



## A MIGRAÇÃO DE IDÉIAS CONSTITUCIONAIS COMO MECANISMO DE DIÁLOGO JURISDICIONAL: ESTUDO ENTRE A RELAÇÃO DA CORTE EUROPÉIA E O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMANHA.

Carla Noura Teixeira<sup>1</sup>  
Mauro Augusto Ferreira da Fonseca Junior<sup>2</sup>

### RESUMO

Este trabalho nasceu da percepção de integração entre os diferentes sistemas constitucionais. O diálogo jurisdicional entre sistemas jurídicos tem se mostrado eficaz para a resolução de problemas sistêmicos. Esses ordenamentos tem buscado importar teorias constitucionais supranacionais. Por mais que o uso do Direito Comparado seja válido como possibilidade de resolução de conflitos por ideias alheias ao sistema nacional, não pode ser utilizado de maneira indiscriminada. Os mecanismos de integração estão presente na teoria constitucional, mas deve ter um crivo argumentativo. Logo o objetivo descrever esses mecanismos e exemplificar a concretude integrativa, qual seja a migração de ideias constitucionais.

**Palavras-chave:** Integração. Diálogo Jurisdicional. Migração de Ideias Constitucionais. Corte Europeia. Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

### THE MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS AS A MECHANISM FOR JURISDICTIONAL DIALOGUE: STUDY BETWEEN THE RELATIONSHIP OF THE EUROPEAN COURT AND THE FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT OF GERMANY.

### ABSTRACT

This work was born of the perception of integration between the different constitutional

<sup>1</sup> Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2009) e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2003). Especialista em Direito Processual (2000). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará. Coordenadora do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu, Mestrado em Direitos Fundamentais e Professora da graduação em Direito da Universidade da Amazônia - UNAMA/ Grupo Ser Educacional. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional - IBDC. Líder do Grupo Permanente de Pesquisa Direito Internacional para o Século XXI - CNPq, na Universidade da Amazônia – UNAMA/ Grupo Ser Educacional. Autora de obras na área de Direito Internacional e diversos artigos científicos. Com experiência em pesquisa na área jurídica, com ênfase em Direito Internacional e Direitos Humanos. c.noura@uol.com.br

<sup>2</sup>Bacharel em Direito pela Faculdade Integrada Brasil Amazônia, Mestrando em Direitos Fundamentais pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade da Amazônia. Associado da Rede Empírica de Pesquisa em Direito. Membro perante do Grupo de Pesquisa de Direito Internacional para o Século XXI – CNPq. Bolsista PROSUP/Capes. mauroaffjr@gmail.com.



systems. Jurisdictional dialogue between legal systems has proved effective in solving systemic problems. These ordinations have sought to import supranational constitutional theories. Although the use of Comparative Law is valid as a possibility of conflict resolution by ideas outside the national system, it can not be used indiscriminately. The mechanisms of integration are present in the constitutional theory, but must have an argumentative sieve. Therefore, the objective is to describe these mechanisms and to exemplify the integrative concreteness, which is the migration of constitutional ideas.

**Key words:** Integration. Jurisdictional Dialogue. Migration of Constitutional Ideas. European Court. Federal Constitutional Court of Germany.

## 1. INTRODUÇÃO

A influência constitucional em diversos países, em algumas vezes dos mais diversos ordenamentos e sistemas jurídicos, tem ocorrido de forma corriqueira e não é um fenômeno totalmente novo, dado o avanço da chamada globalização Constitucional, a qual revolucionou a maneira como se estuda o Direito Constitucional Comparado. Uma vez que, os juristas ao se depararem com inquietudes e problemas no seu próprio ordenamento, volta-se a jurisdição constitucional comparada a fim de encontrar soluções para essas inquietudes. (Freire, 2014).

Nesse panorama, a globalização Constitucional, por assim dizer, tem atraído os estudiosos a se debruçar ao Direito Internacional, por meio dos Tribunais e suas decisões com o nítido objetivo de importar os mecanismos constitucionais desses Tribunais como interpretações constitucionais, de maneira a entender o Direito como um “bem intercambial” dando a interpretação um caráter, inclusive, Cosmopolita.

Essa perspectiva, só se torna possível a partir do momento em que o intercâmbio de ideias se dê no plano Constitucional. É então que surge os Empréstimos Constitucionais, que nada mais são do que influências Constitucionais em diversos países. Neles, nas palavras de Friedman e Saunders “inclui transplantes e adaptações, reconhecidos ou não, em qualquer estágio da criação de um sistema constitucional ou em seus desenvolvimentos e usos subsequentes”. (Friedman e Saunders, 2003).

É por meio da nova perspectiva em estudo de Direito Comparado, é possível delimitar uma diferenciação entre integração jurídica institucional-legal e integração jurídica discursiva (qual será tratada em tópico específico). De todo o modo, pode se afirmar que tais Empréstimos se dão no plano de integração jurídica discursiva, fugindo da formalidade estrita e legalidade.



Teoria de Empréstimos Constitucionais por mais interessante, e importante, que seja para o estudo comparativo necessitaria de uma exposição mais longa e analítica, incapaz de abarcar em um artigo, o qual este se propõe. Para tanto, apenas ressalta-se que na origem do conceito de Empréstimos Constitucionais, há uma sub divisão em sentido amplo e estrito.

