

Mudar É Possível: Constitucionalismo Transformativo na Alemanha e em outros países

Change Is Possible: Transformative Constitutionalism in Germany and Beyond

Cambiar Es Posible: Constitucionalismo Transformador en Alemania y Más Allá

Markus Kotzur¹

Docente do curso de Direito.
Universidade de Hamburgo (UHH). Hamburgo. Alemanha.

Luís Marcos Sander (Tradução)

Tradutor na Sander & ASamy Ltda.
São Leopoldo. Rio Grande do Sul (RS). Brasil.

RESUMO: Este artigo explora o conceito de constitucionalismo transformador, examinando sua evolução e aplicação em diversos contextos. O autor argumenta contra a visão de que o constitucionalismo transformador é um fenômeno exclusivo do "Sul Global", demonstrando sua presença nas tradições constitucionais alemã e europeia. O artigo traça o desenvolvimento histórico de ideias transformadoras no pensamento constitucional alemão, destacando as contribuições de pensadores como Heller e Smend. Analisa o papel do ativismo judicial, particularmente no contexto do Tribunal Constitucional Federal alemão e da Corte de Justiça Europeia, na modelagem de transformações sociais. O autor adverte contra rotulações simplistas e a aceitação incondicional do constitucionalismo transformador, enfatizando a necessidade de abordagens contextuais e sensíveis. A interação entre estabilidade e mudança constitucional, o papel da revisão judicial e a relação entre direito e política são temas centrais explorados ao longo do artigo.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo Transformador; Interpretação Constitucional; Ativismo Judicial; Constitucionalismo Alemão; Integração Europeia.

ABSTRACT: This article explores the concept of transformative constitutionalism, examining its evolution and application within diverse contexts. The author argues against viewing transformative constitutionalism as a solely "Global South" phenomenon, demonstrating its presence in both the German and European constitutional traditions. The article traces the historical development of transformative ideas within German constitutional thought, highlighting the contributions of thinkers like Heller and Smend. It analyzes the role of judicial activism, particularly in the context of the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice, in shaping societal transformations. The author cautions against both simplistic labeling and unqualified acceptance of transformative constitutionalism, emphasizing the need for nuanced and context-sensitive approaches. The interplay between constitutional stability and change, the role of judicial review, and the relationship between law and politics are central themes explored throughout the paper.

¹ Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0523-4896>

KEYWORDS: Transformative Constitutionalism, Constitutional Interpretation, Judicial Activism, German Constitutionalism, European Integration

RESUMEN: Este artículo explora el concepto de constitucionalismo transformador, examinando su evolución y aplicación en diversos contextos. El autor rebate la opinión de que el constitucionalismo transformador es un fenómeno exclusivo del «Sur Global», demostrando su presencia en las tradiciones constitucionales alemana y europea. El artículo traza el desarrollo histórico de las ideas transformadoras en el pensamiento constitucional alemán, destacando las aportaciones de pensadores como Heller y Smend. Analiza el papel del activismo judicial, especialmente en el contexto del Tribunal Constitucional Federal alemán y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la configuración de las transformaciones sociales. El autor advierte contra el etiquetado simplista y la aceptación incondicional del constitucionalismo transformador, subrayando la necesidad de enfoques contextuales y sensibles. La interacción entre estabilidad y cambio constitucional, el papel de la revisión judicial y la relación entre derecho y política son temas centrales que se exploran a lo largo del artículo.

PALABRAS CLAVE: Constitucionalismo transformador; Interpretación constitucional; Activismo judicial; Constitucionalismo alemán; Integración europea.

1. Introdução: O Constitucionalismo Transformativo Como Projeto Emancipatório

O modo da Constituição liberal-democrática moderna é, até certo ponto, o modo da mudança ou transformação, e, neste sentido, qualquer tipo de constitucionalismo poderia ser qualificado como transformativo *per se*². À primeira vista, esta proposição parece ao mesmo tempo irritante e provocativa, pois uma Constituição visa estabelecer (de uma vez por todas)³ as bases de uma comunidade política, assegurar sua estabilidade e garantir a continuidade de suas decisões/escolhas (axiológicas) fundamentais *in rebus politicis* [em matéria de política]⁴. Seria, contudo, bastante ingênuo ignorar que a elaboração de constituições, tanto histórica quanto política e

² Cf., de modo geral, Häberle, 1998; Bogdandy; Ferrer Mac-Gregor; Morales Antoniazzi; Piovesan; Soley *in* Bogdandy et al, 2017, p. 8, descrevem, conseqüentemente, o constitucionalismo transformativo como um “fenômeno global”.

