.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios de filosofia do direito*. Trad. de Orlando Vitorino, 1959.
- HEIDEGGER, Martin. *O conceito de tempo*. Prólogo, trad. e notas de Irene Borges-Duarte. Fim do século, 2003.
- HOWARD. A. E. Dick. A traveler from an antique land: the modern renaissance of comparative constitutionalism. *Virginia Journal of International Law*, v. 50, n. 1.
- KAUFFMAN, Stuart. *O universo, a nossa casa*. A procura das leis da auto-organização e da complexidade. Trad. de Carlos Sousa de Almeida. Lisboa: Bizâncio, 2005.
- KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 2. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010.
- MÜLLER, J. P. Wandel des Souveränitätsbegriffs im Lichte der Grundrechte – dargestellt am Beispiel von Einwirkungen des internationalen Menschenrechtsschutzes auf die schweizerische Rechtsordnung. In: RHINOW, R.; EHRENZELLER, B. (Ed.). *Fragen des internationalen und nationalen Menschenrechtsschutzes*. Zeitschrift für Schweizerisches Recht 116, 1997.
- NEVES, A. Castanheira. Fontes do direito. *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, v. 2. Coimbra Editora, v. 2, 1995.
- _____. Justiça e direito. *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, Coimbra Editora, v. 1, 1995.
- _____. O papel do jurista no nosso tempo. *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, Coimbra Editora, v. 1, 1995.
- _____. Jurisprudência dos interesses. *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, Coimbra Editora, v. 2, 1995.

_____. O actual problema metodológico da realização do direito. *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, Coimbra, v. 2, 1995.

_____. Direito hoje e com que sentido? *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, Coimbra, v. 3, 2008.

_____. A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito. *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, Coimbra, v. 1, 1995.

_____. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Coimbra, 2003.

_____. Interpretação jurídica. *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, Coimbra, v. 2, 1995.

_____. Uma reflexão filosófica sobre o direito. *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra, v. 3, 2008.

_____. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, Coimbra, v. 3, 2008.

_____. A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido. *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, Coimbra, v. 2, 1995.

_____. O direito como alternativa humana. *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra, v. 1, 1995.

_____. O problema da universalidade do direito – ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas. In: Internacionalização do direito no novo século. *Boletim da Faculdade de Direito*. Studia Iuridica 94, Colloquia 17.

_____. A redução política do pensamento metodológico-jurídico. *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra Editora, v. 2, 995.

_____. A revolução e o direito. *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra, v. 1, 1995.

PALMA, Maria Fernanda. *Direito constitucional penal*. Almedina, 2006.

PERNICE, Ingolf. The treaty of Lisbon: multilevel constitutionism in action. *Columbia Journal of European Law*, v. 15, 2009.

PERRON, Walter. ¿Son superables las fronteras nacionales del derecho penal? Reflexiones acerca de los presupuestos estructurales de la armonización y unificación de los diferentes sistemas de derecho penal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n. 2, 1998.

POUND, Roscoe. Forward to “the valuation of property in the roman law”. *Law Review*, n. 34, Harvard.

REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. En torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español. *Derecho Constitucional*, n. 34, 1992.

ROSENFELD, Michel et al. *Comparative constitutionalism: cases and materials*, 2003.

SCHERMERS, Henry G. We the peoples of the united nations. *Max Planck Yearbook of United Nation Law*, v. 1, 1997.

SCHILLING, T. The autonomy of the community legal order: an analysis of possible foundations. *Harvard International Law Journal*, n. 37, 1996.

SCHREUER, C. The waning of the sovereign state: towards a new paradigm for international law? *European Journal International Law*, n. 4, 1993.

TOMUSCHAT, C. International law as the constitution of mankind. In: UNITED NATIONS (Ed.). *International law on the eve of the twenty-first century*. Views from the international law commission, 1997.

TSAGOURIAS, Nicholas (Ed.). *Transnational constitutionalism*. International and european perspectives. Cambridge University Press, 2007.

WALKER, N. The EU and the WTO: constitutionalism in a new key. In: BÚRCA, G. de; SCOTT, J. (Ed.). *The EU and the WTO*. Legal and Constitutional Issues, 2001.

_____. Sovereignty and differentiated integration in the European Union. *European Law Journal*, n. 4, 1998.