REVISTA DIREITO PÚBLICO

SUSTENTAR O CENTRO: SOBRE O PENSAMENTO CONSTITUCIONAL DE DIETER GRIMM[1]

SUSTAINING THE CENTER: DIETER GRIMM'S CONSTITUTIONAL THINKING

MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO[2]
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa. Portugal

RESUMO: Tendo em mente o famoso poema de William Yeats *O Segundo Advento*, pode talvez dizer-se que Dieter Grimm é um teórico constitucional que mais esforços tem desenvolvidos para sustentar o centro. Isto significa essencialmente, e sem pretensões de ser exaustivo, os seguintes aspetos: *(i)* uma visão equilibrada da relação entre justiça social e democracia; *(ii)* uma defesa matizada da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que é uma das principais inovações da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão; *(iii)* um justo equilíbrio entre as reivindicações da democracia e do controlo jurisdicional; *(iv)* a consciência dos processos de globalização e, ao mesmo tempo, a afirmação da essencialidade do Estado-Nação para a vida constitucional de um povo, apresentando-se Grimm como um defensor da Europa, mas também da soberania do Estado alemão, bem como de outros Estados-Membros da União Europeia; *(v)* finalmente, a defesa do constitucionalismo europeu tanto contra a visão americana do constitucionalismo como constrangimento como contra algumas visões extremas do constitucionalismo transformador.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo; dimensão objetiva dos direitos fundamentais; controlo jurisdicional; relação entre constituições nacionais e direito da União Europeia; Tribunal Constitucional alemão; Dieter Grimm.

ABSTRACT: With William Yeats' famous poem The Second Advent in mind, it can perhaps be said that Dieter Grimm is a constitutional theorist who has made the most effort to uphold the center. This essentially means, without claiming to be exhaustive, the following aspects: (i) a balanced view of the relationship between social justice and democracy; (ii) a nuanced defense of the objective dimension of fundamental rights, which is one of the main innovations in the jurisprudence of the German Constitutional Court; (iii) a fair balance between the claims of democracy and judicial control; (iv) an awareness of the processes of globalization and, at the same time, an affirmation of the essentiality of the nation state for the constitutional life of a people, with Grimm presenting himself as a defender of Europe, but also of the sovereignty of the German state, as well as that of other member states of the European Union; (v) finally, the defence of European constitutionalism both against the American vision of constitutionalism as a constraint and against some extreme visions of transformative constitutionalism.

KEYWORDS: Constitutionalism; objective dimension of fundamental rights; judicial control; relationship between national constitutions and European Union law; German Constitutional Court; Dieter Grimm.

[1] O presente trabalho tem origem na apresentação do Professor Dieter Grimm como keynote speaker no XI Fórum Jurídico de Lisboa, que teve lugar na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa no dia 26 de julho de 2023. Muito obrigado aos organizadores do Fórum, em especial ao Professor Carlos Blanco de Morais e ao Ministro Gilmar Mendes, pelo convite. Muito obrigado, acima de tudo, ao Professor Dieter Grimm pela sua amabilidade, disponibilidade para partilhar o seu saber profundo em matérias constitucionais e abertura ao diálogo. Todas as traduções de textos em língua estrangeira são de minha responsabilidade, salvo indicação em contrário.

[2] Orcid: https://orcid.org/0000-0002-2110-1172

RDP, Brasília, Vol. 21, n. 111, 358-395, ago/out. 2024, DOI: 10.11117/rdp.v21i111.8155 | ISSN:2236-1766

Licença Creative Commons 4.0

1. «TUDO SE DESMORONA, O CENTRO CEDE»

Toda a gente conhece o verso do famoso poeta irlandês William Butler Yeats, no seu poema *O Segundo Advento*: «Tudo se desmorona, o centro cede»[3]

Yeats escreveu este poema em 1919, no rescaldo da Primeira Guerra Mundial, durante a guerra de independência irlandesa e a gripe espanhola. Tratava-se de um mundo em que a confiança no progresso e no esclarecimento contínuos da humanidade foi brutalmente abalada pela eliminação de toda uma geração numa guerra sem sentido e por uma epidemia letal que se seguiu, para não falar do que viria a acontecer nos anos seguintes.

Mas o verso de Yeats também se aplica ao nosso mundo, talvez com a mesma, ou até maior, pertinência. As coisas também se estão a desmoronar no meio da destruição ecológica, de uma guerra sem sentido (mais uma vez) na Europa, da desigualdade galopante e da destruição populista do mundo político, entre outras coisas. Podemos também duvidar que o centro resista à crescente polarização das opiniões políticas, à perturbação da vida política pelas redes sociais, à persistência da política populista, à normalização dos poderes de emergência e à dissolução da representação política, só para mencionar alguns dos nossos problemas.

Escusado será dizer que por "centro" não se entende, no contexto deste escrito, o "centro" político-ideológico[4] , mas a democracia constitucional, tal como ainda existe em quase todos os países europeus e ocidentais, com as suas instituições, como a separação de poderes, eleições justas, respeito pelos direitos fundamentais e revisão constitucional. Por outras palavras, o centro político refere-se à democracia constitucional como um quadro para a vida política.

É neste contexto que Dieter Grimm surge como um constitucionalista que sustenta o centro. O que é que isto significa? Essencialmente (e sem pretender, de forma alguma,

[3] Cf. W. B. Yeats, *Poemas Escolhidos*, 2017, p. 207. A citação justifica-se, mesmo sabendo que o poema «pode muito bem ser a peça de literatura mais completamente pilhada em inglês» (cf. Nick Tabor, "No Slouch", 2015). Só para assinalar uma dessas "pilhagens", veja-se o artigo de Ronald Dworkin na *The New York Review of Books*, 13 de agosto de 1992, pp. 29-33: "The Center Holds!". Nesse caso, o centro foi formado por três juízes conservadores do Supremo Tribunal dos EUA, autores de uma opinião conjunta que recusou anular *Roe v. Wade* na decisão de 1992 no caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*.

[4] Como, por exemplo, em Tariq Ali, *The Extreme Centre: A Second Warning*, 2018.

Licença Creative Commons 4.0

esgotar todas as matérias relevantes cobertas pela obra de Grimm[5]) os seguintes aspetos, pelo menos: *(i)* uma visão equilibrada da relação entre justiça social e democracia; *(ii)* uma defesa matizada da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que é uma das principais inovações da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão; *(iii)* um justo equilíbrio entre as pretensões da democracia e do controlo jurisdicional; *(iv)* a consciência dos processos de globalização e, ao mesmo tempo, a afirmação da essencialidade do Estado-Nação para a vida constitucional de um povo, sendo um defensor da Europa, mas também da soberania do Estado alemão, bem como de outros Estados-Membros da União Europeia; *(v)* finalmente, e talvez mais importante, a defesa do constitucionalismo europeu após a Segunda Guerra Mundial contra as visões opostas do constitucionalismo como mero constrangimento e algumas versões extremas do constitucionalismo transformador.

Antes de desenvolver estes pontos, é necessário fazer uma breve apresentação da distinta carreira de Dieter Grimm. Toda a sua obra e percurso de vida são um testemunho eloquente contra os perigos atuais do populismo e do constitucionalismo popular ou político.

2. DIETER GRIMM: UM JURISTA ENTRE CIENTISTAS SOCIAIS

Dieter Grimm é o decano dos constitucionalistas europeus, não só porque é professor de direito constitucional desde, pelo menos, 1979, ou seja, há mais de quarenta anos, mas também porque foi juiz do mais importante tribunal constitucional europeu, o Tribunal Constitucional Federal alemão, de 1987 a 1999.

[5] Uma dessas questões importantes é o papel dos partidos políticos, que "não são substituíveis", como intermediários entre o Estado e a sociedade nas democracias representativas modernas [ver Grimm, "Die Parteien im Verfassungsrecht. Doppelrolle zwischen Gesellschaft und Staat", cit. in Christine Landfried, "Staat und politischen Parteien. Grenzüberschreitung ald Demokratiebedingung", 2021, p. 181]. Outro é o valor da liberdade de expressão para a democracia e os limites impostos pela dignidade humana [ver, entre outros, Dieter Grimm / Rudolf Gerhardt, "'Wir machen das Meinungsklima nicht'. Antworten auf die Kritik an der Ehrenschutz-Rechtsprechung des BVerfG", 1994, pp. 276-279; idem, "Freedom of Speech and Human Dignity", 2021, pp. 106-117]. Por razões de espaço, também não é possível aqui abordar a importante questão da soberania com a profundidade que ela merece. Sobre este assunto, ver Dieter Grimm, *Souveränität. Herkunft und Zukunft eines Schlusselbegriffs*, 2009; Ulrich K. Preuss, "Souveränität im Verfassungsstaat", 2021, pp. 71 ss.

Licença Creative Commons 4.0

Seria excessivo enumerar aqui todos os seus livros e artigos, mas deve ser feita uma referência à longa entrevista de Dieter Grimm com os colegas mais jovens Oliver Lepsius, Christian Waldhoff e Matthias Rossbach, originalmente publicada como livro na Alemanha em 2017[6] e depois traduzida para inglês pela Oxford University Press em 2020 com o título *Advocate of the Constitution*[7] . Dificilmente se poderia pensar num título melhor para um livro sobre a carreira e o pensamento de Dieter Grimm. Resta acrescentar que é também um defensor do Tribunal Constitucional alemão[8] e, de um modo mais geral, um defensor do controlo constitucional.

Há um outro aspeto da biografia de Grimm que vale a pena mencionar neste contexto. Como estudante e depois professor de direito, mas também como juiz constitucional, a sua carreira foi sempre construída num diálogo entre o direito público e o direito privado, e entre o direito e as ciências sociais. Além disso, a sua carreira de jurista foi prosseguida em diferentes países, pertencendo a diferentes famílias de direito. De facto, no seu cargo no Instituto Max Planck de História Jurídica Europeia, foi um dos primeiros juristas alemães a explorar a relação entre o direito público e o direito privado, que viria a adquirir uma importância extraordinária com a famosa decisão *Lüth* do Tribunal Constitucional Federal de 1958[9] . Depois, como professor de Direito na Universidade de Bielefeld, teve a oportunidade única de trocar impressões com sociólogos e historiadores tão importantes como Niklas Luhmann, Claus Offe e Reinhart Koselleck, entre outros[10] . Além disso, foi estudante e, posteriormente, professor não só

[6] Cf. Dieter Grimm, *"Ich bin ein Freund der Verfassung"*, 2017.
[7] Dieter Grimm, *Advocate of the Constitution*, 2020. Outra entrevista que vale a pena ler é a de Alec Stone Sweet e Giacinto della Cananea, "A Conversation with Dieter Grimm", 2021, pp. 1541-1554. Ver também Gertrude Lübbe-Wolff, "Dieter Grimm zum 75. Geburtstag", 2012, pp. 481-486.
[8] Cf. Anna-Bettina Kaiser / Dominik Rennert, "Schutzpflichten als 'dynamisches Element' der Rechtsordnung? Eine Grundrechtstheorie jenseits von Smend und Schmitt", 2021, p. 119.
[9] Cf. Dieter Grimm, *"Ich bin ein Freund der Verfassung"*, 2017, pp. 73 ss.
[10] Cf. Dieter Grimm, *"Ich bin ein Freund der Verfassung"*, 2017, pp. 93 ss.

Licença Creative Commons 4.0

na Alemanha, mas também em França[11] e nos Estados Unidos da América, percurso que lhe confere uma perspetiva comparativa única sobre o constitucionalismo[12] .

Ao longo da sua carreira, Dieter Grimm adquiriu um profundo sentido da íntima ligação do direito com a ciência social, a ciência política, a filosofia moral e a política, mas também da *differentia specifica* do direito em relação a estas outras áreas. Este facto é ilustrado pelo seu intercâmbio com o grande filósofo e sociólogo alemão Jürgen Habermas sobre o futuro da Europa, bem como pelo seu envolvimento com as ideias de Niklas Luhmann e Reinhart Koselleck.

O intercâmbio com Habermas é certamente elucidativo da abordagem interdisciplinar de Grimm ao direito constitucional[13] . Habermas partilha o diagnóstico de Grimm sobre o estatuto jurídico da União Europeia. Apesar de não ser um Estado (no sentido moderno de um Estado constitucional caracterizado pelo monopólio da violência e por uma soberania reconhecida a nível interno e internacional), a UE, através das suas instituições, cria o direito europeu que vincula os Estados-Membros – assim, a UE exerce uma autoridade suprema anteriormente reivindicada apenas por Estados individuais. Ao mesmo tempo, esta é a origem do tão falado défice democrático da União Europeia, uma vez que as suas instituições carecem de legitimidade democrática direta.