³ A Constituição Federal dos EUA não pode ser alterada de modo algum, mas só emendada. O art. 79 III da Lei Fundamental da Alemanha declara imutáveis os princípios mais fundamentais consagrados nos art. 1 e. 20 (trata-se das chamadas “cláusulas pétreas”). Veja Häberle, 1986, p. 81.

⁴ Quanto às diferentes noções clássicas de Constituição, cf. Kötzur *in* Kahl; Ludwigs, 2022, § 58, 6.

filosoficamente⁵ – poder-se-ia lembrar apenas a Revolução Americana e a Francesa –, é a reação a uma mudança radical e o resultado dela que pretendem “curar as feridas do passado” e guiar a comunidade política “para um futuro melhor”⁶. O constitucionalismo de fins do século XVIII produziu (e ao mesmo tempo foi causado por) uma percepção esclarecida: a mudança é possível, uma vez que nem uma comunidade política nem a forma como ela é governada são elementos essenciais dados por Deus, mas sim formações humanas da (auto)organização política. Seria, portanto, ainda mais ingênuo desconsiderar a dinâmica da mudança social contínua no decorrer da qual a estabilidade e a continuidade precisam sempre encontrar concretizações atualizadas. Haverá sempre novas feridas que necessitam ser curadas, sempre novas falhas que necessitam ser corrigidas e sempre novas deficiências do presente que necessitam ser transformadas em um futuro melhor para as gerações presentes e futuras. Tendo em vista a “posição jurídica fundamental, o caráter e conteúdo” de uma Constituição, seu próprio objetivo é “condicionar a forma como uma determinada sociedade se desenvolve” (Bilchitz *in* Bonilla Maldonado, 2013, p. 41) – e, assim, orientar e governar as transformações sociais.

O conceito de “constitucionalismo transformativo”, tal como foi originalmente desenvolvido no contexto sul-africano (Klare, 1998, p. 150; Roux, 2009, p. 258) e “associado ao surgimento de tribunais ativistas em uma série de jurisdições do Sul Global” (Hailbronner, 2017, p. 528)⁷, vai além dessa compreensão geral de uma Constituição viva e propõe ainda outra reivindicação normativa, mais ambiciosa e, portanto, não surpreendentemente mais contestada. Ele concebe o próprio Direito como um meio de transformação e exige uma interpretação ou aplicação das normas

⁵ As origens do constitucionalismo moderno podem ser atribuídas às ideias transformativas de autores clássicos como Hobbes, Locke, Rousseau, Montesquieu, Kant ou John Stuart Mill. Veja Tully, 1997, p. 42, 59, 70.

⁶ Palavras do juiz da Suprema Corte Pius Langa na “Prestige Lecture” feita na Universidade de Stellenbosch em 9 de outubro de 2006. O próprio Baxi (*in* Vilhena, 2013, p. 19, 20) identifica um “caráter e potencial profundamente *diagnóstico* (de ‘feridas’ passadas) e *terapêutico*” da Constituição.

⁷ Já existe uma bibliografia considerável sobre o assunto; cf., p. ex., Bogdandy, 2022, p. 119 et passim; Bogdandy, 2017; Bonilla Maldonado, 2013; Prieto Sanchís, 2013; Vilhena, 2013; Pozzolo, 2011; Carbonell, 2003.

constitucionais que faça com que estas, à luz dos princípios fundamentais e objetivos políticos consagrados na Constituição, promovam mudanças sociais profundas e, em particular, combatam as deficiências sistêmicas dentro de uma determinada comunidade política (Bogdandy, 2019)⁸. O constitucionalismo transformativo é, em outras palavras, “constitucionalismo ativista” (Hailbronner, 2015, cap. 1). Enquanto o modelo tradicional de constitucionalismo (o modo norte-americano), não obstante sua dimensão transformativa intrínseca acima delineada, enfoca fortemente a preservação da liberdade individual contra a interferência estatal ou governamental – liberdade de alguma coisa –, o constitucionalismo transformativo é, muitas vezes, descrito como amplo, aspiracional e até mesmo emancipatório – liberdade para alguma coisa – e, dado este ímpeto, sem dúvida produz muitas questões novas, conflituosas e “multifacetadas de redistribuição e direitos positivos no âmbito do Direito” (Hailbronner, 2017, p. 529). De maneira mais proeminente, Karl E. Klare sustenta que “o constitucionalismo transformativo conota um empreendimento de indução de mudanças sociais em grande escala através de processos políticos não violentos baseados no Direito” (Klare, 1998, p. 529). Sua tradução – baseada no Direito e orientada por processos – de um “Sim, nós podemos” político para um “Sim, nós devemos” constitucional abrange, entre outras, a ideia de justiça distributiva, uma compreensão substancial da igualdade (incluindo a discriminação positiva), governança humana, em particular baseada em direitos sociais, a aplicação horizontal dos direitos fundamentais, a democracia participativa ou uma aplicação judicial proativa dos deveres afirmativos do Estado (Gauri; Brinks, 2010).