Em sentido estrito, os Empréstimos ocorrem por meio de regras escritas enquanto que em sentido amplo os transplantes serão de jurisprudências e Teorias Constitucionais. Logo, dar-se-á nesse ponto o recorte do presente trabalho, pois quando analisado os Empréstimos em sentido amplo incluir-se-á as migrações de idéias constitucionais e assim possibilitar um novo horizonte de integração entre os sistemas.

Para tanto, buscou-se um objeto paradigmático, a relação entre a Corte Europeia, e suas decisões, com o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, uma vez que em tal relação pode ser possível visualizar o modelo ideal de migração de idéias e a forma com que ocorre este Diálogo.

Assim, o presente trabalho está dividido em 4 (quatro) tópicos, os quais se iniciam com um breve recorte de mecanismo de integração Constitucional (sejam legal e discursiva). Em um segundo momento explorando a integração discursiva, a qual é o meio em que os Empréstimos Constitucionais, e por consequência, as Migrações de Idéias Constitucionais efetivamente ocorrem. Chegando enfim ao estudo da integração entre a Corte Europeia e o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, o que deixa algumas considerações ao tópico final.

## **2. MECANISMO DE INTEGRAÇÃO CONSTITUCIONAL: INTEGRAÇÃO INSTITUCIONAL-LEGAL E INTEGRAÇÃO DISCURSIVA.**

A partir de uma visão holística de integração entre os sistemas, é possível visualizar uma possibilidade real de diálogo entre os mais diversos ordenamentos jurídicos, todavia é imperioso lembrar que a integração dar-se-á tão somente no plano que lhe é palpável, qual seja em nível constitucional.

Diante dessa realidade, formas de estudar ou entender como pode ocorrer a uma integração plena, tem se voltado para um contexto da Europa, isso porque há um fascínio em como a União Europeia, conseguiu uma integração jurídica, em nível de jurisdição



constitucional, sem abrir mão ou considerar que uma jurisdição supranacional venha a ferir a Soberania de seus Tribunais Nacional. (Silva, 2010).

Virgílio Afonso da Silva comenta (2010):

A Europa exerce um enorme fascínio sobre a literatura jurídica da América do Sul. Não são poucos os trabalhos sobre a integração jurídica na União Européia publicados por autores brasileiros. A existência de um sistema jurídico supranacional, com normas igualmente válidas para todos os países membros; a existência de um Poder Executivo e de um Poder Legislativo e, sobretudo, a existência de uma jurisdição comum (seja da Europa em geral, seja da União Européia em particular) é algo que muitos juristas brasileiros (talvez sul-americanos em geral) consideram como o objetivo a ser perseguido pelos países da América do Sul. A tese que subjaz é essa idéia é a de que, sem instituições comuns, sem uma legislação comum, sem um parlamento comum, sem uma jurisdição comum e, talvez, sem uma constituição comum, não pode haver integração digna desse nome.

É então que surgiu no imaginário dos estudiosos em Direito, que para haver uma integração, e conseqüentemente um diálogo a nível constitucional, há de ter bases jurídico dogmáticas comuns (basicamente juridicidade comum). A exigência de tal arcabouço jurídico dogmático comum para se ter o mínimo de integração constitucional, deu-se o nome de Integração Institucional Legal (Silva, 2010). Essa denominação, reflete um posicionamento muito claro da dogmática juspositivista, na medida em que a exigência de bases comuns para haver um diálogo, limita a discussão em um plano apenas de vinculação ou não das ideias constitucionais vindas de outros ordenamentos.

Por outro lado, em países de produção Constitucionalista recente, há uma dificuldade em consolidar as suas próprias instituições nacionais, o que por si só impossibilita ainda mais uma integração e diálogo em nível constitucional, dado a discrepância jurídico dogmática de instituições do ponto de vista legal. Para tanto, esta parece ser a maior crítica a uma implantação ou ideal de integração somente no plano Institucional-Legal, se faz necessário uma discussão mais aberta e de outros meios que possibilitam uma integração até do ponto de vista da efetividade.

Ao se falar de efetividade, há de se buscar outros meios que possibilitam uma integração Constitucional, de modo que sejam além da legalidade e se mostrem efetiva. Nesse sentido, em países que as instituições constitucionais não estejam consolidadas (como dito acima), resta outros elementos de aspectos sociológicos que possam justificar um diálogo. Veja-se que realidades comum, tais como sociais, econômicas, culturais, educacionais e até de efetividade e garantia dos Direitos Fundamentais pelo Estado, tem o condão de unir e integrar diferentes ordens Constitucionais, com o objetivo de encontrar



soluções de problemas comuns em seus determinados Sistemas, sobre o tema Virgílio Afonso da Silva também coloca (2010):

Embora esse pensamento não seja necessariamente equivocado, é possível afirmar que ele se refere apenas à idéia de integração institucional-legal. Além disso, na medida em que não são "grandes as perspectivas de um desenvolvimento institucional e legal similar na América do Sul em um futuro próximo, parece-me que concentrar esforços apenas na idéia de integração institucional-legal pode ser contraproducente. Para além da integração institucional-legal há uma outra forma possível de integração, que não depende de instituições comuns, de poderes comuns, de uma jurisdição comum e tampouco de uma constituição comum. Quando muito, esse tipo de integração pressupõe realidades - sociais, econômicas, culturais - semelhantes. Isso - essas realidades comuns - já existe na América do Sul. Diante disso, é possível indagar se faz sentido aguardar a criação (ou um maior desenvolvimento) de instituições comuns altamente desenvolvidas para poder iniciar o debate e impulsionar algum tipo de integração mais sólida. Essa pergunta parece ser ainda mais procedente se tivermos em mente a dificuldade que os países da América do Sul têm com a consolidação de suas próprias instituições nacionais.