De acordo com Habermas, para Grimm existe o risco de as novas instituições políticas acelerarem as tendências já visíveis nos quadros nacionais, ou seja, as tendências para a autonomia da política burocratizada[14]. Isto está certamente relacionado com o seu entendimento segundo o qual, se já ao nível dos Estados-nação «é bem conhecido que o

[11] Porventura como resultado da sua estadia em França resultou o estudo sobre Duguit: cf. Dieter Grimm, *Solidarität als Rechtsprinzip. Die Rechts- und Staatslehre Léon Duguits in ihrer Zeit*, 1973. A evolução do direito francês na sua relação com a constituição no século XIX é também analisada na *Habilitationschrift* de Dieter Grimm de 1979: cf. *Verfassung und Privatrecht im 19. Jahrhundert. Die Formationsphase*, 2017, pp. 39 ss.

[12] Cf. Dieter Grimm, *"Ich bin ein Freund der Verfassung"*, 2017, pp. 49 ss., 253 ss. Também de interesse sobre este período, ver Dieter Grimm, "Nachdenken über Verfassung in den Bielefelder Jahren", 2018, pp. 13-33.

[13] Ver Dieter Grimm, "Does Europe Need a Constitution?", 1995, pp. 282-302 ("A Europa Precisa de uma Constituição?", 2006, pp. 199-227); Jürgen Habermas, "Remarks on Dieter Grimm's 'Does Europe Need a Constitution?'", 1995, pp. 303-307. Sobre a ocasião deste debate, ver Dieter Grimm, *"Ich bin ein Freund der Verfassung"*, 2017, p. 244.

[14] Cf. Jürgen Habermas, "Remarks on Dieter Grimm", 1995, p. 304.

Licença Creative Commons 4.0

processo de mediação essencial à democracia não está a funcionar satisfatoriamente», o mesmo acontece ainda mais a nível europeu.

Ao nível dos Estados, as dificuldades da vida democrática explicam-se, em parte, pelo «crescente egocentrismo dos partidos políticos», em parte pelas «assimetrias na representação dos interesses» e em parte pelos «défices dos sistemas de comunicação, muitas vezes mais orientados para os imperativos económicos do que para a formação da opinião». No entanto, ao nível europeu, «até mesmo as condições prévias são largamente inexistentes. As estruturas de mediação ainda nem sequer foram criadas. Não existe um sistema partidário europeizado, apenas grupos europeus no parlamento de Estrasburgo e, para além disso, uma cooperação frouxa entre partidos com uma ligação programática. Isto não traz qualquer integração da população europeia, mesmo na altura das eleições europeias. Também não surgiram associações europeias ou movimentos de cidadãos, embora a cooperação entre associações nacionais esteja mais avançada do que entre os partidos. A procura de meios de comunicação social europeus, quer sejam impressos ou televisivos, revela-se completamente infrutífera. Esta situação faz com que a União Europeia fique muito aquém não só das conceções ideais de um modelo de democracia, mas também da situação já de si deficiente dos Estados-Membros»[15].

A afirmação central de Habermas é que «a auto-compreensão ético-política dos cidadãos numa comunidade democrática não deve ser tomada como um *a priori* histórico-cultural que torna possível a formação da vontade democrática, mas sim como o conteúdo fluente de um processo circulatório que é gerado através da institucionalização legal da comunicação dos cidadãos». Como consequência, Habermas também afirma que «dada a vontade política, não há nenhuma razão a *priori* para que ela não possa criar subsequentemente o contexto comunicativo politicamente necessário, assim que estiver constitucionalmente preparada para o fazer. Mesmo a exigência de uma língua comum – o inglês como segunda língua materna – não deveria ser um obstáculo intransponível com o atual nível de escolaridade formal»[16].

[15] Cf. Dieter Grimm, "Does Europe Need a Constitution?", 1995, pp. 293-294 ("A Europa Precisa de uma Constituição?", 2006, pp. 218-219).
[16] Cf. Jürgen Habermas, "Remarks on Dieter Grimm", 1995, p. 307.

Licença Creative Commons 4.0

Para Dieter Grimm, os seus argumentos e os de Habermas são desenvolvidos em dimensões diferentes[17]. Grimm está interessado na questão de direito público de saber quem, no momento atual, é soberano na relação entre a União Europeia e os seus Estados-Membros. Afirma que os Estados-Membros «possuem o poder constituinte para a União Europeia. Os Estados-Membros, pelo contrário, constituem-se a si próprios»[18]. Diferentemente, Habermas interessa-se pela possibilidade de construção de uma democracia transnacional e, por isso, considera que os sujeitos últimos do poder público europeu são os cidadãos na sua dupla qualidade de cidadãos dos vários Estados-Membros e de cidadãos europeus[19].

A questão é a seguinte: serão estas duas perspetivas incompatíveis? Ou são duas dimensões de um problema complexo cuja solução não dispensa nenhuma delas? E será que este problema só diz respeito à Europa? A reflexão sobre esta questão será aprofundada mais adiante, a propósito da apresentação das ideias de Grimm sobre a União Europeia.

O compromisso de Dieter Grimm com as ideias de Luhmann baseia-se na consciência de que «continua a faltar uma teoria consistente dos direitos fundamentais que processe as condições de realização da liberdade individual nas sociedades modernas»[20]. Para Grimm, uma tal teoria só pode ser desenvolvida com a ajuda das ciências sociais, e o livro de Luhmann de 1965, *Grundrechte als Institution*, continua a ser a exceção notável à regra de que só os juristas, e não os cientistas sociais, se ocupam da teoria dos direitos fundamentais. Segundo Grimm, «Luhmann não aborda os direitos fundamentais do ponto de vista da questão jurídica, que diz respeito ao seu sentido normativo, mas aborda-os do ponto de vista da questão sociológica, que diz respeito à função que desempenham nas sociedades complexas. Ao mesmo tempo, assume que a dogmática dos direitos fundamentais deve confrontar-se com a questão sociológica»[21] .

[17] Cf. Dieter Grimm, "Sovereignty in the European Union", 2015, p. 47.
[18] Cf. Dieter Grimm, "Sovereignty in the European Union", 2015, p. 51.
[19] Cf. Dieter Grimm, "Sovereignty in the European Union", 2015, pp. 47, 49.
[20] Cf. Dieter Grimm, "Grundrechte und soziale Wirklichkeit. Zum Problem eines interdisziplinären Grundrechtsverständnis", 1982, p. 59.
[21] Cf. Dieter Grimm, "Grundrechte und soziale Wirklichkeit. Zum Problem eines interdisziplinären Grundrechtsverständnis", 1982, p. 60.

Licença Creative Commons 4.0

O ponto de partida de Luhmann, segundo Grimm, «não é o indivíduo, mas a sociedade. Na sua opinião, as sociedades industriais modernas caracterizam-se por um elevado nível de diferenciação funcional. A capacidade de desempenho da sociedade depende da diferenciação funcional. Segundo Luhmann, mesmo o Estado já não é o conceito abrangente da *Staatslehre* clássica, mas um subsistema funcional da sociedade especializado na produção de decisões vinculativas»[22].

As duas dimensões da conceção de Luhmann dos direitos fundamentais parecem ser as seguintes: por um lado, os direitos fundamentais visam garantir aquilo a que chama a apresentação da personalidade; por outro lado, esses direitos servem para garantir a separação entre as diferentes esferas da sociedade, como a política, o direito, a economia, a religião, a arte, etc.[23]. A garantia da apresentação da personalidade é efetuada através da liberdade individual, entendida como a liberdade que pode ser observada na comunicação, de facto como algo que é construído através da comunicação[24]. É certamente neste contexto que deve ser entendida a conceção não ontológica da dignidade humana defendida por Luhmann[25] . Por sua vez, a garantia da separação das diferentes esferas sociais opera através da concretização da liberdade em direitos fundamentais específicos que refletem as exigências de cada esfera social para a generalização da comunicação[26].

Tudo isto deve, naturalmente, ser entendido em termos objetivos. Os direitos são, a um certo nível, semelhantes a garantias instituto, embora não exatamente no sentido tradicional de proteção de partes do direito ordinário, em particular do direito privado, contra a intervenção legislativa. Na teoria de Luhmann, o «lado subjetivo dos direitos fundamentais é, de certa forma, instrumentalizado no interesse do funcionamento de uma

[22] Cf. Dieter Grimm, "Grundrechte und soziale Wirklichkeit. Zum Problem eines interdisziplinären Grundrechtsverständnis", 1982, p. 60.
[23] Note-se que estes dois aspetos são complementares: a atribuição generalizada do estatuto jurídico de pessoa livre a todos os indivíduos é o que permite definir a clientela dos subsistemas sociais funcionais em termos universais: cf. Niklas Luhmann, "Differentiation of Society", 1977, p. 40.
[24] Cf. Niklas Luhmann, *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, 1999, pp. 60-62.
[25] Cf., por exemplo, Tatjana Geddert-Steinacher, *Menschenwürde als Verfassungsbegriff. Aspekte der Rechtsprechung des Bundesvrefassungsgerichts zu Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz*, 1990, p. 118.
[26] Cf. Niklas Luhmann, *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, 1999, pp. 79-80.

Licença Creative Commons 4.0

ordem objetiva. A liberdade do indivíduo existe no e através do funcionamento de um subsistema social, sem que este necessite, por si só, de uma justificação jurídica»[27]. Portanto, não há lugar na teoria de Luhmann, segundo Grimm, para os efeitos horizontais dos direitos fundamentais[28]. Apesar dos esforços de alguns autores para construir uma teoria completa dos direitos fundamentais a partir da visão de Luhmann sobre o assunto[29], é certamente tentador ver em tal visão «apenas a contrapartida objetiva reescrita da teoria clássico-liberal dos direitos fundamentais como direitos defensivos, que assegura o *status quo*, sem o examinar criticamente do ponto de vista dos direitos fundamentais»[30] .

Será este juízo demasiado duro para com Luhmann? Podemos certamente ver o apelo de algumas das suas ideias para certas versões do neoliberalismo[31], mas será exato imaginar a sua teoria dos direitos fundamentais como uma teoria conservadora, se tivermos em conta que se destina realmente a abordar a questão sociológica? Esta não é

[27] Cf. Dieter Grimm, "Grundrechte und soziale Wirklichkeit. Zum Problem eines interdisziplinären Grundrechtsverständnis", 1982, p. 61.

[28] Cf. Dieter Grimm, "Grundrechte und soziale Wirklichkeit. Zum Problem eines interdisziplinären Grundrechtsverständnis", 1982, p. 61: «Um tema essencial da teoria dos direitos fundamentais, os perigos concretos para a liberdade com que os indivíduos são ameaçados pelos poderes sociais, desaparece da discussão nestas circunstâncias. Luhmann adere, assim, à orientação estatal dos direitos fundamentais. O efeito horizontal não tem lugar na sua teoria». Luhmann rejeita expressamente o efeito horizontal (ver *Grundrechte als Institution*, 1999, pp. 75-76 e nota 60), mas esta caraterística da sua teoria dos direitos fundamentais não é partilhada por alguns académicos por ele influenciados: ver Gunther Teubner, *Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, 2012, pp. 189 ss.; Karl-Heinz Ladeur, "Die Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht – 'Verfassungsprivatrecht' als Kollisionsrecht", 2009, pp. 543 ss. No entanto, estes estudiosos tendem a encarar o efeito horizontal não como a projeção de direitos fundamentais de direito público no direito privado, mas no contexto da reconstrução autónoma de direitos fundamentais nos vários sistemas sociais. O efeito horizontal, de acordo com estes pontos de vista, não seria um resultado de constituições estatais, mas de constituições civis para além do Estado (no caso de Teubner). No entanto, como observa Grimm, as constituições civis «são complexos privados de normas, aplicam-se apenas dentro de sectores sociais determinados e são autocriadas. Cada uma destas caraterísticas tem consequências. O carácter privado dos complexos de normas significa que refletem interesses parciais. A validade sectorial significa que obedecem à racionalidade específica do respetivo sector. A consequência da autocriação é que os interesses externos, tais como os das pessoas afetadas, outros sistemas funcionais da sociedade como um todo, são tidos em conta apenas na medida em que estão de acordo com o interesse próprio. O interesse próprio e o interesse externo ou global podem coincidir até certo ponto, mas não totalmente» (cf. D. Grimm, "Gesellschaftlicher Konstitutionalismus – eine Kompensation für den Bedeutungsschwund der Staatsverfassung?", 2012, p. 310; sobre este assunto, incluindo a crítica de Grimm a Teubner, ver ainda Johan van der Walt, *The Horizontal Effect Revolution and the Question of Sovereignty*, 2014, pp. 275-292).