Nem é preciso dizer que propor uma agenda transformativa através de processos jurídicos e, em particular, atribuir aos tribunais (que não podem estar nem estão legitimados a substituir a definição de políticas por parte das instituições competentes) um papel ativista suscita múltiplas preocupações (Bogdandy, 2017, p. 12; Hirschl, 2004)⁹. Embora o foco principal deste artigo não seja a tensão amplamente discutida

⁸ “Uma abordagem transformativa, que extrai sua energia da percepção de condições inaceitáveis de natureza sistemática” (Bogdandy, 2017, p. 47).

⁹ Posição muito cética em Schorkopf, 2022, p. 40 et seq.

entre o controle jurisdicional forte e o fraco¹⁰, não se pode simplesmente ignorar que um sentimento visceral transformativo e as melhores intenções emancipatórias, impulsionadas pelas urgências do cotidiano – desde a prevenção da mudança climática até a luta contra tendências autoritárias na governança democrática, desde a salvação das gerações futuras até a garantia de uma subsistência mínima para as gerações atuais – não podem substituir o raciocínio jurídico (metodologicamente) sólido. Qualquer abordagem transformativa seria imprudente se deixasse de lado as questões-chave de “o que é transformado e o que é deixado intacto” ou ignorasse que o “transformativo”, seja entendido de uma forma materialista ou cultural, sempre continuará sendo o assunto da política contenciosa e de políticas contestadas (Baxi, 2013, p. 24)¹¹. Para esta política e estas políticas, contudo, a própria Constituição é o marco possibilitador. Ela se apresenta muito menos como um “ser” do que como um “em devir”. Uma Constituição, conseqüentemente, significa sempre um processo (Häberle, 1998) – antes um começo e certamente não o fim da construção de uma comunidade política integrada. Uma Constituição se baseia no “plébiscite de tous les jours”, no qual o filósofo francês E. Renan, em sua obra de 1882 sobre “Qu'est-ce qu'une nation?”, considerou a base do Estado-nação¹². Esta famosa expressão “plebiscito diário”, pode, é claro, ser entendida de maneira performativa/afirmativa: “Nós, o povo” assumindo seu compromisso diariamente renovado de fidelidade à Constituição em seu estado atual e, assim, endossando a comunidade política “que nós somos”. O “plebiscito diário”,

¹⁰ Muitas vezes, os originalistas ou textualistas são retratados como defensores da autocontenção judicial. Com a nomeação dos ministros N. M. Gorsuch e B. Kavanaugh para a Suprema Corte dos EUA, o textualismo e originalismo na tradição de A. Scalia talvez tenham se tornado mais proeminentes do que nunca antes. Os originalistas insistem, com frequência, que os intencionalistas, indo além do mero texto de uma Constituição, acabariam negligenciando o caráter de lei que tem a Constituição como tal. Entretanto, levando em conta as percepções da moderna hermenêutica crítica, o contrário parece ser verdadeiro. Não são só os intencionalistas, mas também os textualistas e originalistas se baseiam em compreensões não escritas que moldam sua leitura das palavras da Constituição. Veja Thomas, 2021.

¹¹ cf., além disso, Wiener, 2014; quanto a essa compreensão “cultural” do constitucionalismo, cf. Häberle, 1998; Häberle, 2013.

¹² “A existência de uma nação é [...] um plebiscito diário, assim como a existência de um indivíduo é uma reafirmação perpétua da vida.” (Renan *in* Eley; Grigor, 1996, p. 41-55)

porém, também pode ser visto como a promessa transformativa diariamente repetida de construir a comunidade política “que queremos nos tornar”.