Logo, o que se pode afirmar (ou amenos cogitar), e a possibilidade de haver outros meios de integração sem necessariamente ter uma base de Instituições comuns, sendo possível dialogar em nível constitucional com outros sistemas que não tenham bases jurídicas tão semelhantes.

Nesse ponto é que pode se tratar e confrontar a existência de outros mecanismos de integração, e por isso, surge a chamada integração discursiva, o qual se base nos Empréstimos Constitucionais e Migração de Ideias Constitucionais.

No que diz respeito aos Empréstimos Constitucionais não cabe tecer grandes comentários (como dito no início do presente trabalho), apenas colocá-lo no seguinte aspecto: ele se traduz quase que em sua totalidade na figura do transplante legal (Watson, 1974), o qual em seu sentido estrito, diz respeito ao transplante de, tão somente, regras escritas ou positivadas nos ordenamentos transplantados sem qualquer alteração, modificação ou adaptação do texto transplantado. Em outra perspectiva, sentido amplo, o transplante ocorre por meios de jurisprudência e teorias Constitucionais, fora do texto juspositivo, daí porque os Empréstimos Constitucionais ganham tal relevância, visto que fogem do ideal iniciam de meras acepções de texto constitucionais de outros sistemas mas sim traz consigo todo o arcabouço jurisprudencial do texto em si, como bem pontua Virgílio Afonso da Silva (2010):

O debate sobre empréstimos constitucionais, ainda que não seja novo, cada vez mais recebe a atenção dos constitucionalistas. Ainda assim, não há, até agora, um conceito unívoco de empréstimo no âmbito constitucional. Em um sentido mais estrito, empréstimos constitucionais envolvem a importação de regras da constituição de um país para a constituição de outro. Nesse sentido, empréstimo constitucional seria o



equivalente àquilo que Alan Watson, há mais de três décadas, chamou de transplante legal." Ou seja: nesse sentido mais estrito; empréstimos constitucionais seriam o mesmo que os transplantes legais sempre foram para o direito privado comparado em geral. Ainda que essa idéia de empréstimo (como transplante) possa ter algum interesse para a discussão sobre integração, esse interesse é muito limitado. É possível, contudo, falar em empréstimo constitucional em um sentido mais amplo. É nesse sentido mais amplo que já empreguei a expressão em outros trabalhos. Nessa acepção, empréstimos são mais do que um simples transplante de regras escritas, e isso por duas razões principais: em primeiro lugar, porque os empréstimos constitucionais podem se manifestar não apenas no âmbito constituinte, mas também, por exemplo, no âmbito jurisprudencial; e, em segundo lugar, porque os empréstimos constitucionais podem ser mais do que um simples transplante de regras escritas, porque podem envolver a importação de idéias ou de teorias constitucionais.

É na perspectiva de integração Discursiva, que a Migração de Ideias Constitucionais se desenvolve, pois seja por meio de Empréstimos Constitucionais o debate ainda ficará na dicotomia clássica de vinculação ou não do texto transplantado, ou seja, em um plano lógico-jurídico formal, daí a necessidade de uma integração discursiva não só pelo transplante mais pelo discurso e troca de ideias.

Nesse ponto de intergeração discursiva é inevitável buscar uma similitude nos discursos partindo de uma discursiva de Jurgen Habermas. Habermas objetiva reconstruir os pressupostos racionais, implícitos no uso da linguagem, entendida, segundo Ludwig (2005), como o lugar intranscendível de toda fundamentação, o qual se dirige à compreensão mútua, o falante constrói uma pretensão de validade, quer dizer, pretende que o dito por ele seja válido num sentido amplo. Então, Habermas menciona que quando eu falo algo, digo alguma coisa para uma ou mais pessoas, eu pretendo que aquilo que digo seja válido.

Todavia essa pretensão de validade significa coisas diferentes segundo o tipo de ato de fala de que se trate, ou matéria a ser discutida ou até Transplantada. Portanto, se a explicação a algum indivíduo considerado verdadeiro, o que para Habermas só ocorre se houver o assentimento potencial de todos aqueles que estão me ouvindo. Sendo assim, se um dos meus ouvintes não aceitar o que falo por não acreditar no que digo, ou por outro motivo qualquer, o conteúdo que é transmitido não poderá ser tido como verdadeiro, pois não houve o consentimento de todos sobre a veracidade do ato de fala.

Segundo o próprio Habermas (ATIENZA, 2002):

É que a inegável diferença entre a lógica do discurso teórico e do discurso prático não são tais que expulsem o discurso prático do âmbito da racionalidade; que as questões prático-morais podem ser decididas “por meio da razão”, por meio da força do melhor argumento; que o resultado do discurso prático pode ser um resultado “racionalmente motivado”, a expressão de uma “vontade racional”, um consenso justificado,





garantido ou fundado; e que, em consequência, as questões práticas são suscetíveis de verdade num sentido amplo dessa palavra.