[29] Cf., nomeadamente, Gert Verschraegen, "Systems Theory and the Paradox of Human Rights", 2006, p. 112.

[30] Cf. Dieter Grimm, "Grundrechte und soziale Wirklichkeit. Zum Problem eines interdisziplinären Grundrechtsverständnis", 1982, p. 61.

[31] Cf. Chris Thornhill, "Niklas Luhmann's Political Theory: Politics after Metaphysics?", 2006, p. 99.

Licença Creative Commons 4.0

certamente a questão de Grimm, mas o mesmo não deixa de "aprender" com Luhmann um ponto muito significativo, que é a capacidade limitada de intervenção do Estado nas condições das sociedades complexas modernas. Isto fica bem claro quando afirma que a relevância da autonomia dos vários subsistemas da sociedade para a liberdade é a de que tal autonomia «suporta o nível de desempenho da sociedade, que a limitada capacidade governativa do Estado não pode atualmente manter através do controlo político»[32]. A tradicional separação rígida entre Estado e sociedade é substituída por uma distinção mais dinâmica entre os diferentes subsistemas sociais.

Ao mesmo tempo, Grimm sempre resistiu a encarar o Estado e o sistema político em pé de igualdade com qualquer outro subsistema social. Nas suas próprias palavras, vê como problemático o facto de «o sistema político também poder ser apenas um sistema entre outros, sujeito à mesma lógica». Considera que «a função do Estado, de domar os egoísmos dos subsistemas no interesse da sociedade como um todo, bem como os meios únicos à sua disposição para levar a cabo tal tarefa», não foram adequadamente tratados por Luhmann[33].

É, sem dúvida, a conjugação destes dois aspetos – a consideração funcional da liberdade e a preeminência do Estado na garantia das suas condições – que permite a Grimm concluir que não há nenhuma esfera social imune à necessidade de justificação em termos de direitos fundamentais. Há razões para crer que a consciência viva deste facto está também na base da importância que Grimm atribui à dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Finalmente, uma palavra sobre a influência das ideias de Koselleck. Como já foi referido, uma das linhas principais da obra de Grimm diz respeito à relação entre a Constituição e o direito privado. Neste contexto, a sua *Habilitationsschrift* compara o desenvolvimento do direito privado a partir da Revolução em França com a situação na Alemanha nos séculos XVIII e XIX, onde as modificações do direito privado foram o resultado de um longo processo evolutivo. Na análise deste processo, Grimm reconhece a influência da obra de Koselleck *A Prussia entre Reforma e Revolução*, cuja primeira

[32] Cf. Dieter Grimm, Grimm, Dieter – "Die Grundrechte im Entstehungszusammenhang der bürgerlichen Gesellschaft", 1991, p. 99.
[33] Cf. Dieter Grimm, "*Ich bin ein Freund der Verfassung"*, 2017, p. 105.

Licença Creative Commons 4.0

edição data de 1967, e a sua tese fundamental de uma «obstrução mútua entre a constituição e a reforma económica»[34]. O Estado, empenhado na reforma económica de forma liberal, não está na Alemanha aberto a aventuras constitucionais que ultrapassem a salvaguarda do direito privado contra o Estado. A frase de Grimm de que «a constituição do Estado liberal foi um acessório do direito privado»[35] é especialmente verdadeira no que respeita ao desenvolvimento constitucional da Alemanha.

Coloca-se a questão de saber se a tese histórica de Koselleck não pode ser utilizada noutros domínios que também fazem parte do vasto leque de temas de interesse de Grimm, como a questão europeia. Será que a tese de Koselleck pode funcionar como uma espécie de esboço do projeto europeu, a partir de um certo ponto de vista (já não prussiano, certamente, mas ainda muito alemão, segundo alguns)? E será que a observação de Koselleck sobre o que aconteceu na Prússia, em que «o estado da burocracia administrativa sucumbiu à sua própria criação, a sociedade civil moderna em toda a sua variedade»[36], poderia ser reformulada como um objetivo político na Europa?
O que foi dito acima já dá uma boa ideia da razão pela qual Dieter Grimm deve ser considerado um jurista no meio dos cientistas sociais. Dada a enorme influência dos cientistas sociais, em particular dos sociólogos, no panorama intelectual alemão, poder-se-ia dizer: Grimm é um jurista no meio dos cientistas sociais, tal como qualquer outro jurista alemão importante. No entanto, no caso de Grimm, o seu envolvimento com as ciências sociais é um exemplo particularmente eloquente de como esse envolvimento pode ser uma ocasião de aprendizagem mútua e de diálogo sustentado.

3. ENTRE O ESTADO DE DIREITO E A DEMOCRACIA

Um primeiro ponto a salientar, como já foi referido, é a visão equilibrada de Grimm sobre a relação entre Estado de direito e democracia. Três aspetos merecem ser

[34] Cf. Dieter Grimm, "Nachdenken über Verfassung in den Bielefelder Jahren", 2018, p. 15. Ver, também, a este propósito, Grimm, *Verfassung und Privatrecht im 19. Jahrhundert. Die Formationsphase*, 2017, pp. 139, 149 ss., 179.
[35] Cf. Dieter Grimm, *Der Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität*, 2012, p. 17.
[36] Cf. Reinhart Koselleck, *Preussen zwischen Reform und Revolution: Allgemeines Landrecht, Verwaltung und soziale Bewegung von 1791 bis 1848*, 1981, p. 587.

Licença Creative Commons 4.0

referidos a este respeito. Em primeiro lugar, há o problema da relação entre Estado de direito substantivo e democracia, ou entre direitos sociais e democracia. Este problema foi formulado por Dieter Grimm num conhecido artigo de 1980, republicado em 2011. Nas suas próprias palavras: «se existe uma forma democrática de governo, o seu correlato necessário é o estado constitucional formal. Cada materialização reflete-se como uma violação do conteúdo democrático da constituição»[37]. Mas, por outro lado, como também reconhece, «ao reconhecer a aplicação dos direitos fundamentais ao legislador, que o artigo 1 III GG prescreve, e ao mesmo tempo aderindo ao seu carácter formal, que só permite um efeito negativo, a estrutura social existente poderia ser amplamente imunizada contra intenções legislativas de a transformar».

Assim, parece que nos restam duas alternativas insustentáveis: ou temos o respeito pela democracia e a possível manutenção do *status quo* económico e social, ou temos uma reforma social e económica com um possível escasso respeito pela democracia e pela liberdade política. Como resolver este enigma?

A resposta de Grimm continua a merecer uma reflexão atenta:

> É preciso, pois, manter que a legitimidade dos sistemas democráticos assenta em princípios e procedimentos. Os direitos fundamentais por si só ameaçam falhar em relação à igualdade. O procedimento, por si só, ameaça falhar no que diz respeito à liberdade. Por conseguinte, o Estado de direito substantivo é o adversário errado dos verdadeiros democratas. A democracia não é prejudicada pela sua associação apenas a conteúdos, mas sim pela sua associação a conteúdos que não são livres. Por isso, considerar em termos iguais todos os sistemas políticos definidos materialmente é algo necessariamente votado ao fracasso[38]

Uma segunda questão neste contexto é a extensão da liberdade garantida pelos direitos fundamentais. A este respeito, tornou-se célebre a opinião dissidente de Dieter Grimm no caso *Reiten im Walde*, decidido pelo Tribunal Constitucional alemão em 6 de junho de 1989. Este caso dizia respeito a uma lei que limitava os passeios a cavalo nas florestas aos caminhos reservados para o efeito. Um proprietário de cavalos apresentou uma queixa individual, alegando que a lei era inconstitucional por violar a sua liberdade, nos termos do artigo 2(1) da Lei Fundamental alemã. O Tribunal Constitucional

[37] Cf. Dieter Grimm, "Reformalisierung des Rechtsstaats als Demokratiepostulat?", 2011, p. 21.
[38] Cf. Dieter Grimm, "Reformalisierung des Rechtsstaats als Demokratiepostulat?", 2011, p. 30.

Licença Creative Commons 4.0

considerou a disposição legislativa em causa proporcional quanto ao mérito, mas Grimm aproveitou a oportunidade para tentar convencer os seus colegas juízes – aparentemente sem sucesso – de que se devia pôr termo à banalização dos direitos fundamentais. O seu voto dissidente desencadeou também um debate académico sobre a natureza do artigo 2(1) – o artigo da *Grundgesetz* cujo objeto são as liberdades pessoais –, tendo apenas uma minoria ficado do seu lado no que respeita à proposta de restringir o âmbito da norma e de dar um entendimento mais enfático dos direitos verdadeiramente fundamentais. Isto não significa, naturalmente, que não seja possível extrair novos direitos do artigo 2(1), como o direito à proteção dos dados pessoais, com o qual Grimm está de acordo[39].

Por último, um terceiro aspeto diz respeito ao princípio da proporcionalidade, que é objeto de um importante trabalho de Dieter Grimm, comparando a proporcionalidade na jurisprudência constitucional canadiana e alemã[40]. Nos últimos cinquenta anos, o equilíbrio da proporcionalidade – um procedimento analítico comparável ao escrutínio rigoroso nos Estados Unidos[41] – tornou-se um instrumento dominante de adjudicação de direitos em todo o mundo.

Grimm sublinha, desde logo, a importância da proporcionalidade. Segundo ele, o Tribunal Constitucional alemão "«nunca teria alcançado a eficácia e o reconhecimento de que goza sem se ter baseado nele. O princípio da proporcionalidade é hoje o principal responsável pela proteção dos direitos fundamentais». Mas reconhece também que o mesmo «pode ser aplicado de forma agressiva ou comedida. A segunda forma é certamente recomendável, tanto no interesse do mandato democrático do legislador como no interesse institucional do Tribunal»[42].

Esta posição extremamente equilibrada sobre o equilíbrio, por assim dizer, é explicada, em última análise, por um ponto importante apresentado por Grimm. Segundo ele, quando o juiz constitucional determina se um diploma legal viola uma determinada liberdade constitucional em nome, por exemplo, da segurança, não está a decidir se a

[39] Cf. Alec Stone Sweet e Giacinto della Cananea, "A Conversation with Dieter Grimm", 2021, p. 1547; Dieter Grimm, *"Ich bin ein Freund der Verfassung"*, 2017, pp. 138 ss.
[40] Cf. Dieter Grimm, "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence", 2007, pp. 383-397.
[41] Sobre a proximidade entre os testes de proporcionalidade e de controlo americano, ver Dieter Grimm, *"Ich bin ein Freund der Verfassung"*, 2017, p. 260.
[42] Cf. Alec Stone Sweet e Giacinto della Cananea, "A Conversation with Dieter Grimm", 2021, p. 1553.

Licença Creative Commons 4.0

segurança ou a liberdade *per se* devem ter precedência em termos gerais. Pelo contrário, «o diploma legal restringe um *determinado* direito fundamental, num *determinado* aspeto e numa *determinada* medida, a fim de promover a segurança face a um *determinado* perigo, considerando um *determinado* aspeto e medida». Se estes dados forem cuidadosamente determinados, então o procedimento de ponderação não dá origem a problemas insolúveis e os seus resultados podem certamente ser aplicados em casos semelhantes[43].