Essas tendências ao mesmo tempo afirmativas e transformativas definem o tipo de qualquer Constituição democrática moderna – razão pela qual este artigo não defende um excepcionalismo transformativo do Sul Global – e podem ser descritas como um *paradoxo constitucional* (profundamente enraizado na história constitucional e espelhado pela teoria constitucional comparada) (Häberle, 2016, p. 18 et seq.) As Constituições são instrumentos de estabilização, bem como de transição ou transformação. K. Hesse, um dos teóricos “clássicos” do Direito constitucional alemão, considerou a polaridade entre “fixação” e “flexibilidade” uma função constitucional essencial. Ela permite a abertura onde a mudança social requer ajuste. Garante continuidade e consistência onde a mudança inevitável tem de se assentar no fundamento sólido de um “ordenamento jurídico básico” (Hesse, 1995, p. 15)¹³. Em um famoso voto divergente, o juiz da Suprema Corte dos EUA O. W. Holmes assumiu uma posição ainda mais audaciosa, orientada pela flexibilidade, e enfatizou o *caráter experimental* de uma Constituição. De acordo com sua conceitualização, uma Constituição constitui um “instrumento vivo”: “Essa, em todo caso, é a teoria da nossa Constituição. Ela é um experimento, assim como toda a vida é um experimento” (EUA, 1919)¹⁴.

A dimensão transformativa do constitucionalismo se estende, portanto, muito além da transição de um “antes” para um “depois”¹⁵. O termo transição¹⁶ designa um período específico no tempo, um momento constitucional (B. Ackerman) (1991, p. 59; 1988, p. 1164) ou ação fundacional. Transformação, por outro lado, descreve um processo permanente de mudança. Uma Constituição transformativa prevê, como disse

¹³ Além disso, “As Constituições são, portanto, projetadas para serem longevas. Assim, elas constituem uma resposta institucional à demanda por estabilidade. Os dispositivos da Constituição não deveriam estar à disposição do governo ou da maioria parlamentar da ocasião” (Busch, 1999, p. 8).

¹⁴ Também se poderia lembrar o princípio de “tentativa e erro” de K. Popper.

¹⁵ Veja também Pavcnik, 2000, p. 553; Eser; Arnold, 2000; Hesse; Schuppert; Harms, 1999; com uma perspectiva cultural abrangente, Häberle, 1994, p. 133.

¹⁶ Veja, p. ex., Teitel, 2000.

o presidente do Supremo Tribunal da África do Sul Pius Langa, uma mudança *permanente* porque implica uma “maneira ideal permanente de olhar o mundo que cria um espaço em que o diálogo e a contestação são verdadeiramente possíveis” (Langa, 2006, p. 356). No conceito de Langa ressoam tanto a compreensão experimental de Constituição de Holmes acima citada quanto a doutrina da árvore viva da Suprema Corte canadense: “O raciocínio caracterizado por ‘conceitos congelados’ contraria um dos princípios mais fundamentais da interpretação constitucional canadense: que nossa Constituição é uma árvore viva que, mediante interpretação progressiva, abre espaço para as realidades da vida moderna e faz frente a elas” (Canadá, 2004). Além disso, o que ressoa nesta leitura da Constituição é seu poder emancipatório – um poder confiado a “nós, o povo” e, portanto, a todos os três ramos do governo que são legitimados – direta ou indiretamente – pelo povo. Nesse sentido, componentes transformativos podem ser identificados tanto no pensamento constitucional alemão quanto no europeu.

2. Componentes Transformativos no Pensamento Constitucional

Alemão

2.1. Tradições transformativas: Weimar

O desenvolvimento e a ascensão do constitucionalismo alemão – incluindo seus progressos e retrocessos desde o início do século XIX até 1848/49, a Constituição de 1871, Weimar, o trauma totalitário nacional-socialista até a Lei Fundamental de 1949 e sua crescente inserção nos contextos europeu e transnacional – apresentam um entrelaçamento de tradições e transformações (Hailbronner, 2015). Tradicionalmente, tem havido, p. ex., uma forte continuidade federal, bem como um foco inicial no “Rechtsstaat”, a variante alemã do Estado de Direito centrada no Estado, enquanto só a Constituição de Weimar de 1919 conseguiu superar a soberania monárquica e estabelecer a soberania popular. Esta dialética do que deve ser mantido e do que deve ser superado está inscrita na gramática do constitucionalismo – uma gramática que não

só “determina a estrutura e os limites de componentes-chave do discurso jurídico e político contemporâneo”, mas também constitui uma parte importante de nossa imaginação jurídica e política” (Bonilla Maldonado, 2013, p. 1). Esta gramática reflete, além disso, a função de uma Constituição não só de moldar a organização da política, mas também de projetar uma ideia (um ideal) de sociedade (Bogdandy et al., 2017, p. 7). Enfrentando a transformação nada incontestada do Estado monárquico em uma democracia constitucional liberal após 1918, os hoje clássicos teóricos constitucionais da época de Weimar tentaram, de suas formas muito próprias e diferentes, conceber uma Constituição ideal para uma sociedade em transformação.