Ao trazer essa perspectiva de volta a Integração Discursiva, resta como clara que tanto o Empréstimo quanto a Migração de ideias constitucionais demanda uma análise do discurso nos sistemas que dialogam, de modo que a aceitação, a forma de transmissão e matéria transmitida tem de haver de livre convencimento entre os sistemas, fora isso a integração restará como falida ou inverossímil.

Por fim, ressaltasse o fascínio em analisar a Teoria de Migração de ideias Constitucionais, isto porque ela não demanda qualquer arcabouço legal ou formal para ocorrer, apenas que haja uma integralidade do discurso adotado pelo Sistema que dialoga, tornando possível uma integração plena e superando o caráter vinculativo ou são de instancias formais.

De todo modo, entender a integração discursiva por meio da Migração de Ideias Constitucionais será debatido de maneira mais específica no tópico a seguir.

### **3. INTEGRAÇÃO DISCURSIVA: MIGRAÇÃO DE IDEIAS CONSTITUCIONAIS.**

Ao partir do ideal da integração discursiva, em especial a migração de ideias constitucionais, este parece ser o tema mais relevante e importante a fim de efetivar um diálogo entre jurisdições constitucionais. Isto porque, antes de revelar quaisquer conceitos referente a migração, ela demanda um pressuposto básico, qual seja a liberdade em ocorrer a migração e o seu caráter multilateral, daí o motivo pelo qual há simplificação em chamar apenas de ideias constitucionais, uma vez que o próprio termo de migração pode remeter ao transplante legal (tema já debatido acima), logo por mais que alguns juristas entendam ambos em sentido estrito como Empréstimos, há de se levar em conta tal distinção e conceituá-la em sentido amplo. Virgílio Afonso da Silva pontua (2009):

O empréstimo constitucional, enquanto fenômeno jurídico, é algo corriqueiro e que sempre existiu. Para que ocorra, seja no plano constitucional-legal (ou seja, o empréstimo de dispositivos da constituição ou das leis de um país para a constituição ou as leis de outro), seja no plano teórico (ou seja, na utilização, em um país, de teorias desenvolvidas em outro), seja ainda no plano jurisprudencial (ou seja, na utilização e decisões estrangeiras como argumentos em um tribunal de um determinado país), não costuma ser necessário nenhum tipo de previsão legal ou constitucional.

De todo o modo, a migração de ideias constitucionais pode ser resumida como como o movimento de uma norma ou um sistema jurídico de um país para outro, de um povo para outro. Este conceito deriva de uma tradução livre de Alan Watson (1974), do



qual em sua obra *Legal Transplants*, apresenta que a lei de uma sociedade não são resultados lógicos de sua própria experiência, mas são tomadas por empréstimo de outras sociedades (laws of one society are primarily “borrowed” from other societies). Pode-se dizer, então, que muito do direito criado numa certa sociedade não é aplicado segundo as finalidades para as quais foi elaborado. Poderá este direito servir de amparo a soluções de controvérsias fora do seu âmbito de atuação (eficácia). Watson (1993, p. 21).

Ressalvada a amplitude ou possíveis críticas a tal perspectiva, não há como negar que a migração de ideias constitucionais rompe com a discussão clássica entre a vinculação ou não vinculação de instancias constitucionais, sejam (ou não) supranacionais. Isto porque, a discussão, além de ser multilateral entre os sistemas, se restringe a integrar ou sistematizar por meio de teorias Constitucionais, não por uma lógica jurídica formal e legal.

Observa-se que ao nivelar a discussão argumentativa, por meio da migração de ideias constitucionais, deixando tão somente no plano Constitucional é possível haver uma integração entre as jurisdições e chegar ao diálogo institucional.

Em outro trabalho Virgílio Afonso da Silva pontua (2010):

Nesse sentido, pode-se dizer que analisar a questão da integração jurídica por meio do conceito de migração de idéias constitucionais pode libertar o jurista do debate estritamente dicotômico entre vinculação e não-vinculação de instâncias nacional instâncias supranacionais, e também do debate exclusivamente sobre a hierarquia das normas. A partir da perspectiva da integração por meio da migração de idéias, o que importa é o livre câmbio de experiências, de idéias, de teorias. Esse livre câmbio não pretende vincular ninguém, caso contrário não seria livre. Ele - e a integração que dele pode resultar - ocorre no nível da argumentação e pode operar horizontalmente entre ordens jurídicas nacionais ou verticalmente entre uma ordem jurídica nacional e uma instância supranacional. Além disso, pode existir também entre várias ordens jurídicas nacionais por meio de uma instância supranacional.

Em outra perspectiva, a migração de ideias constitucionais permite uma integração sem vinculação formal das decisões supranacionais. No sentido em que se torna possível a aproximação do discurso jurídico entorno de diálogos constitucionais. Essa aproximação ocorrer pelo simples uso multilateral e livre dos Tribunais dos respectivos ordenamentos que dialogam, pois é por onde as teorias constitucionais tendem a circular, sendo, portanto a válvula de escape de um sistema aberto para ocorrer a migração das ideias.

Em conclusão, a migração de ideias constitucionais como integração jurídica permite, mesmo que não haja integração formal, uma aproximação do Discurso Jurídico





Constitucional entre os Tribunais, sendo que por mais que não tenha uma vinculação formal deste diálogo há de ocorrer uma valoração argumentativa e descritiva das teorias e ideias constitucionais de outros sistemas, o que por si só já se encontra como uma forma de integração.