4. AS DIMENSÕES SUBJETIVA E OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Um dos pontos mais importantes da teoria dos direitos fundamentais de Dieter Grimm diz respeito à defesa da sua dimensão objetiva. Como é sabido, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais foi muito cedo desenvolvida pelo Tribunal Constitucional alemão, numa série de casos famosos que começaram com *Lüth* (1958). A interpretação dos direitos fundamentais como princípios objetivos, e não apenas como direitos subjetivos de defesa, levou a várias consequências: «a sua extensão ao direito civil através do chamado efeito horizontal; direitos inerentes a prestações ou direitos de participação em face do Estado; obrigações do Estado de proteger ativamente as liberdades asseguradas pelos direitos fundamentais; garantias processuais para processos de decisão que podem resultar numa violação dos direitos fundamentais; e princípios organizacionais para instituições públicas e privadas nas quais as pessoas exercem direitos fundamentais»[44]. Esta formulação abrangente das várias facetas da dimensão objetiva já encerra um ponto importante: Grimm distancia-se das tentativas de autonomizar, no contexto da dimensão objetiva, a função protetora dos direitos fundamentais, para a aproximar da tradicional função defensiva e para a afastar

[43] Cf. Dieter Grimm, *"Ich bin ein Freund der Verfassung"*, 2017, p. 180.
[44] Cf. Dieter Grimm, "Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?", 1991, p. 221; ver também a formulação abrangente da dimensão de objetividade dos direitos fundamentais em D. Grimm, "Grundrechtsfunktionen jenseits des Staats", 2021, pp. 38-42.

Licença Creative Commons 4.0

radicalmente de outras funções dos direitos fundamentais, nomeadamente da função prestacional[45].

O desenvolvimento de uma dimensão objetiva dos direitos subjetivos levou Grimm a distinguir duas grandes posições divergentes no que respeita à teoria dos direitos fundamentais: por um lado, a posição segundo a qual os direitos fundamentais são definidos no seu efeito jurídico estritamente como direitos de defesa contra o Estado, com exclusão, em regra, de qualquer outra função; por outro lado, existem todas as teorias que concordam que a função dos direitos fundamentais já não pode ser captada apenas através da conceção dos direitos como mecanismos de defesa contra intervenções do Estado[46].

As duas posições assentam em conceções diferentes de liberdade e têm consequências sociais diferentes. Enquanto a visão objetiva assenta numa ideia substantiva de liberdade, que não é indiferente aos pressupostos materiais do seu exercício e se destina a promover a mudança das condições económicas e sociais reais existentes, a visão subjetiva tem como premissa uma ideia mais formal de liberdade e um respeito autoproclamado pelo processo democrático. Estas duas visões têm, naturalmente, as suas desvantagens próprias: no que respeita à dimensão objetiva, «o dever do Estado de proteger uma liberdade constitucionalmente garantida só pode, em geral, ser cumprido através da limitação de outras liberdades ou da liberdade de outros titulares de direitos»; no que respeita à compreensão defensiva dos direitos fundamentais, o problema é que ela «contribui para a estabilização do *status* quo social»[47].

Sem surpresas, Grimm é um firme defensor da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que pretende defender contra os seus críticos. Estes estão unidos em dois pontos fundamentais: *(i)* a conceção dos direitos fundamentais como princípios objetivos é responsável pelo «carácter arbitrário da interpretação e pela consequente perda de racionalidade na aplicação do direito»; *(ii)* além disso, é uma das «causas mais

[45] Podemos ver claramente esta estratégia em Josef Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", 2011, p. 416, bem como em Wolfram Cremer, *Freheitsgrundrechte. Funktionen und Strukturen*, 2003, pp. 6-7.
[46] Cf. Dieter Grimm, "Grundrechte und soziale Wirklichkeit. Zum Problem eines interdisziplinären Grundrechtsverständnis", 1982, p. 55-56.
[47] Cf. Dieter Grimm, "Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?", 1991, p. 222.

Licença Creative Commons 4.0

importantes da usurpação de competências políticas pelo poder judicial, em particular pelo Tribunal Constitucional Federal»[48].

Mas Grimm distingue ainda duas gerações de críticos. Enquanto a primeira geração, ou mais antiga, na qual se incluem os nomes de Carl Schmitt e Ernst Forsthoff, foi «motivada por reservas contra uma compreensão dos direitos de liberdade à luz do princípio do Estado social da Lei Fundamental», a segunda geração, mais jovem, que inclui estudiosos como Ernst-Wolfgang Böckenförde, Bernard Schlink e Ralf Poscher, está sobretudo preocupada com o facto de que «interpretar os direitos fundamentais como princípios objetivos parecer demasiado dispendioso em termos de democracia e segurança jurídica»[49].

As duas gerações de críticos também abordam, respetivamente, como deveriam, diferentes tipos de problemas, ou seja, uma «camada de problemas mais antiga e outra mais recente». A camada mais antiga corresponde à «questão social», enquanto a mais recente «deve-se à crescente complexidade das estruturas e funções sociais, que por sua vez são impulsionadas pelo progresso científico e técnico»[50].

Já num ensaio de 1982, Grimm reconhecia que a «componente material dos direitos fundamentais conduz a um aumento das intervenções nos direitos fundamentais. Em rigor, o pensamento sobre as intervenções tornou-se obsoleto, na medida em que tem na sua base a representação da liberdade como algo que está na sua essência para além do Estado e como uma esfera especialmente ameaçada pelo Estado»[51]. Mais adiante, este importante ponto é complementado pela ideia de que, como consequência da «recente camada de problemas», se pode observar um «aumento das condições artificiais em que assenta a existência humana, enquanto o espaço para o exercício das liberdades naturais

[48] Cf. Dieter Grimm, "Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?", 1991, p. 222.
[49] Cf. Dieter Grimm, "Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?", 1991, p. 222, nota 2, e ss. Grimm menciona explicitamente Schlink e Forsthoff, mas não Schmitt, Böckenförde e Poscher. No entanto, estes últimos autores são certamente também contemplados pela sua "crítica da crítica" da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Ver, a este propósito, Anna-Bettina Kaiser / Dominik Rennert, "Schutzpflichten als 'dynamisches Element' der Rechtsordnung? Eine Grundrechtstheorie jenseits von Smend und Schmitt", 2021, pp. 120-121.
[50] Cf. Dieter Grimm, "Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?", 1991, pp. 228, 231.
[51] Cf. Dieter Grimm, "Grundrechte und soziale Wirklichkeit. Zum Problem eines interdisziplinären Grundrechtsverständnis", 1982, p. 59.

Licença Creative Commons 4.0

encolhe em conformidade. A liberdade "natural" é uma liberdade que o seu titular pode exercer sem necessidade de qualquer atuação prévia de um terceiro»[52] .

A diminuição das liberdades naturais e o correspondente aumento dos domínios da "liberdade constituída" não excluem necessariamente a possibilidade de aplicar os direitos fundamentais como direitos de defesa[53]. Esta possibilidade não é, no entanto, constante. Os direitos fundamentais como direitos de defesa podem ser úteis quando o Estado conferiu uma posição jurídica e posteriormente a retira. Se a retirada for inconstitucional, pode ser interpretada como uma intervenção numa posição jurídica subjetiva protegida em termos de direitos fundamentais[54] . Mas os direitos de defesa como direitos negativos «não podem ajudar quando o Estado permanece totalmente inativo»[55]. Por outro lado, «sempre que a eliminação da intervenção não consiga restabelecer a liberdade natural e que o direito fundamental invocado só possa ser exercido se o Estado tiver atuado previamente, a proteção negatória dos direitos fundamentais não é aplicável»[56]. E o facto de estarem a crescer sectores sociais em que os indivíduos já não podem exercer naturalmente a liberdade garantida pelos direitos fundamentais e estão dependentes de uma atuação pública prévia só torna o problema mais difícil de resolver.

Os críticos não podem facilmente descartar a dimensão positiva/objetiva dos direitos fundamentais. Mas qual o seu sentido? A resposta de Grimm consiste na defesa de um mínimo de direitos fundamentais na sua dimensão objetiva. Tal resposta insere-se numa longa linha de filósofos sociais e constitucionalistas, incluindo nomes como John

[52] Cf. Dieter Grimm, "Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?", 1991, pp. 231-232.
[53] Este é um aspeto importante referido por Gertrude Lübbe-Wolff, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, 1988, pp. 75 ss., 103.
[54] Cf. Anna-Bettina Kaiser / Dominik Rennert, "Schutzpflichten als 'dynamisches Element' der Rechtsordnung? Eine Grundrechtstheorie jenseits von Smend und Schmitt", 2021, p. 129.
[55] Cf. Dieter Grimm, "Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?", 1991, p. 235.
[56] Cf. Dieter Grimm, "Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?", 1991, p. 237. Grimm dá os exemplos do diplomado do ensino secundário a quem é recusada a admissão num curso superior, ou do vizinho de uma central nuclear proposta a quem é negada uma audiência durante o processo de aprovação. Nem o estudante nem o vizinho podem obter o lugar na universidade e a audição, respetivamente, através de um direito de defesa.

Licença Creative Commons 4.0

Rawls[57], Frank Michelman[58] , David Bilchitz[59] , e Hans Michael Heinig[60] , só para citar alguns. Defende que «mesmo enquanto princípios objetivos, os direitos básicos não são desprovidos de conteúdo. Não se limitam a exigir que algo aconteça; estipulam a direção da ação do Estado e contêm pelo menos um mínimo de conteúdo material. Este mínimo pode ser determinado colocando a questão de saber qual a atuação estatal ou ação prévia necessária para garantir que os direitos fundamentais de um indivíduo não sejam totalmente prejudicados»[61]. Ao responder a esta questão, Grimm defende, por um lado, que o mínimo deve ser restringido ao «mínimo absoluto» e, por outro lado, que a sua determinação relativamente a um determinado direito fundamental exige «um tipo de teste de proporcionalidade inversa: a questão é saber se se pode razoavelmente esperar que o Estado cumpra o seu dever de proteção tendo em conta outros direitos fundamentais»[62].

A verdade é que quando está em causa a definição de critérios para a determinação do mínimo não têm sido apresentadas soluções claras e distintas. Este facto determinou que alguns estudiosos passassem de um quadro constitucional de direitos sociais que estabelece conteúdos mínimos de bens ou direitos para um quadro que privilegia a solução deliberativa de problemas[63].

Outro problema com a teoria dos direitos fundamentais de Grimm é a chamada «captura conservadora» da dimensão objetiva, segundo sustentam Anna-Bettina Kaiser e Dominik Rennert. Para Grimm, «é a componente objetiva dos direitos fundamentais que, enquanto princípio dinâmico incorporado na ordem jurídica, abre o direito à mudança

[57] Cf. John Rawls, *Political Liberalism*, 2005, pp. 228 ss.; idem, *Justice as Fairness: A Restatement*, editado por Erin Kelly, 2001, pp. 96-97.
[58] Cf. Frank Michelman, *Constitutional Essentials: On the Constitutional Theory of Political Liberalism*, 2022, pp. 138 ss.
[59] Cf. David Bilchitz, *Pobreza e Direitos Fundamentais: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, 2007, pp. 178 ss.
[60] Cf. Hans Michael Heinig, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit. Zur Formel vom "sozialen" Staat in Art. 20 Abs. 1 GG*, 2008, pp. 327 ss.
[61] Cf. Dieter Grimm, "Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?", 1991, p. 238-239.
[62] Cf. Dieter Grimm, "Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?", 1991, p. 239.
[63] Ver, nomeadamente, neste sentido, Katharine G. Young, *Constituting Economic and Social Rights*, 2012, p. 6. A passagem da substância para o procedimento na definição do mínimo social é também observável na Alemanha: ver *inter alia* Anna-Bettina Kaiser / Dominik Rennert, "Schutzpflichten als 'dynamisches Element' der Rechtsordnung? Eine Grundrechtstheorie jenseits von Smend und Schmitt", 2021, p. 133; Stefanie Egidy, "The Fundamental Right to the Guarantee of a Subsistence Minimum in the *Hartz IV* Decision of the German Federal Constitutional Court", 2011, p. 1961 ss.

Licença Creative Commons 4.0

social e obriga à otimização da liberdade em face de situações em mudança»[64]. Mas parece que a dimensão objetiva, em vez de promover a mudança e o progresso, pode também contribuir para a manutenção do *status quo*. Foi o que alegadamente aconteceu no Primeiro Caso de Aborto do Tribunal Constitucional Alemão de 1975[65], em que a criminalização do aborto foi defendida pelo tribunal com base na dimensão objetiva do direito básico à vida[66]. Há que admitir, no entanto, que a «captura conservadora» não é uma consequência necessária da adoção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. E isto é tanto mais verdade quanto «a aplicação primária desta obrigação de proteção não surge quando a proteção existente é reduzida, mas quando as proteções destinadas a garantir os direitos básicos têm de ser cumpridas pela primeira vez tendo em conta ameaças novas como o processamento automático da informação ou a tecnologia genética»[67].