A teoria jusconstitucional de Weimar deve seus impulsos talvez mais transformativos a H. Heller. Seguindo a famosa expressão de Goethe, ele sustentava que uma Constituição era uma “forma característica que se desenvolve ao viver” (“geprägte Form, die lebend sich entwickelt”) (Heller, 1934, p. 258). Reconhece no conteúdo institucional e procedimental da Constituição um processo de interação consciente e planejado (Heller, 1943, p. 228)¹⁷. Com a figura do “sozialer Rechtsstaat” (Estado de Direito Social), ele lança as bases do moderno Estado de Bem-Estar Social e atribui à Constituição uma tarefa muito decisiva de moldá-lo transformando um conceito de Estado de Direito estritamente liberal em um conceito de Estado de Direito “social” (Heller, 1930, p. 9, 10 e 26). Não menos transformativa – e conceitualizada em forte contraste com a compreensão positivista de H. Kelsen (1960) – é a teoria da integração (“Integrationslehre”) de R. Smend (Smend, 2010, p. 119)¹⁸. Smend entende as Constituições como processos de integração contínuos. Segundo ele, é a Constituição dinâmica que constitui o Estado, e não o contrário. Isto foi provocativo naquela época e continua sendo provocativo em grau maior ainda, porque Smend – sem, é claro, cunhar o termo – substituiu uma compreensão estática por uma compreensão transformativa da Constituição e abriu o caminho para abordagens não positivistas, mais contextuais do que textuais, da interpretação constitucional (Smend, 2010, p. 204 *et passim*). Nada,

¹⁷ Trad. para o inglês ap. Wetters, 2014, p. 202.

¹⁸ Reação crítica em Kelsen, 1930. Veja também Vorländer et al., 2002.

contudo, teria estado mais longe da intenção de Smend do que tornar sua abordagem absoluta, pois seu programa não era apenas a abertura da própria Constituição, mas também a abertura das abordagens teóricas e metodológicas à sua interpretação e conceitualização (Michael, 2022; 2014, p. 426).

O decisionismo estático de Carl Schmitt representa a antítese da teoria da integração dinamicamente transformativa de Smend (Schmitt, 1928, p. 1, 20 et passim)¹⁹. Baseando-se na dicotomia entre *pouvoir constituant* e *pouvoir constitué*, Schmitt acreditava que a própria essência de uma Constituição não poderia de modo algum se encontrar no Direito Constitucional positivo (Schmitt, 1928, p. 21), mas era abarcada por uma decisão geral única e irrestrita de um povo sobre a natureza e a forma da unidade política (p. 20). Consequentemente, as leis constitucionais tinham de ser estritamente distinguidas desta decisão original *in rebus politicis*. Esse decisionismo se baseia no duplo, embora deliberado, mal-entendido sobre a irrestrição e a unicidade. A criação normativa *ex nihilo* (a partir do nada) (Schmitt, 2009 [1934], p. 270), tal como o estado de natureza na teoria de Hobbes ou de Locke, continua sendo uma ficção, e mais: com seu pressuposto de irrestrição criadora, aproxima-se de um mito da criação²⁰. A elaboração e a construção de Constituições, entretanto, não se esgotam em uma decisão fundamental tomada de uma vez por todas, que, como tal, poderia, então, reivindicar validade imutável por todo o futuro. Pelo contrário, a Constituição tem de ganhar validade real e força normativa repetidamente, sendo vivida e confirmada, e às vezes também desafiada e contestada pelo povo (Hesse, 1995 [1999], § 42).

Foi justamente em suas principais controvérsias, que continuam a ter um impacto forte (embora às vezes oculto) até hoje, que a teoria constitucional de Weimar assentou os fundamentos para um tipo alemão específico de pensamento constitucional transformativo. Nasceu, assim, a ideia de que a Constituição visa a integração sempre inacabada em uma comunidade política que está, ela própria, em constante desenvolvimento. Para pensadores como Heller ou Smend, o meio de integração,

¹⁹ Veja ainda Pernice, 1995, p. 100 et seq.