Ao trazer essa perspectiva a uma realidade fática, exemplifica-se a integração entre a Corte Europeia e o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, exemplo que será mais detalhado no tópico a seguir.

Em todo caso, o parâmetro conceito de migração é amplo, e portanto dá a possibilidade de teorizar sobre como efetivar a integração discursiva entre jurisdições e sistemas constitucionais. Sobre essa amplitude Neil Walker resumiu (2006, p.220):

Migração é um útil conceito ecumênico no contexto do movimento interestatal de ideias constitucionais. Ao contrário do que ocorre com outros termos correntes na literatura de direito comparado, como 'empréstimo', 'transplante' ou 'intercâmbio', ele não supõe nada acerca das atitudes do doador e do receptor, ou acerca das propriedades do destino do objeto legal transferido. Ao contrário ele refere-se a todos os movimentos entre os sistemas, evidentes ou velados, episódicos ou incrementais, planejados ou evolutivos, iniciados pelo doador ou pelo receptor, aceitos ou rejeitados, adotados ou adaptados, relativos a doutrinas substantivas ou a desenho institucional ou a algum outro ethos ou sensibilidade constitucional mais abstratos ou intangíveis.

Tal amplitude, além de garantir uma integração distinta da subsunção jurídica-formal, ocasiona uma reafirmação e fortalecimento da Soberania Constitucional dos sistemas que a dialogam, uma vez que, ao dar essa margem de integração argumentativa em jurisdições e teorias constitucionais exige uma base institucional forte e que esteja voltada em visões constitucionais comuns, voltadas a garantia democrática, efetivação de Direitos Fundamentais e valoração de Direitos Humanos.

Com essas bases comuns, tem-se, ainda, a viabilidade de buscar arcabouços de interpretação constitucional unificada, sem necessariamente exista base material legal do Direito Positivado para tanto.

Isto acontece em função de que a migração de ideias constitucionais, também, abarca critérios interpretativos em diálogo nos Tribunais que o adotam, observa-se que neste ponto trazer critérios interpretativos comuns entre os sistemas constitucionais, facilita a integração discursiva, visto que a linguagem é a mesma, os objetivos são parecidos dando o perfeito viés comunicativo da integração.



Neste ponto há um perfeito entrelace com a horizonte hermenêutico de comunicação entre os sistemas que dialogam por meio das migrações (Gadamer, 1960), A compreensão se dá, pois, inserida em uma situação na qual já estarão envolvido (que seja a teoria constitucional), com o representante do conjunto de conceitos interpretativos do norma constitucional comum.

Logo, quer-se efetivamente demonstrar que a integração discursiva por meio da migração de ideias constitucionais, ocorre nos mais diversos planos dentro das teorias constitucionais dos sistemas, seja em critérios interpretativos, argumentativos ou de discurso entre os Tribunais.

Isso supera qualquer dicotomia clássica entre vinculação ou não de instancias oriundas de outros sistemas e ainda, não exige qualquer critério lógico formal para ocorrer o diálogo, uma vez que se respeitas as teorias desenvolvidas em outros sistemas e as analisa de acordo com um recorte do objeto em que se quer dialogar.

É por isso que o fenômeno de migração de ideias constitucionais não é novo ou se quer recente, visto a facilidade em que se é possível fazê-lo, o que apenas se deve resguardar dentro do seu uso é a migração feita por sistemas ou teorias que possam efetivamente dialogar, ou seja, tenham bases teóricas semelhantes qual sejam democráticas, valorização dos Direitos Humanos e garantia dos Direitos Fundamentais.

Ao não efetivar o diálogo ou a integração discursiva sem uma base efetivamente comum teórica, há o grande risco de migrar ideias em que não sejam abarcadas pelo sistema que o recebe, em outras palavras, há a possibilidade de a migração se tornar ineficaz pois a teoria constitucional importada não encontrará suporte Constitucional no ordenamento receptor.

#### **4. INTEGRAÇÃO ENTRE A CORTE EUROPEIA E O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMNHA.**

Em primeiro lugar cabe iniciar o presente tópico com algumas reflexões sobre a chamada Corte Europeia. Desde a sua formação através do Tratado de Roma, e, em especial, a partir da década de 80, ela vem desempenhando uma função de desenvolvimento das instituições comunitárias, tendo fornecido importantes elementos para o atual delineamento da União Europeia.

Nesse sentido, ela já foi atribuída a característica de principal motor (Jakobs, 1998) no processo de integração europeu, ou ainda de principal agente no processo de



ampliação das competências da Europa. Tal atuação fez-se mais incisiva no momento em que se verificava uma elevada inércia normativa das instituições comunitárias ou de uma visão do Direito Comunitário, atividade, esta, que deu ensejo a um concreto alargamento das competências comunitárias, e que possibilitou a fixação, por parte daquela corte, de diretrizes norteadoras das atividades judiciais nacionais em matéria de Direito Comunitário.