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais é o que faz deles, para Grimm, o «motor da estruturação política»[68]. Significa isto que deve ser reconhecido um papel especial aos tribunais nesta tarefa? De acordo com Anna-Bettina Kaiser e Dominik Rennert, no modelo de Grimm «o Tribunal Constitucional Federal – em oposição ao legislador – possui sensores subtis especiais para reconhecer ameaças sociais à liberdade»[69]. Mas, como também argumentam, o desempenho deste papel pelo tribunal pressupõe que «existe um acordo fundamental tanto sobre o papel progressivo do Tribunal Constitucional Federal como – ainda mais importante – sobre a necessidade de proteção da liberdade real»[70]. Será que estes pressupostos se manterão num futuro próximo, ou não tão próximo? Só podemos dizer que há muito boas razões para esperar que sim.

---

[64] Cf. Dieter Grimm, "Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?", 1991, p. 239.
[65] Sobre esta decisão, ver Donald P. Kommers, "The Constitutional Law of Abortion in Germany: Should Americans Pay Attention?", 1994, especialmente pp. 8-9.
[66] Cf. Anna-Bettina Kaiser / Dominik Rennert, "Schutzpflichten als 'dynamisches Element' der Rechtsordnung?", 2021, p. 136.
[67] Cf. Dieter Grimm, "Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?", 1991, p. 231.
[68] Cf. Dieter Grimm, "Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?", 1991, p. 240.
[69] Cf. Anna-Bettina Kaiser / Dominik Rennert, "Schutzpflichten als 'dynamisches Element' der Rechtsordnung?", 2021, p. 136.
[70] Cf. Anna-Bettina Kaiser / Dominik Rennert, "Schutzpflichten als 'dynamisches Element' der Rechtsordnung?", 2021, p. 137.

Licença Creative Commons 4.0

5. ENTRE A DEMOCRACIA E O CONTROLO JURISDICIONAL

Dieter Grimm participou ativamente na controvérsia sobre a legitimidade do controlo jurisdicional. Este é certamente um dos pontos em relação aos quais os académicos constitucionais europeus e americanos parecem estar por vezes perdidos na tradução.

Taking the Constitution Away from the Courts é o título de um conhecido livro do professor de direito constitucional de Harvard, Mark Tushnet[71], e também o lema sob o qual alguns outros advogados constitucionalistas anglófonos combatem a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal americano. Dieter Grimm adverte contra esta escola de pensamento[72], certamente numa perspetiva europeia, mas também na perspetiva de um constitucionalista apostado em «sustentar o centro».

Para além de Mark Tushnet, outros importantes autores anglófonos assumem posições semelhantes, como Jeremy Waldron e Larry Kramer[73]. De acordo com estes críticos radicais, o Supremo Tribunal dos EUA já não deveria poder examinar se as leis são compatíveis com a Constituição. Em vez disso, a *judicial review* deveria ser abolida, tal como, supõe-se, os tribunais constitucionais na sua configuração atual.

As razões invocadas pelos críticos radicais do controlo jurisdicional podem variar em pormenor, mas procuram sempre retirar o poder de decisão política aos juízes e devolvê-lo ao "povo". Os tribunais não devem continuar a poder interferir nos processos políticos. Além disso, a Constituição não deve continuar a ser um instrumento para os juristas manusearem, mas sim um quadro para as deliberações do povo, à maneira do "constitucionalismo popular"[74]. Neste contexto, os direitos fundamentais e outras disposições da Constituição não devem ser objeto de uma imposição judicial, mas sim um critério para a deliberação política geral.

---

[71] Cf. Mark Tushnet *Taking the Constitution Away from the Courts*, 1999.
[72] Ver Christian Rath, "Ex-Verfassungsrichter Dieter Grimm: Gegen die Radikalkritik an der Verfassungsjustiz", 12.02.2019, https://www.lto.de/persistent/a_id/33811/ (último acesso em 25.10.2024).
[73] Cf. Dieter Grimm, "Nova Crítica Radical à Jurisdição Constitucional", 2023, pp. 168 ss., 175 ss., 179 ss.
[74] Sobre o constitucionalismo popular ou populista, ver Dieter Grimm, "Nova Crítica Radical à Jurisdição Constitucional", 2023, p. 168.

Licença Creative Commons 4.0

Um segundo grupo de professores de direito de países anglo-saxónicos, incluindo nomes como Stephen Gardbaum, Ran Hirschl e Richard Fallon, adota uma posição mais matizada: não pretendem abolir completamente o controlo jurisdicional, mas querem limitá-lo significativamente[75]. A jurisprudência constitucional deve ser reduzida a determinadas matérias e o Parlamento deve poder ignorar os acórdãos mesmo nessas matérias. Um exemplo revelador de uma jurisprudência constitucional "fraca", no sentido apontado, é certamente a jurisprudência do Supremo Tribunal canadiano baseada na Carta Canadiana dos Direitos e Liberdades, adotada em 1982[76].

É de salientar que os críticos do controlo jurisdicional desenvolvem as suas posições a partir da perspetiva do autogoverno dos povos. No entanto, não propõem verdadeiramente alternativas baseadas em formas diretas de democracia; em vez disso, parecem defender a democracia representativa contra o controlo judicial. Tendo em conta os conhecidos problemas americanos com uma lei eleitoral justa e um financiamento partidário justo, esta fixação na democracia representativa surge como aos olhos de Dieter Grimm como algo desconcertante[77].

Na sua análise do controlo jurisdicional, Dieter Grimm faz duas distinções importantes. Em primeiro lugar, há constituições que contêm especificamente sistemas de controlo judicial dos atos legislativos. Este é tipicamente o caso das Constituições europeias contemporâneas, que foram normalmente introduzidas após o derrube de ditaduras (é o caso da Alemanha, Itália, Portugal e Espanha). Nestes casos, a existência de tribunais constitucionais é o resultado direto do exercício do poder constituinte. Por outras palavras, o controlo constitucional é um resultado da democracia. Algumas outras constituições, contudo, não contemplam o controlo constitucional. A Constituição dos EUA não atribui expressamente a tarefa de controlo constitucional ao Supremo Tribunal. Em vez disso, o Supremo Tribunal dos EUA atribuiu a si próprio o poder de rever as leis em 1803, no famoso acórdão *Marbury v. Madison*. Exemplos mais recentes são o processo *Mizrahi Bank* do Supremo Tribunal de Israel, de 1995, e o processo

[75] Cf. Dieter Grimm, "Nova Crítica Radical à Jurisdição Constitucional", 2023, pp. 208 ss., 210 ss., 212 ss.
[76] Sobre a Carta canadiana e a sua cláusula de anulação, ver Dieter Grimm, "Nova Crítica Radical à Jurisdição Constitucional", 2023, pp. 209-210.
[77] Cf. Dieter Grimm, "Nova Crítica Radical à Jurisdição Constitucional", 2023, pp. 184, 205-206.

Licença Creative Commons 4.0

Kesavananda Bharati do Supremo Tribunal da Índia, de 1973[78]. Uma segunda distinção diz respeito aos conceitos de controlo constitucional e de democracia. Estes não devem ser concebidos como opostos, mas também não se implicam mutuamente. Nas palavras de Grimm, «embora a justiça constitucional não seja incompatível com a democracia, também não chega ao ponto de ser indispensável»[79].

A partir daqui é possível destacar dois aspetos. Por um lado, como Grimm não deixa de referir, a posição da *judicial review* torna-se mais precária na medida em que não está expressamente contemplada na Constituição. De facto, na medida em que um sistema de *judicial review* se baseia no *self-empowerment* dos tribunais, a sua continuidade depende da sua capacidade de gerar aceitação na sociedade ou, pelo contrário, de ser combatido como uma forma de usurpação da deliberação democrática. Por outro lado, dado que a crítica da *judicial review* é motivada por razões democráticas, pode-se sempre argumentar que o primeiro teste a essa crítica é a vontade da sociedade de gerar verdadeiros movimentos democráticos capazes de reformar a Constituição e abolir a *judicial review* ou substituí-la por formas mais fracas de controlo judicial do poder político. A verdade é que esses movimentos são difíceis de encontrar ou só se encontram em torno de movimentos populistas cujas ambições em matéria de reforma constitucional são certamente muito mais vastas.

6. ENTRE A GLOBALIZAÇÃO E OS ESTADOS-NAÇÃO, ENTRE A EUROPA E OS ESTADOS-MEMBROS SOBERANOS

Um outro ponto importante a mencionar nesta breve descrição do pensamento constitucional de Dieter Grimm diz respeito à relação entre a União Europeia e as constituições dos seus Estados-Membros. Esta questão é igualmente relevante no que respeita à revisão constitucional e à função dos tribunais constitucionais nacionais na Europa.

[78] Cf. Dieter Grimm, "Nova Crítica Radical à Jurisdição Constitucional", 2023, p 219.
[79] Cf. Dieter Grimm, "Nem Contradição, Nem Condição: Controlo de Constitucionalidade e Democracia", 2023, p. 141.

Licença Creative Commons 4.0

Numa palestra proferida por Dieter Grimm em 2016 no Tribunal Constitucional Português, por ocasião do quadragésimo aniversário da Constituição Portuguesa de 1976, concluiu que: «não se descortina como é que o elemento legitimador da soberania popular e da responsabilidade democrática, que distinguem a Constituição, podem ser implementados a nível internacional. O discurso da constitucionalização não consegue, por isso, dissimular que faltam elementos fundamentais do constitucionalismo. Onde quer que, a nível supranacional, se fale de constituições, estas não passam de uma pálida sombra da Constituição»[80].

Esta é uma primeira crítica dirigida à ideia de constitucionalismo a nível internacional e supranacional, ou europeu. A estes níveis não existe, pura e simplesmente, uma prática democrática capaz de sustentar o constitucionalismo, pelo menos se este for entendido como um conceito consistente desde as grandes revoluções americana e francesa do século XVIII.

Mas Grimm formula também uma segunda crítica contra a extensão do constitucionalismo às instituições internacionais e, em particular, europeias. A função da constituição é instituir, legitimar e limitar os poderes constituídos, mas corre-se o risco de os chamados tratados constitucionais europeus, em vez de desempenharem essa função, acabarem por determinar em pormenor as políticas que os poderes constituídos podem ou devem levar a cabo.

Contrariamente às constituições nacionais, os tratados não se limitam às disposições que refletem as funções de uma constituição. Pelo contrário, como afirma Grimm, «estão repletos de disposições que seriam de direito ordinário nos Estados-Membros. É por isso que são tão volumosos. Enquanto os tratados foram tratados como direito internacional, isso não constituiu um problema. A partir do momento em que foram constitucionalizados, o seu volume tornou-se problemático: na União Europeia, a diferença crucial entre as regras para as decisões políticas e as decisões propriamente

[80] Dieter Grimm, "Der Platz der Verfasssung im 21. Jahrhundert / O Lugar da Constituição no Século XXI", 2016, p. 48. Sobre a ausência de uma prática democrática a nível europeu, nomeadamente no que respeita ao desenvolvimento de um público europeu e de um sistema eleitoral europeu, ver Grimm, *Europa ja - aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie*, 2016, pp. 24 ss., 32.

Licença Creative Commons 4.0

ditas foi, em grande medida, nivelada. A União Europeia está demasiado constitucionalizada»[81].

Esta situação teria duas consequências importantes: *(i)* em primeiro lugar, a constitucionalização excessiva limita severamente o papel dos Estados-Membros como "Mestres dos Tratados"; *(ii)* em segundo lugar, a falta de diferenciação entre o nível do direito constitucional e o nível do direito ordinário, combinada com a constitucionalização dos tratados, imuniza a Comissão e, em particular, o Tribunal de Justiça Europeu contra qualquer tentativa das instituições democraticamente responsáveis da União Europeia de reagir à jurisprudência do Tribunal alterando a lei[82].

Pode argumentar-se que a "sobreconstitucionalização" dos tratados não pode ser significativamente reduzida precisamente porque é «o meio pelo qual os Estados membros asseguram as reivindicações de autodeterminação nacional contra as supranacionais»[83]. Mas o problema é que a "sobreconstitucionalização" é, segundo Grimm, a principal causa do défice democrático da União Europeia, uma vez que o alargamento das competências a nível europeu não é acompanhado pela consolidação do princípio democrático a esse mesmo nível.