²⁰ Veja Michael, 2013, § 289 et seq.

contudo, é a lei, que se torna, deste modo, um instrumento de e para a transformação. Portanto, sem dúvida há, o mais tardar desde Weimar, uma herança transformativa no pensamento constitucional alemão, embora o termo em si ainda não tivesse sido cunhado e a substância transformativa da integração ainda não tivesse sido o foco principal – para não mencionar as atuais narrativas de transformação onipresentes (se não inflacionárias) na política, na economia, na ecologia, etc., que ameaçam colidir com uma certa fadiga quanto à transformação de uma sociedade cada vez mais cética para com a mudança (Matzing, 2023, p. 9).

2.2. Transições e transformações: a Lei Fundamental

Quando a Alemanha, depois de 1945, teve de se transformar de uma ditadura totalitária de dimensões horrendas em uma democracia liberal, a herança transformativa no pensamento constitucional acima descrita deu origem a uma nova construção teórica inovadora sob a jovem Lei Fundamental. Perante a autoridade rapidamente crescente do recém-criado Tribunal Constitucional Federal e suas ambições transformativas, não só o papel dos tribunais constitucionais (Friesenhahn, 1976, p. 355; Brünneck, 1992)²¹ e do controle jurisdicional²² em geral se tornou objeto de intensa discussão, mas também a própria natureza da Constituição passou, mais uma vez, para o primeiro plano de debates científicos controversos²³. U. Scheuner, p. ex., entendia a Constituição como norma e tarefa (“Norm und Aufgabe”) (Scheuner, 1978, p. 172), R. Bäumlín falava de um projeto comportamental estabilizador carente de atualização constante (“stabilisierender, stetiger Aktualisierung bedürfender Verhaltensentwurf”) (Bäumlín, 1961, p. 17 et passim), ambos mediante combinação de

²¹ Hailbronner (2017, p. 542) faz referência ao fato de que, não obstante a orientação conservadora dos constituintes, o constitucionalismo alemão se tornou transformativo, ao longo do tempo, em aspectos importantes e destaca que “os primeiros ministros do Tribunal Constitucional da Alemanha, assim como a maior parte das novas elites alemãs, estavam cientes de que se deparavam com a significativa tarefa de transformar a Alemanha de uma ditadura totalitária em um Estado democrático ocidental, respeitoso dos indivíduos e seus direitos”.

²² Veja perspectivas norte-americanas críticas em Tushnet, 1999; Waldron, 2006, p. 1346.

²³ Veja Löwenstein, 1969, p. 140.

momentos fixos com transformativos. A abordagem baseada nas ciências culturais de P. Häberle, referindo-se expressamente a Heller e Smend, enfatiza os aspectos transformativos de modo ainda mais forte e fundamental. Do seu ponto de vista, formar uma comunidade política está relacionado a um *processo cultural contínuo*, e o mesmo acontece com a Constituição²⁴: “uma Constituição é mais do que um texto jurídico: uma Constituição é a expressão de um certo nível de desenvolvimento cultural, apresenta-se como a automanifestação cultural do povo, reflete sua herança cultural e constitui a própria base para suas esperanças futuras” (Häberle, 1998, p. 1123). Häberle descreve a Constituição como o resultado de transformações interligadas de modo complexo e dependentes da cultura (“desenvolvimento cultural”) e estabelece, pressupondo a disposição da sociedade e a capacidade de transformação do Direito, uma ponte do passado constitucional (“herança cultural”) para o futuro constitucional (“esperanças futuras”). Consequentemente, ele interpreta disposições constitucionais básicas – como os direitos fundamentais, a democracia ou o Estado de Direito, para além de seu conteúdo normativo – como objetivos educacionais constitucionais (“Erziehungsziele”) e valores que servem de orientação (“Orientierungswerte”) (Häberle, 1981) – transformação através da educação e orientação por valores.

No tocante ao papel mais ou menos transformativo dos tribunais constitucionais, a crítica de Häberle é que a teoria-padrão da interpretação constitucional estava demasiado fixada em uma “sociedade fechada” de intérpretes profissionais da Constituição, ou seja, os juízes (Häberle *in* Kotzur, 2018, p. 129). Seu principal argumento é o seguinte: não são apenas os juízes interpretam a Constituição, mas todas as pessoas que se preocupam com questões constitucionais e/ou levam seu caso aos tribunais. Isto abrange, nas palavras do próprio Häberle, “potencialmente todas as entidades estatais, todas as entidades públicas, todos os cidadãos e grupos” (p. 130). “Não existe”, continua ele, “um *numerus clausus* [número limitado] de intérpretes constitucionais! Tradicionalmente, a interpretação constitucional é, talvez mais na teoria do que na

²⁴ A compreensão da Constituição como “processo público” desenvolvida por Häberle (1978 [1998]) encontrou uma ampla recepção internacional; veja, p. ex., Luther, 2001, p. 105.