A criação das Comunidades Europeias, de um processo de integração, fez nascer um Direito novo e autônomo, o Direito Comunitário, destinado a reger as relações recíprocas dos cidadãos, das instituições e dos seus Estados membros. A fim de alcançar tal objetivo, o Direito comunitário é integrado pelo corpo de normas constantes dos Tratados (formador do Direito comunitário originário), mas também é constituído pelas disposições dos atos normativos emanados das instituições comunitárias (que integram o Direito comunitário derivado) (Campos, 1997).

O conceito de Estado e de Soberania passa a ser revisto, de modo que, é rejeitada a ideia da Soberania como o Direito dos Estados de adotarem qualquer atitude, baseados apenas em seus interesses e objetivos. Em outras palavras, o Estado não é imutável, mas sim uma construção histórica em permanente transformação, o que remete a uma concepção de poder de Estado segundo a qual a soberania é uma liberdade organizada e vinculada ao Direito Internacional. (Kegel, 2003).

É nesse ponto, também, que nasceu um certo Ativismo por parte da Corte Europeia em ditar decisões baseadas em Direito Comunitário. Ele foi possibilitado pelo vácuo legislativo existente nas instituições comunitárias. Tal inércia pode ser atribuída diversos fatores quais sejam pelo engessamento das decisões do Conselho do respectivo Tribunal em face da exigência de unanimidade; pela resistência dos Estados-Membros e de amplos setores da sociedade entendendo por ferir a Soberania dos Estados, aqueles por não adequarem seus ordenamentos às prescrições do Direito Comunitário, estes por serem diretamente afetados pelas políticas econômicas decorrentes da instituição de um mercado comum livre. (Dubinsky, 1994).

Nesse sentido, as Cortes Constitucionais nacionais, como a da Alemanha, não exercem uma jurisdição absolutamente especial, uma vez que, a par do revisão judicial e do arbitramento da tensão entre os poderes e órgãos (federalismo), exercem uma série de outras competências.



Por outro lado há de se falar de outros fatores que conferem à atuação da Corte Europeia uma natureza de jurisdição constitucional supranacional, quais sejam funções por ele exercidas de: delimitação das competências entre a Comunidade e Estados-Membros; revisão da legislação comunitária em face dos Tratados; demarcação das competências entre as instituições; e proteção dos direitos fundamentais através de um corte efetivamente de revisão sem clara previsão contratual (Jakobs, 1998).

Logo, o reconhecimento da legitimidade da jurisdição supranacional, mesmo quando sabidamente orientada à realização do indivíduo, não deve importar a aniquilação da soberania e autonomia estatais, mas pode encontrar no equilíbrio entre as duas esferas de controle (interno e supranacional), o caminho de cooperação mais eficaz à consolidação de uma Europa dos cidadãos, superando a velha discussão entre esvaziamento da Soberania nacional ao se vincular a uma instancia supranacional.

É então que volta-se a relação de integração entre a Corte Europeia e o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, para tanto Virgílio Afonso da Silva pontua (Silva, 2010):

Segundo o Tribunal Constitucional alemão, as decisões da Corte Européia de Direitos Humanos não vinculam os tribunais alemães. Isso, no entanto, não faz com que seja possível imaginar que a questão se resume - ao contrário do que afirmei acima - a uma questão binária (ou existe ou não existe vinculação). O problema é mais complexo. Segundo o Tribunal Constitucional alemão, embora não haja vinculação formal estrita, desconsiderar as decisões da Corte Européia de Direitos Humanos não seria compatível com a proteção dos direitos humanos e com o princípio do Estado de Direito. Nesse sentido, não levar em consideração as decisões da Corte Européia seria tão equivocado quanto tentar aplicá-las diretamente, como se houvesse uma supremacia pura e simples das decisões dessa corte em face das decisões dos tribunais nacionais.

E continua (Silva, 2010):

O valor das decisões da Corte Européia seria, segundo o tribunal alemão, sobretudo um valor argumentativa. É claro que, enquanto decisão judicial, ela vincula as partes envolvidas em cada caso concreto, mas apenas no caso concreto. Para além dessa vinculação no caso concreto, o dever dos tribunais nacionais é de levar em consideração, na medida do metodologicamente sustentável, as normas da Convenção Européia de Direitos Humanos, na forma como a Corte Européia as interpreta.<sup>30</sup> Nesse sentido, pode-se afirmar que as decisões da Corte Europeia impõem sobretudo um ônus argumentativa. Em outras palavras: o binômio vinculação vs. não-vinculação" entre jurisdições não é suficiente para compreender o problema. Trata-se de uma questão de vinculação argumentativa, isto é, trata-se de receber e reprocessar idéias supranacionais. Em resumo: a integração pode existir (e, de fato, existe) ainda que não exista uma vinculação formal estrita às decisões supranacionais.

O que se pode extrair dessa relação entre a Corte Europeia e o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha é um exemplo de integração discursiva por meio da migração de ideias Constitucionais.

Isto porque, ao impor um ônus interpretativo ou argumentativo das decisões proferidas pela Corte Europeia ao Tribunal Constitucional Nacional há um migração da



ideias constitucionais, já que a vinculação foge da lógica jurídica formal pairando tão somente no plano discursivo. O valor argumentativo se torna muito mais relevante do que a discussão latente entre vinculação ou não da decisão.

A migração de ideias constitucionais permite isso, visto que o nível argumentativo se dará em teorias, em uma clara tentativa de unificar as argumentações em torno das mesmas. No caso em questão, a argumentação passa por uma base de Direito Comunitário Europeu, com o objetivo de efetivar os Direitos Humanos em seu território.