Além disso, as atividades do Tribunal de Justiça Europeu criam um défice democrático substancial mais grave do que aqueles de que a Comissão ou o Parlamento Europeu são acusados. Isto porque o Tribunal de Justiça Europeu é um tribunal proactivo e, ao longo do tempo, os seus acórdãos e decisões deram origem a um conjunto significativo de legislação que afeta todos os deputados, governantes, juízes e, na verdade, os cidadãos dos Estados-Membros da União Europeia. Consequentemente, os cidadãos da União Europeia estão sujeitos a um tribunal sobre o qual nem eles nem os seus governos têm qualquer controlo.

Perante este diagnóstico, quais são as propostas de Grimm? Uma vez que os tratados já estão constitucionalizados, deveriam ser reestruturados e reduzidos, limitando-se aos direitos fundamentais, aos princípios, aos objetivos e às instituições, bem como às

[81] Cf. Dieter Grimm, *Europa ja – aber welches?*, 2016, p. 114; idem, "Three Meanings of Constitutional Identity and their Prospects in the European Union", 2022, pp. 16, 22.
[82] Cf. Dieter Grimm, *Europa ja – aber welches?*, 2016, p. 115.
[83] Cf. Gertrude Lübbe-Wolff, "Die Zukunft der europäischen Verfassung. Fragen und Einwände zu Dieter Grimms Sicht auf Legitimation und Finalität der Europäischen Union", 2018, p. 145.

Licença Creative Commons 4.0

suas competências e procedimentos. Tudo o resto deveria ser relegado para o nível do direito derivado e sujeito a controlo parlamentar. O Tribunal de Justiça Europeu deixaria de ter a posição suprema e inatacável que tem atualmente, e os ramos políticos da UE (Comissão e Parlamento) teriam o poder de aprovar, aceitar e alterar leis[84].

Finalmente, a terceira crítica dirigida por Dieter Grimm à ideia de constitucionalismo a nível europeu está relacionada com os desafios colocados ao direito constitucional nacional pelos poderes crescentes das instituições europeias. Deverão os tribunais constitucionais nacionais aceitar as decisões dos tribunais europeus, a menos que a sua identidade constitucional nacional esteja em causa? Ou devem verificar se os atos europeus são adotados nos termos autorizados pelas constituições de cada Estado-Membro? Adotando esta segunda posição, mais proactiva, o Tribunal Constitucional alemão, desde os processos *Solange* [85], os mais recentes processos *Maastricht*, *Görgülü*, *Lisboa* e *Honeywell*[86] , e a muito recente decisão sobre o PSPP do Banco Central Europeu (maio de 2020), tem afirmado os seus poderes para declarar um ato da UE *ultra vires*, embora talvez nem sempre com a mesma voz incisiva[87].

Na sequência do caso *Honeywell*, alguns académicos consideraram que o Tribunal Constitucional alemão «não assumiria uma espécie de controlo geral sobre se o Tribunal de Justiça teria ou não tomado uma decisão errada e, por conseguinte, sobre se teria transgredido as suas competências, e que a 'revisão *ultra vires*' só entraria em jogo quando a alegada 'ação *ultra vires*' conduzisse a uma mudança estruturalmente significativa no sistema de competências»[88]. Embora com a vantagem da retrospetiva,

---

[84] Helmut K. Anheier, "Dieter Grimm and the Way Forward for the European Project", 30 de novembro de 2017, disponível em https://www.dahrendorf-forum.eu/dieter-grimm-and-the-way-forward-for-the-european-project/, último acesso em 22 de junho de 2023.

[85] Sobre estas, ver Peter Hilpold, "Solange I, BverfGE 37, 291, 29 de maio de 1974; Solange II, BverfGE 73, 339, 22 de outubro de 1986; Solange III, BverfGE 89, 155, 12 de outubro de 1993; e Solange IV, BverfGE 102, 147, 7 de junho de 2000", 2016, pp. 170-182.

[86] Sobre estas decisões, ver os relatos matizados de Steve J. Boom, "The European Union after the Maastricht Decision: Will Germany Be the 'Virginia of Europe?", 1995, pp. 177-226; Christian Tomuschat, "The Effects of the Judgments of the European Court of Human Rights According to the German Constitutional Court", 2010, pp. 520 ss.; Dieter Grimm, *Europa ja – aber welches?*, 2016, pp. 225 ss.; Christoph Möllers, "German Federal Constitutional Court: Constitutional Ultra Vires Review of European Acts Only Under Exceptional Circumstances; Decision of 6 July 2010, 2 BvR 2661/06, Honeywell", 2011, pp. 161-167.

[87] Cf. D. Grimm, "A Long Time Coming", 2020, pp. 944-949.

[88] Cf. Gertrude Lübbe-Wolff, "Who Has the Last Word? National and Transnational Courts-Conflict and Cooperation", 2011, p. 90.

Licença Creative Commons 4.0

Grimm, sempre o advogado do Tribunal Constitucional, considera que no caso PSPP «o Tribunal Constitucional Federal foi apanhado numa armadilha que ele próprio montou com as melhores intenções pró-europeias. Numa decisão de 2010, desenvolveu a sua intenção, que já tinha manifestado várias vezes, de só recusar a execução de um acórdão do TJUE em casos extremamente excecionais, estabelecendo assim uma barreira muito elevada para si próprio»[89]. Os eventuais excessos de linguagem contidos na decisão do PSPP ao comentar o afastamento do TJUE das suas próprias normas de aplicação do princípio da proporcionalidade explicar-se-iam neste contexto. Mas, para além disso, para Grimm «o risco de conflito entre os dois tribunais não tem nada de novo. Ele surgiu quando o Tribunal de Justiça da União Europeia presumiu implicitamente, em 1963, e declarou explicitamente, em 1964, que o direito europeu tem precedência sobre o direito interno, mesmo sobre o direito constitucional interno»[90].

Segundo Grimm, «cada ato *ultra vires* europeu retira uma matéria do processo político nacional sem autorização, limitando assim o alcance da constituição nacional. O Tribunal de Justiça da União Europeia não se entende a si próprio como protetor da democracia nacional. É igualmente óbvio que a Comissão e o Conselho também podem estar na origem de atos *ultra vires*, e não apenas o Tribunal de Justiça da União Europeia. Mas o Tribunal de Justiça da União é extremamente relutante em declarar *ultra vires* os atos jurídicos europeus. Por conseguinte, as únicas salvaguardas da democracia nacional são os tribunais constitucionais ou os tribunais superiores dos Estados-Membros»[91].

O controlo *ultra vires* parece ser, para Grimm, uma consequência inevitável de uma «insuficiência constitucional» na base do projeto europeu: «A União Europeia não é autodeterminada, mas heterodeterminada». A constituição como ato de «autodeterminação de uma nação, de um povo ou de uma sociedade quanto à forma da sua existência política» está notoriamente ausente no caso da União Europeia[92].

Em suma, Grimm dirige três tipos de críticas à União Europeia: falta de prática democrática efetiva, sobreconstitucionalização e heterodeterminação. A União Europeia

[89] Cf. D. Grimm, "A Long Time Coming", 2020, p. 948.
[90] Cf. D. Grimm, "A Long Time Coming", 2020, p. 944.
[91] Cf. Alec Stone Sweet e Giacinto della Cananea, "A Conversation with Dieter Grimm", 2021, p. 1554.
[92] Cf. Dieter Grimm, "Three Meanings of Constitutional Identity and their Prospects in the European Union", 2022, p. 16; idem, "Post-Sovereignty?", 2019, p. 28.

Licença Creative Commons 4.0

é um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, o que inibiria qualquer discurso significativo sobre o constitucionalismo a nível europeu e justificaria também uma posição ativa dos tribunais constitucionais nacionais na exclusão das suas jurisdições dos atos *ultra vires* das instituições europeias. Estes três aspetos são, de facto, diferentes facetas do mesmo problema: trata-se, segundo Grimm, dos «efeitos desdemocratizantes» do «forte enfoque judicial da integração europeia»[93]. Talvez a sua visão da Europa possa ser resumida da seguinte forma: dada a sua falta de legitimação democrática, a atual estrutura jurídica e política da União não é, pelo menos por agora, uma constituição e não é previsível, ou talvez mesmo desejável, que evolua nesse sentido num futuro próximo. Se a soberania tem ainda hoje uma função importante, esta consiste em «proteger a autodeterminação democrática de uma sociedade politicamente unida no que respeita à ordem apropriada»[94]. Enquanto os Estados-nação forem as casas da democracia (mesmo que, reconhecidamente, estas casas precisem de reparações urgentes), o constitucionalismo e a soberania continuarão a ser atributos do Estado.

Um comentário sustentado a uma afirmação deste tipo exigiria uma argumentação mais desenvolvida, pelo que é preferível ir diretamente ao cerne da questão. Deve haver na base de uma Constituição um ato de «autodeterminação de uma nação, de um povo ou de uma sociedade quanto à forma da sua existência política», na formulação já citada de Grimm?

É impossível não questionar se não existe nesta formulação condensada alguma afinidade com a própria formulação do Tribunal Constitucional alemão na decisão de Maastricht. Nesta decisão, o Tribunal salientou – ao explicar por que razão o Parlamento Federal alemão deve conservar funções e poderes de importância substancial – que «o poder estatal em cada um dos Estados emana do povo desse Estado. Os Estados necessitam de áreas suficientes de responsabilidade significativa própria, áreas em que o povo do Estado em causa possa desenvolver-se e exprimir-se no âmbito de um processo de formação da vontade política que legitima e controla, a fim de dar expressão jurídica

[93] Cf. D. Grimm, "A Long Time Coming", 2020, p. 947. Para uma descrição sucinta da visão de Grimm sobre os problemas de legitimação da UE e as suas perspectivas para o futuro, ver Gertrude Lübbe-Wolff, "Die Zukunft der europäischen Verfassung. Fragen und Einwände zu Dieter Grimms Sicht auf Legitimation und Finalität der Europäischen Union", 2018, pp. 130-133.

[94] Cf. Dieter Grimm, *Souveränität*, 2009, p. 123; idem, "Post-Sovereignty?", 2019, p. 30.

Licença Creative Commons 4.0

às questões que dizem respeito a esse povo numa base relativamente homogénea em termos espirituais, sociais e políticos»[95].

Embora o Tribunal tenha citado Hermann Heller em apoio desta declaração, alguns autores argumentaram que Schmitt seria uma citação melhor[96]. Mas isto não é correto. Para Heller, e ao contrário de Schmitt, «a homogeneidade tem um carácter 'simbólico': apresenta-se como a assunção, ou melhor, a identificação dos vários sujeitos políticos com um sistema comum de valores e de representação»[97]. De qualquer modo, não se fala de homogeneidade nos escritos de Grimm sobre a Europa. Nas sociedades modernas, complexas e altamente diferenciadas, a questão da homogeneidade social é, de certa forma, um termo impróprio[98]. Mas a continuação da existência de comunidades políticas de acordo com um princípio de segmentação territorial, num mundo que, de resto, é cada vez mais diferenciado socialmente de acordo com critérios funcionais[99], não o é. Em última análise, esta é a razão pela qual a União Europeia não pode prescindir dos Estados-nação e não deve tornar-se ela própria um Estado. Por outro lado, o risco de a União se limitar a manter o seu estatuto de "ator transnacional" reside no facto de ser subjugada pelas forças do mercado e dominada por impulsos liberalizantes, ao mesmo tempo que contribui para o esvaziamento crescente das instituições do Estado social[100]. Poderá a adoção de uma estrutura federal ser uma solução para este problema? Os

[95] Cf. *BVerfGE* 89, 155 (186).
[96] Cf. J. H. H. Weiler, "Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision", 1995, p. 223 e nota 10.
[97] Cf. Pasquale Pasquino, "Politische Einheit, Demokratie und Pluralismus. Bemerkungen zu Carl Schmitt, Hermann Heller und Ernst Fraenkel", 1984, p. 375.
[98] Como afirma Gertrude Lübbe-Wolff, «os problemas de integração nas sociedades modernas, altamente diferenciadas, aparecem como problemas que surgem não de uma falta de homogeneidade da sociedade como um todo, mas de demasiada homogeneidade dos grupos sociais individuais». Por conseguinte, «em vez de postular uma homogeneidade contrafactual ou de negar ingenuamente o potencial de conflito, deveríamos abordar a questão de saber quais são as melhores condições para uma coexistência pacífica e uma cooperação bem sucedida no seio das unidades políticas com que estamos a lidar, dado um certo nível de não homogeneidade» (cf. G. Lübbe-Wolff, "Homogenes Volk - Über Homogenitätspostulate und Integration", 2007, p. 127).
[99] Cf. Klaus Holz, "Politik und Staat. Differenzierungstheoretische Probleme in Niklas Luhmanns Theorie des politischen Systems", 2003, p. 40. Grimm está, evidentemente, consciente desta ligação íntima entre os Estados nacionais e a ordem internacional: ver "Post-Sovereignty?", 2019, p. 28.
[100] Cf. Gertrude Lübbe-Wolff, "Die Zukunft der europäischen Verfassung. Fragen und Einwände zu Dieter Grimms Sicht auf Legitimation und Finalität der Europäischen Union", 2018, pp. 150-151. Grimm assinala igualmente o desenvolvimento de um efeito liberalizante na jurisprudência do Tribunal de Justiça: ver D. Grimm, "Europe's Legitimacy Problem and the Courts", 2016, p. 247.