realidade, considerada um problema para uma “sociedade fechada” de amigos instruídos: profissionais ou operadores do Direito, advogados, juízes, teóricos do Direito. Esta perspectiva, no entanto, ignora muitos outros fatores – e atores! – que fazem de um processo um processo: as partes que propõem o processo, ONGs ou grupos de interesse que garantem que um caso irá – apesar dos elevados ônus financeiros e outros – chegar até um tribunal constitucional, grupos de pressão pública (incluindo a mídia) que iniciam debates públicos controversos e, com certeza, alguns outros. Como sustentam A. v. Bogdandy e L. D. Spieker, “O constitucionalismo transformativo é o produto conjunto de uma série diversificada de atores, incluindo tribunais, burocracias, ouvidores, procuradores públicos, acadêmicos, jornalistas, ONGs e, não menos importante, políticos comprometidos. Para esta comunidade, o constitucionalismo transformativo não é apenas Direito, mas também uma prática social.” (Bogdandy; Spieker, 2023, p. 68) Segundo estas abordagens, por mais paradoxal que possa parecer, a interpretação constitucional sempre (co-)constitui uma nova sociedade aberta e é, ela própria, constituída pela mesma sociedade aberta” (p. 68), e os critérios para o controle jurisdicional são, portanto, “tão abertos quanto uma sociedade é pluralista” (p. 130, 131)²⁵. Se, em todo caso, a Constituição tem uma dimensão transformativa, os processos transformativos não são deixados por conta dos tribunais nem tratados exclusivamente por eles, mas impulsionados por toda a “sociedade aberta” como sociedade em permanente transformação.

Passando da teoria constitucional para o texto da Constituição, logo encontraremos provas textuais de que a Lei Fundamental segue – até certo ponto – um caminho transformativo. Dado o horrendo passado nacional-socialista da Alemanha, as ambições transformativas da Constituição e seu *leitmotiv* implícito – “Nunca mais!” –, não constituem uma surpresa, como já foi dito. O preâmbulo já fala uma linguagem propositalmente transformativa e pode ser (literalmente) lido como uma promessa

²⁵ Veja ainda Sethi, 2021, p. 71: “Este artigo irá ilustrar a forma como uma concepção normativa do papel judicial teria caráter pluralista, com diferentes papéis individuais de importância variável que teriam de ser desempenhados sob mudança e evolução constante.”

transformativa (até mesmo como um imperativo de mudança) (Häberle, 1982, p. 211; Kotzur *in* Mitglieder Der Juristenfakultät, 2009, p. 511): “Inspirada pela determinação de promover a paz mundial”, a Alemanha quer transformar-se de um Estado-nação autoritário e fechado em um “parceiro em pé de igualdade” necessariamente aberto “em uma Europa unida” (Vogel, 1964; Di Fabio, 1998). A famosa cláusula da dignidade humana do art. 1, que não só abre, mas também orienta a parte operacional da Constituição, baseia-se em um certo grau de poder transformativo²⁶. Em todas as suas cláusulas, o art. 1 promete um afastamento fundamental daquilo que foi superado e visa responder adequadamente às ameaças sempre novas à dignidade humana. Se – para usar propositadamente um termo religioso – o credo da dignidade humana pretende fornecer respostas universais às experiências não menos universais de injustiça estrutural (Schwartländer, 1978), deve ser capaz de reagir apropriadamente a experiências sempre novas de injustiça e, a montante delas, a cenários de ameaça. Pode-se pensar aqui nas mais diversas formas de mudança social, especialmente quando são causadas por desdobramentos tecnológicos: p. ex., o desenvolvimento de tecnologias de comunicação (soberania de dados), Inteligência Artificial, diagnóstico pré-implementação, engenharia médica e genética e muitas mais. O art. 1 da Lei Fundamental pretende revisar retrospectivamente o passado e ser prospectivamente uma promessa para o futuro. Quer, em outras palavras, transformar um passado deficiente em um futuro melhor – e não apenas uma vez, mas continuamente.