Em outras palavras, a Corte Europeia discute e decide a forma como efetivar ou garantir Direitos Humanos e fundamentais, diante de tal decisão o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha não acata a decisão de maneira integral ou vinculativa, o que o Tribunal passa a fazer e entender os valores argumentativos descrito da decisão atribuindo um ônus interpretativo no âmbito nacional, o que permite a integração discursiva por meio da migração de ideias constitucionais com bases teóricas similares, qual seja de Direito Comunitário.

Essa vinculação só é possível, claro, pelo resgate de um Direito Comunitário, bases Constitucionais semelhantes e objetos idênticos de judicialização. Todavia não se pode deixar de lembrar que a estrutura do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha também facilita essa integração pela sua própria estrutura nacional.

Observa-se que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha entende pelo controle Concentrado de Constitucionalidade, ou seja, o juiz de uma jurisdição alemã, tem o dever de verificar a inconstitucionalidade de uma lei ao qual ele decide, no entanto ele não pode decretar a inconstitucionalidade ou ainda deixar de aplicar a referida norma que não fora apreciada e declarada pelo Tribunal Constitucional Federal, o qual o tem competência exclusiva para isso. (Martins, 2018).

Em outra perspectiva, a Lei Fundamental da Alemanha, *Grundgesetz*, o que representa a Constituição Alemã, deu o nome de Tribunal ao órgão máximo de judicial de seu Estado, todavia o que se observa ao fazer uma análise sistêmica do corpo teórico da Lei Fundamental, tem-se um independência do respectivo Tribunal dos demais órgãos constitucionais, o que traz uma autonomia para decidir questões sobre a interpretação da Constituição e teorias Constitucionais em última instância, não como protetor da Lei Fundamental, mas como interprete autentico, daí o controle concentrado de constitucionalidade (Martins, 2018).



Ao atribuir essa função de interprete autentico do texto constitucional, lhe permite navegar pelas teorias constitucionais que lhe forem apresentadas ou coadunarem com o sistema que eles se encontrem, inclusive com teorias de outros sistemas, não que venham a vincular, mas que possam efetivamente discutir tais teorias.

Notadamente, a migração de ideias Constitucionais funciona com mecanismo de integração entre o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e a Corte Europeia, na medida em que um decisão proferida pela Corte dá ônus argumentativo com base em Teorias Constitucionais ao Tribunal Nacional, essa integração discursiva dispensa a lógica formal, tendo por nítido objetivo reproduzir ou repassar ideias supranacionais.

O que se percebe é a possibilidade da integração sem vínculos formais e positivos legislativos, uma integração discursiva apenas com ônus interpretativos ou ainda com migração de teorias constitucionais em bases democráticas comuns. Todavia, far-se-á necessária a ressalva que tal possibilidade só se mostrou efetivamente adequada em sistemas abertos que permitam o diálogo, como foi o caso da Corte Europeia e o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, de modo a haver uma real integração.

Portanto, o diálogo de juízes entre a Corte Europeia e o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, serve como instrumento importante de harmonização de suas jurisprudências em matéria de direitos humanos e direito fundamentais, o que se tornou um caminho irreversível após a integração com o Direito Comunitário, e também dado à relevância política e ideológica do tema no contexto de aprofundamento da democracia e solidariedade na Europa, processo formalizado pela União Europeia, mas que não poderia ser esquecido sem o risco de estagnação da integração completa visada pelos Estados-membros da UE e cidadãos europeus.

Importante também realçar que a estrutura orgânica dessas instituições e do quadro geral em que estão inseridas visa também a garantir que haja um equilíbrio democrático sem ferir ou se quer discutir se a integralização dos argumentos da Corte Europeia viola a soberania do Tribunal Nacional, ponto este de total relevância na formalização de um diálogo nacional e supranacional.

## **5. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES.**

A fronteira existente entre países, que outrora se mostrava tão relevante e impenetrável, tem se mostrado frágil e cada vez mais superável. Os Estados tem se comunicado de maneira mais orgânica e natural do que foram em períodos ulteriores. Em um primeiro momento isto se dá com a chamada Globalização, o qual diminuiu essas







fronteiras. Ao estender tal conceito, surge o que para nos mais interessa, a Globalização Constitucional, do qual passa a ter um transição de diversas ingerências transnacional.

É então que os mecanismo de integração vem se desenvolver em tal contexto, do qual a quebra de fronteiras, a nova visão de soberania dos Estado Nacionais e, ainda, a percepção de problemas supranacionais que merecem todo e qualquer diálogo institucional.

A visão de integração, como mostrada no decorrer do presente trabalho, é possível quando há uma conjugação de teorias no plano Constitucional, do qual existirá um perfeito Diálogo Constitucional Transnacional (Silva, 2010), materializado na figura dos Empréstimos Constitucionais e na Migração de Ideias Constitucionais.

O que se pode perceber é que por mais relevante o estudo dos Empréstimos Constitucionais possam vir a ser, ele não rompe com a velha discussão entre vinculação ou não vinculação de instancias supranacionais e nacionais, por estar ligado, seja no aspecto estrito ou amplo, a uma lógica formal, o que necessita de uma, não somente de sistemas abertos mas de estruturas jurídicas que permeiam este Empréstimo.