Licença Creative Commons 4.0

exemplos existentes, para além do caso muito específico da Suíça, não parecem ser muito promissores.

Seja como for, o que parece claro é a consciência de Grimm de que «o direito constitucional não pode ser tratado sem o direito europeu e, entretanto, o mesmo se aplica ao direito internacional»[101]. O envolvimento com o direito supranacional e internacional é hoje um dever incontornável de qualquer jurista constitucional. Um dever que Dieter Grimm sempre cumpriu empenhadamente.

7. ENTRE O CONSTITUCIONALISMO DE RESTRIÇÃO E O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR

Já foi referido que Dieter Grimm não é apenas um defensor da Constituição, mas também um defensor da jurisdição constitucional e, em particular, um defensor do Tribunal Constitucional alemão. Deverá esta advocacia ser entendida, especialmente tendo em conta o firme apoio de Grimm à função protetora dos direitos fundamentais, como uma defesa de uma abordagem alemã ao constitucionalismo transformador, que se opõe a uma visão do constitucionalismo como uma mera força negativa relativamente ao poder do Estado? E não haverá o risco de, no contexto de uma tal abordagem, «serem os especialistas, e não o povo em geral, a definir os compromissos políticos mais importantes dos alemães»[102]?

O contraste entre um constitucionalismo reativo, restritivo ou aversivo, por um lado, e um constitucionalismo ativo, transformador ou aspiracional, por outro, é bem conhecido[103]. Também é conhecida a correspondência entre este contraste e o contraste entre o constitucionalismo americano e o constitucionalismo europeu. No âmbito do constitucionalismo transformador, há ainda que distinguir entre a versão alemã, que está «ligada a um entendimento bastante tradicional do direito como ciência e como disciplina

[101] Cf. Dieter Grimm, *"Ich bin ein Freund der Verfassung"*, 2017, p. 173.
[102] Cf. Michaela Hailbronner, *Traditions and Transformations*, 2015, p. 174.
[103] Cf. Michaela Hailbronner, *Traditions and Transformations*, 2015, pp. 14 ss.; Frederick Schauer, "Constitutionalism and Coercion", 2013, pp.1881-1908; Kim Lane Scheppele, "Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case for Studying Cross National Influence Through Negative Models", 2003, pp. 296-324, esp. 299-300.

Licença Creative Commons 4.0

distinta» e a prática indiana, que «se destaca pela sua abordagem colaborativa, orientada para os resultados e mais "política", mesmo entre os países do Sul»[104].

Grimm participou ativamente na construção de tais contrastes numa troca de impressões com Frank Michelman sobre o significado da função protetora do Estado. Afirmou que as diferenças óbvias entre o entendimento da função protetora do Estado na América e na Europa têm um contexto cultural que torna «difícil argumentar que uma abordagem está certa e a outra errada»[105]. Mas acrescentou que «a ideia de um dever de proteção decorrente dos direitos fundamentais foi adotada por um grande número de países que se libertaram de todos os tipos de regimes autoritários ou ditaduras, dentro e fora da Europa, no último quartel do século XX»[106].

Este é um ponto crucial. E que é, ainda que de forma negativa, confirmado pela opinião de Frank Michelman sobre a mesma questão. Michelman reconhece que «na Europa, o direito supremo ou "constitucional" impõe uma função protetora ao Estado e responsabiliza-o legalmente por incumprimento culposo; nos EUA, não o faz»[107]. Mas, na sua opinião, esta não é a história completa.

Michelman admite que pode acontecer «que a Europa tenha, ou tenha tido, resultados mais elevados do que a América em tais medidas sociais de funcionamento protetor do Estado. Se assim fosse, poder-se-ia aceitar esse facto como uma verdadeira base para inferir as tendências relativamente social-democratas ou comunitárias dos europeus em comparação com as tendências relativamente libertárias e individualistas dos americanos». Mas, se não for esse o caso, pergunta:

> Será que o simples facto de o direito constitucional europeu prever um recurso legal contra falhas flagrantes na proteção do Estado, ao passo que o direito constitucional americano não o faz, nos daria alguma base real para inferir uma divisão ideológica profunda entre as duas populações? Porquê? As constituições e o direito constitucional compreendem um conjunto de dispositivos entre outros – alguns de natureza jurídica, outros não - para constranger os atores públicos a níveis desejados de desempenho de certas funções públicas

[104] Cf. Michaela Hailbronner, "Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South", 2017, p. 530.
[105] Cf. Dieter Grimm, "The Protective Function of the State", 2005, p. 154.
[106] Cf. Dieter Grimm, "The Protective Function of the State", 2005, p. 154.
[107] Cf. Frank Michelman, "The Protective Function of the State in the United States and Europe: The Constitutional Question", 2005, p. 160.

Licença Creative Commons 4.0

> fundamentais e de respeito por valores políticos preferidos. Porque é que o facto de os dispositivos constitucionais estarem dispostos de forma um pouco diferente nos dois locais nos faz pensar que as ideologias devem ser divergentes, desde que os desempenhos governamentais reais (tanto quanto sabemos) sejam aproximadamente comparáveis? Porque é que havemos de fetichizar o direito constitucional dessa forma?[108]

Para Michelman, é indiferente se a função protetora do Estado é exercida em resultado de um mandato constitucional ou simplesmente por uma questão de direito comum ou mesmo de política comum, desde que essa função seja efetivamente exercida. Michelman supõe que «tanto quanto sabemos atualmente – a Europa e os Estados Unidos têm praticamente a mesma pontuação no tipo de medidas sociais empíricas que mencionei». Para Michelman, tudo depende da questão empírica de saber se a Europa «tem melhores resultados» no desempenho da função protetora do Estado do que a América. Infelizmente, não tem «nenhuma ideia» sobre se é esse o caso[109].

O problema é que, se a função de proteção não tiver uma base sólida na constituição, os tribunais terão sempre a oportunidade, no contexto de uma constituição reativa, restritiva ou aversiva, de demolir as tentativas do legislador e do executivo para desempenhar a função de proteção do Estado. Algumas decisões recentes dos Supremos Tribunais dos EUA sobre questões importantes como o aborto, o controlo das armas e a proteção do ambiente são boas demonstrações deste ponto[110]. O sistema constitucional americano é especialmente propenso a ser apanhado nas armadilhas da «captura conservadora».

Mesmo que não se queira interferir no nobre sonho do excecionalismo constitucional americano, não se pode deixar de assinalar que a função protetora do Estado é um instrumento destinado, em última análise, a assegurar que o pesadelo de um passado autoritário, por vezes mesmo totalitário, não volte. E não há dúvida de que os

---

[108] Cf. Frank Michelman, "The Protective Function of the State in the United States and Europe: The Constitutional Question", 2005, p. 178.
[109] Cf. Frank Michelman, "The Protective Function of the State in the United States and Europe: The Constitutional Question", 2005, p. 178.
[110] Cf., respetivamente, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, de 24 de junho de 2022; *New York State Rifle & Pistol Association, Inc., et al. v. Bruen, Superintendent of New York State Police, et al.*, de 23 de junho de 2022; *West Virginia v. Environmental Protection Agency*, de 30 de junho de 2022.

Licença Creative Commons 4.0

juízes não devem ser excluídos na prossecução desse objetivo. Mesmo que não fosse esse o caso no século XVIII, as constituições do século XX não se podem dar ao luxo de não serem, de alguma forma, constituições militantes. A teoria constitucional de Dieter Grimm é um testemunho eloquente desse esforço.

REFERÊNCIAS

ALI, Tariq.*The Extreme Centre: A Second Warning*. Londres, Verso, 2018.

ANHEIER, Helmut K. "Dieter Grimm and the Way Forward for the European Project", *Dahrendorf Forum*, 30 de novembro de 2017. Disponível em: https://www.dahrendorf-forum.eu/dieter-grimm-and-the-way-forward-for-the-european-project/. Acesso em: 22 de junho de 2023.

BILCHITZ, David. *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*. Oxford, Oxford University Press, 2007.

BOOM, Steve J. "The European Union after the Maastricht Decision: Will Germany Be the 'Virginia of Europe'?". *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 43, No. 2, Spring, 1995, pp. 177-226.

CREMER, Wolfram – *Freheitsgrundrechte. Funktionen und Strukturen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003.

DWORKIN, Ronald. "The Center Holds!", *The New York Review of Books*, 13 de agosto de 1992, pp. 29-33.

EGIDY, Stefanie. "O Direito Fundamental à Garantia de um Mínimo de Subsistência na Decisão *Hartz IV* do Tribunal Constitucional Federal Alemão", *Revista de Direito Alemão*, vol. 12, n.º 11, 2011, pp. 1961-1982.

GEDDERT-STEINACHER, Tatjana. *Menschenwürde als Verfassungsbegriff. Aspekte der Rechtsprechung des Bundesvrefassungsgerichts zu Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz*, Berlim, Duncker & Humblot, 1990.

GRIMM, Dieter. *Solidarität als Rechtsprinzip. Die Rechts- und Staatslehre Léon Duguits in ihrer Zeit*, Frankfurt am Main, Athenäum Verlag, 1973.

_____. "Grundrechte und soziale Wirklichkeit. Zum Problem eines interdisziplinären Grundrechtsverständnis", in Winfried Hassemer / Wolfgang Hoffmann-Riem / Jutta Limbach (eds.), *Grundrechte und soziale Wirklichkeit*, Baden-Baden, Nomos, 1982, pp. 39 ss.

Licença Creative Commons 4.0

_____. “Die Grundrechte im Entstehungszusammenhang der bürgerlichen Gesellschaft”, in *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, pp. 67-100.

_____. “Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?”, in *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, pp. 221-240.

_____. “Does Europe Need a Constitution?”, *European Law Journal*, Vol. 1, No. 3, novembro de 1995, pp. 282-302 (também publicado em tradução portuguesa como “A Europa precisa de uma Constituição?”, in Dieter Grimm, *Constituição e Política*, Coordenador e Supervisor Luiz Moreira, Tradutor Geraldo de Carvalho, Belo Horizonte, Del Rey, 2006, pp. 199-227).

_____. “The Protective Function of the State”, in Georg Nolte (ed.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 137-155.

_____. “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence”, *University of Toronto Law Journal*, Vol. 57, 2007, pp. 383-397.

_____. *Souveränität. Herkunft und Zukunft eines Schlusselbegriffs*, Berlin University Press, 2009.

_____. “Reformalisierung des Rechtsstaats als Demokratiepostulat?”, in Oliver Eberl (org.), *Transnationalisierung der Volkssouveränität: Radikale Demokratie diesseits und jenseits des Staates*, Estugarda, Franz Steiner Verlag, 2011, pp. 19-32.

_____. *Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität mit Kommentaren von Otto Depenheuer und Ewald Wiederin*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012.

_____. “Gesellschaftlicher Konstitutionalismus – eine Kompensation für den Bedeutungsschwund der Staatsverfassung?”, in *Die Zukunft der Verfassung II, Auswirkungen von Europäisierung und Globalisierung*, Berlin, Suhrkamp, 2012, pp. 293-312.

_____. “Sovereignty in the European Union”, in Johan van der Walt e Jeffrey Ellsworth (eds.), *Constitutional Sovereignty and Social Solidarity in Europe*, Baden-Baden, Nomos, 2015, pp. 39-54.

_____. “Der Platz der Verfasssung im 21. Jahrhundert / O Lugar da Constituição no Século XXI”, *40.º Aniversário da Constituição da República Portuguesa: Colóquio Comemorativo*, Lisboa, Tribunal Constitucional, 2016.

_____. *Europa ja - aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie*, München, C. H. Beck, 2016.

Licença Creative Commons 4.0

_____. "Europe's Legitimacy Problem and the Courts", in Damian Chalmers, Markus Jachtenfuchs e Christian Joerges (eds.), *The End of the Eurocrat's Dream: Adjusting to European Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 241-265.

_____. *"Ich bin ein Freund der Verfassung"*, im Gespräch mit Oliver Lepsius, Christian Waldhoff und Matthias Rossbach, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017.

_____. *Verfassung und Privatrecht im 19. Jahrhundert. Die Formationsphase*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017.

_____. "Nachdenken über Verfassung in den Bielefelder Jahren", in Ulrike Davy e Gertrude Lübbe-Wolff (eds.), *Verfassung: Geschichte, Gegenwart, Zukunft. Autorenkolloquium mit Dieter Grimm*, Baden-Baden, Nomos, 2018, pp. 13-33.

_____. "Post-Sovereignty?", in Bas Leijssenaar, Neil Walker (eds.), *Sovereignty in Action*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, pp. 17-30.

_____. *Advocate of the Constitution*, Em conversa com Oliver Lepsius, Christian Waldhoff e Matthias Rossbach, tradução de Justin Collings, Oxford, Oxford University Press, 2020.

_____. "A Long Time Coming", *German Law Journal*, Vol. 21, Issue 5, 2020, pp. 944-949.

_____. "Grundrechtsfunktionen jenseits des Staats", in idem, Anne Peters, Dan Wielsch, *Grundrechtsfunktionen jenseits des Staats*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp.

_____. "Freedom of Speech and Human Dignity", in Adrienne Stone e Frederick Schauer, (eds.), *The Oxford Handbook on Freedom of Speech*, Oxford, Oxford University Press, 2021, pp. 106-117.

_____. "Three Meanings of Constitutional Identity and their Prospects in the European Union", in Jurgen de Poorter *et al.* (eds.), *European Yearbook of Constitutional Law 2022 - A Constitutional Identity for the EU?*, Vol. 4, pp. 13-24.

_____. "Nem Contradição, Nem Condição: Controlo de Constitucionalidade e Democracia", in idem, *Jurisdição Constitucional e Democracia, Ensaios Escolhidos*, edição coordenada por Gilmar Ferreira Mendes, São Paulo, Contracorrente, 2023, pp. 131-163.

_____. "Nova Crítica Radical à Jurisdição Constitucional", in idem, *Jurisdição Constitucional e Democracia, Ensaios Escolhidos*, edição coordenada por Gilmar Ferreira Mendes, São Paulo, Contracorrente, 2023, pp. 165-220.

Licença Creative Commons 4.0

Grimm, Dieter / Gerhardt, Rudolf. "'Wir machen das Meinungsklima nicht'. Antworten auf die Kritik an der Ehrenschutz-Rechtsprechung des BVerfG", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Band 27, Heft 7, 1994, pp. 276-279.

HABERMAS, Jürgen."Remarks on Dieter Grimm's 'Does Europe Need a Constitution?'", *European Law Journal*, Vol. 1, No. 3, novembro de 1995, pp. 303-397.

HAILBRONNER, Michaela. *Traditions and Transformations. The Rise of German Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

_____. "Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South", *American Journal of Comparative Law*, Vol. 65, no. 3, outono de 2017, pp. 527-565.

HEINIG, Hans Michael. *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit. Zur Formel vom "sozialen" Staat in Art. 20 Abs. 1 GG*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.

HILPOLD, Peter. "Solange I, BverfGE 37, 291, 29 de maio de 1974; Solange II, BverfGE 73, 339, 22 de outubro de 1986; Solange III, BverfGE 89, 155, 12 de outubro de 1993; e Solange IV, BverfGE 102, 147, 7 de junho de 2000", in Cedric Ryngaert, Ige F Dekker, Ramses A Wessel e Jan Wouters (eds.), *Judicial Decisions on the Law of International Organizations*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 170-182.

HOLZ, Klaus. "Politik und Staat. Differenzierungstheoretische Probleme in Niklas Luhmanns Theorie des politischen Systems", in Kai-Uwe Hellmann, Karsten Fischer e Harald Bluhm (eds.), *Das System der Politik: Niklas Luhmanns politische Theorie*, Westdeutscher Verlag, Wiesbaden, 2003, pp. 34-48.

ISENSEE, Josef. "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", in Josef Isensee e Paul Kirchhof (orgs.), *Handbuch des Staatsrechts*, Band IX, 3.ª ed., 2011, pp. 413 ss.

KAISER, Anna-Bettina / Rennert, Dominik. "Schutzpflichten als 'dynamisches Element' der Rechtsordnung? Eine Grundrechtstheorie jenseits von Smend und Schmitt", in Lars Viellechner (ed.), *Demokratischer Konstitutionalismus. Dieter Grimm Verständnis von Staat und Verfassung*, Baden-Baden, Nomos, 2021, pp. 119-141.

KOMMERS, Donald P. "The Constitutional Law of Abortion in Germany: Should Americans Pay Attention?", *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, Vol. 10, No. 1, 1994, pp. 1-32.

KOSELLECK, Reinhart. *Preussen zwischen Reform und Revolution: Allgemeines Landrecht, Verwaltung und soziale Bewegung von 1791 bis 1848*, 3d. ed., Stuttgart, Klett-Cotta, 1981.

LADEUR, KARL-HEINZ. "Die Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht – 'Verfassungsprivatrecht' als Kollisionsrecht", in Gralf-Peter Calliess, Andreas Fischer-

Licença Creative Commons 4.0

LESCANO, Dan Wielsch, Peer Zumbansen (eds.), *Soziologische Jurisprudenz. Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburstag*, Berlim, De Gruyter, 2009, pp. 543-558.

LANDFRIED, Christine. "Staat und politischen Parteien. Grenzüberschreitung ald Demokratiebedingung", in Lars Viellechner (ed.), *Demokratischer Konstitutionalismus. Dieter Grimm Verständnis von Staat und Verfassung*, Baden-Baden, Nomos, 2021, pp. 167-185.

LÜBBE-WOLFF, Gertrude. *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, Baden-Baden: Nomos, 1988.

_____. "Homogenes Volk - Über Homogenitätspostulate und Integration", *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*, 27. Jahrgang, 4, 2007, pp. 121-127.

_____. "Who Has the Last Word? National and Transnational Courts-Conflict and Cooperation", *Yearbook of European Law*, Vol. 30, No. 1, 2011, pp. 86-99.

_____. "Dieter Grimm zum 75. Geburtstag", *Archiv des öffentlichen Rechts*, setembro de 2012, Vol. 137, n.º 3 (setembro de 2012), pp. 481-486.

_____. "Die Zukunft der europäischen Verfassung. Fragen und Einwände zu Dieter Grimms Sicht auf Legitimation und Finalität der Europäischen Union", in Ulrike Davy e Gertrude Lübbe-Wolff (eds.), *Verfassung: Geschichte, Gegenwart, Zukunft. Autorenkolloquim mit Dieter Grimm*, Baden-Baden, Nomis, 2018, pp. 129-152.

LUHMANN, Niklas. "Differentiation of Society", in *Canadian Journal of Sociology / Cahiers Canadiens de Sociologie*, Vol. 2, No. 1, Winter, 1977, pp. 29-53.

_____. *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, 4.ª ed., Duncker & Humblot, Berlim, 1999 (1965).

MICHELMAN, Frank. "The Protective Function of the State in the United States and Europe: The Constitutional Question", in Georg Nolte (ed.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 156-180.

_____. *Constitutional Essentials: On the Constitutional Theory of Political Liberalism*, Oxford, Oxford University Press, 2022.

MÖLLERS, Christoph – "German Federal Constitutional Court: Constitutional Ultra Vires Review of European Acts Only Under Exceptional Circumstances; Decision of 6 July 2010, 2 BvR 2661/06, Honeywell", *European Constitutional Law Review*, Vol. 7, Issue 1, February 2011, pp. 161-167.

PASQUINO, Pasquale. "Politische Einheit, Demokratie und Pluralismus. Bemerkungen zu Carl Schmitt, Hermann Heller und Ernst Fraenkel", in Christoph Müller / Ilse Staff

Licença Creative Commons 4.0

(orgs.), *Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891-1933*, Baden-Baden, Nomos, 1984, pp. 367-380.

PREUSS, Ulrich K. "Souveränität im Verfassungsstaat", in Lars Viellechner (ed.), *Demokratischer Konstitutionalismus. Dieter Grimm Verständnis von Staat und Verfassung*, Baden-Baden, Nomos, 2021, pp. 71-94.

RATH, Christian. "Ex-Verfassungsrichter Dieter Grimm: Gegen die Radikalkritik an der Verfassungsjustiz", *Legal Tribune Online*, 12.02.2019, https://www.lto.de/persistent/a_id/33811/ (último acesso em 22.06.2023).

RAWLS, John. *Justice as Fairness: A Restatement*, editado por Erin Kelly, Cambridge, Massachusetts/Londres, Inglaterra, The Belknap Press of Harvard Press, 2001. / Londres, Inglaterra, The Belknap Press of Harvard University Press, 2001.

_____. *Political Liberalism*, edição alargada, Nova Iorque, Columbia University Press, 2005.

SCHAUER, Frederick. "Constitutionalism and Coercion", *Boston College Law Review*, Vol. 54, 2013, pp.1881-1908.

SCHEPPELE, Kim Lane. "Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case for Studying Cross National Influence Through Negative Models", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 1, No. 2, 2003, pp. 296-324.

SWEET, Alec Stone; CANANEA, Giacinto della. "A Conversation with Dieter Grimm", *German Law Journal*, Vol. 22, 2021, pp. 1541-1554.

TABOR, Nick. "No Slouch", *The Paris Review*, 21 de dezembro de 2015, disponível em https://www.theparisreview.org/blog/author/ntabor/.

TEUBNER, Gunther. *Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Suhrkamp, Berlin, 2012 (existe tradução portuguesa: *Fragmentos Constitucionais – Constitucionalismo Social na Globalização*, 2.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2020).

THORNHILL, Chris. "Niklas Luhmann's Political Theory: Politics after Metaphysics?", in Michael King e Chris Thornhill (eds.), *Luhmann on Law and Politics: Critical Appraisals and Applications*, Hart Publishing, Oxford / Portland, Oregon, 2006, pp. 75-99.

TOMUSCHAT, Christian. "The Effects of the Judgments of the European Court of Human Rights According to the German Constitutional Court", *German Law Journal*, Vol. 11, no. 5, 2010, pp. 520 ss.

Licença Creative Commons 4.0

TUSHNET Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999.

VERSCHRAEGEN, Gert. "Systems Theory and the Paradox of Human Rights", in Michael King e Chris Thornhill (eds.), *Luhmann on Law and Politics: Critical Appraisals and Applications*, Hart Publishing, Oxford / Portland, Oregon, 2006, pp. 101-125.

VAN DER WALT, Johan. *The Horizontal Effect Revolution and the Question of Sovereignty*, Berlim / Boston, De Gruyter, 2014.

WEILER, J. H. H. "Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision", *European Law Journal*, Vol. I, No. 3, novembro de 1995.

YEATS, W. B. *The Collected Poems, A New Edition*, editado por Richard J. Finneran, Nova Iorque, Palgrave Macmillan, 1989.

YOUNG, Katharine G. *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012

Sobre o Autor:

Miguel Nogueira de Brito| *E-mail*: miguelbrito@fd.ulisboa.pt

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. doutorou-se pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa onde lecciona actualmente e desenvolve investigação. Foi regente nas áreas da ciência política, do direito constitucional e dos direitos fundamentais ao nível da licenciatura e do mestrado, e é um destacado especialista na área do direito administrativo geral e da contratação pública. A par com o seu percurso académico tem exercido funções como advogado e como assessor do Tribunal Constitucional, tendo sido ainda membro do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais. Os seus interesses de investigação centram-se sobretudo na filosofia política e do direito, na distinção entre direito público e direito privado, nos poderes revisores dos tribunais constitucionais e nos fundamentos legais e filosóficos da propriedade privada. Integra ainda a equipa de um projecto de investigação plurianual desenvolvido no âmbito do direito constitucional no Centro de Investigação em Direito Público (CIDP) do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP).

Artigo Convidado

Corpo Editorial:
Editor- Chefe: J.P.B
Editora Associada: J.Y.N

RDP, Brasília, Vol. 21, n. 111, 358-395, ago/out. 2024, DOI: 10.11117/rdp.v21i111.8155 | ISSN:2236-1766

Licença Creative Commons 4.0