As migrações de ideias constitucionais, por sua vez, não demandam qualquer regra formal instituída, apenas que o diálogo ocorre em nível Constitucional, do qual busca em valores puramente argumentativos das teorias migradas uma integração sem vinculação formal das decisões supranacionais.

O que resta como claro é o fato de a migração só ser possível quando há bases jurídicas institucionais para o fazê-lo, em outras palavras que os sistemas que exportem e importem ideias constitucionais vivam efetivamente de mesmos parâmetros constitucionais, quais sejam: Democracia, garantia do Direitos Humanos e eficácia dos Direitos Fundamentais.

Na ausência de tais fundamentos, há um enorme risco de os sistemas terem um impossibilidade dogmática de migração de ideias constitucionais, inviabilizando todo e qualquer possibilidade de integração discursiva, pois o que se busca, por meio da migração de ideias constitucionais é uma integração jurídica sem uma integração forma e sim pela aproximação do discurso jurídico entre os Sistemas Constitucionais.

É o que se observa no caso em estudo da integração da Corte Europeia com o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

Como visto nos tópicos anteriores, o modelo de Tribunal Constitucional adotado no sistema jurídico alemão bem como a emergente interação com a Corte Europeia, fez-



se necessário a presença de mecanismos de integração entre um Instituto Supranacional e o Nacional. De modo que, o conceito clássico de soberania fora revisto e passou a entender que a relação de instância supranacional com a nacional não representa desvalorização ou enfraquecimento soberano e sim um novo nível de maturidade institucional ao atribuir valor e ônus argumentativos nos pontos e teorias constitucionais discutidas supranacionais e nacionais.

O exemplo discutido da Corte Europeia e o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha é uma cristalina situação de que é possível imaginar e realizar uma integração discursiva por meio da migração de ideias constitucionais sem ferir a soberania, ou ainda, a necessidade de processo lógico jurídicos formais.

Assim, essa integração discursiva é a materialização da integração sem qualquer vínculo formal das decisões do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, do qual por meio da migração de ideias constitucionais de apropria dos argumentos debatidos pela Corte Europeia, atribuindo apenas um valor argumentativo sem vinculação, possibilitando o diálogo institucional entre entidades supranacionais e nacionais.

Tal estudo se mostrou mais do que um paradigma dogmático para o Constitucionalismo moderno, ele se concretizou como uma possibilidade real de integração entre sistemas, o que deixa margem para uma efetiva corporização de diálogos institucionais e de jurisdicionais nacionais e supranacionais.

## REFERÊNCIAS.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Editora Landy, 2002.

BOOM, S. The European Union after the Maastricht decision: will Germany be the “Virginia of Europe?”. *The American Journal of Comparative Law*, Berkley (CA), v. 43, 1995.

CAMPOS, João Mota de. *Direito Comunitário*. 8. ed. Vol. I. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

DUBINSKY, P. The essential function of federal courts: the European Union and the United States compared. *The American Journal of Comparative Law*, Berkley (CA), v. 42, p.295-345.1994

FREIRE, Alonso . *O Supremo Tribunal Federal e a Migração de Ideias Constitucionais: Considerações sobre a Análise Comparativa na Interpretação dos Direitos Fundamentais*. In: Clèmerson Merlin Clève; Alexandre Freire. (Org.). *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional*. 1ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. , p. 1-25.

JACOBS, R. A new constitutional role for the european court of justice in the next decade ?. In. *Symposium on Perspectives of the Constitutional Process Union in the light of the Amsterdam Treaty, of the European 12th*. Nov 1998. Berlin: Humboldt-Universität.





Endereço eletrônico: [http://www.rewi.iu-berlin.de/WHI/english/veranst/tagung98/index\\_jacobs.htm](http://www.rewi.iu-berlin.de/WHI/english/veranst/tagung98/index_jacobs.htm)

LUDWIG, Celso Luiz. Razão comunicativa e direito em Habermas. Disponível em: [http://www2.uerj.br/direito/publicações/mais\\_artigos/razão\\_comunicativa.htm](http://www2.uerj.br/direito/publicações/mais_artigos/razão_comunicativa.htm) Acesso em: 15 outubro 2018.

MARTINS, Leonardo. Direito Processual Constitucional Alemão. 2ª ed. Indaiatuba, São Paulo. Editora Foco, 2018.

NUNES JR., Amandino Teixeira. As modernas teorias da justiça: a teoria discursiva de Jürgen Habermas. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4386.hm> Acesso em: 15 de outubro de 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. INTEGRAÇÃO E DIÁLOGO CONSTITUCIONAL NA AMÉRICA DO SUL. in Armin von Bogdandy / Flávia Piovesan / Mariela Morales Antoniazzi (orgs.), Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul, Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010: 515-530.

SILVA, Virgílio Afonso da. Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal? in Cláudio Pereira de Souza Neto / Daniel Sarmento / Gustavo Binenbojm (orgs.), Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009: 605-618.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia Tratado de Roma de 25.3.57 (recompilado a partir do Tratado de Amsterdão). 15.5.99. Sítio oficial da União Europeia. Endereço eletrônico: <http://europa.eu.int/abc/obj/treaties/pt/pttoc05.htm>.

WATSON, Alan. Legal transplants (an approach to comparative law). 2nd ed. Georgia: The University Georgia Press, 1993.