Estreitamente relacionado com a noção de dignidade humana (e pelo menos tão transformativo) é o chamado princípio do Estado de Bem-Estar Social consagrado no art. 20 I da Lei Fundamental: “A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social.” Este último termo pretende corrigir uma compreensão da liberdade que ignore as desigualdades reais no uso da liberdade. Tais correções – cujos limites e fronteiras são altamente controversos – têm *per se* um impacto transformativo e visam, até certo ponto, transformações sociais (inspiradas na distribuição da justiça,

²⁶ Em perspectiva comparada, Bilchitz *in* Bonilla Maldonado, 2013, p. 44.

no apoio à subsistência, no combate à pobreza infantil e similares): o Estado de Bem-Estar Social pretende proporcionar benefícios sociais aos cidadãos necessitados (“sozialer Leistungsstaat”) (Häberle, 1972, p. 46 et seq.; Vosskuhle, 2001, p. 495). H. Schulze-Fielitz cunhou o termo programático e revelador “Sozial(rechts)politik”, que significa que as políticas sociais se guiam pela lei (em particular os direitos sociais) e, portanto, subjaz à suposição do potencial transformativo do Direito (social) (Schulze-Fielitz, 1988, p. 122, 452 s. et passim). Certamente, nos primórdios da Lei Fundamental, sob a influência duradoura de C. Schmitt e E. Forsthoff²⁷, o Estado de Direito/Estado constitucional e o Estado social eram fortemente contrapostos, e o compromisso com o Estado constitucional social era, às vezes, visto como uma mera declaração programática (juridicamente não vinculativa)²⁸.

Hoje em dia, também devido ao ativismo judicial do Tribunal Constitucional Federal, há consenso amplo de que o princípio do Estado de Bem-Estar Social contém um mandato normativo (“Gesetzgebungsauftrag”, “normativer Gestaltungsauftrag”) para o Legislativo e exige ação legislativa – transformativa²⁹. O Legislativo, é claro, tem uma margem ampla de discricionariedade³⁰, mas a Lei Fundamental fornece um marco orientador: embora as normas de competência relevantes para o Estado de Bem-Estar Social não obriguem o Legislativo a agir de uma determinada forma, elas implicam uma certa expectativa de ação legislativa (p. ex., art. 74 I n° 6, 7, 9, 10, 12, 13, 16, 19, 19 a, 20 e 24 em conjunção com art. 72 II ou art. 72 III n° 3 e 6 da Lei Fundamental). Embora direitos fundamentais sociais clássicos (como o direito ao trabalho, à habitação, à educação ou à seguridade social) não tenham sido incluídos na Lei Fundamental, podem-se encontrar certos direitos que também visam benefícios sociais, p. ex., nos art. 3 II, 6 IV 4³¹ ou 7 IV. Mais importante ainda, porém, é que, através do art. 1 I e do art. 2 II,

²⁷ Um texto muito ilustrativo é o de Heinig *in* Anderheiden, 2006, p. 157 ss; Lepsius *in* Gusy, 2003, p. 354, 378.

²⁸ Veja Degenhart, 1983, p. 537; Thurn, 2013.

²⁹ Veja, p. ex., BVerfGE 1, 97 (105); 50, 57 (108); 100, 271 (284); 103, 242 (259 s.); 110, 412 (445); Enders; Wiederin, 2005, p. 8, 53.

³⁰ BVerfGE 1, 97 (105); 8, 274 (329); 22, 180 (204); 27, 253; 100, 271 (284); Kingreen, 2005, p. 311.

³¹ BVerfGE 60, 68 (74).

o princípio do Estado de Bem-Estar Social pode estabelecer reivindicações à garantia do nível mínimo de subsistência e, nesse sentido, desenvolver seu potencial transformativo (Martínez Soria, 2005, p. 644). Quanto ao mandato normativo (“Gesetzgebungsauftrag”) e à forma como é formulado pela Constituição, a literatura oferece alguns critérios orientadores próprios. R. Alexy, p. ex., vê a margem de manobra ou orientação legislativa limitada por uma exigência de otimização baseada nos direitos humanos (“Optimierungsgebot”) que deve ser levada em conta e cumprida pelo legislador. De acordo com Alexy, otimização significa “que algo seja realizado na maior medida possível em relação às possibilidades legais e do mundo real” (Alexy, 1994, p. 75; 1987, p. 407). Particularmente relevantes para a otimização são o Direito Social em geral e o Direito Trabalhista, a legislação sobre férias, sobre a saúde ou o Direito Previdenciário³². Tudo isto é acompanhado, como afirma M. Hailbronner, “por uma concepção substantiva razoavelmente forte de igualdade no constitucionalismo alemão” (Hailbronner, 2017, p. 544).

2.3. Impacto transformativo do Judiciário: o Tribunal Constitucional Federal

Também se deve observar que, repetidas vezes e não exclusivamente no contexto do Estado de Bem-Estar Social, novos desafios sociais causaram um certo grau de ativismo transformador por parte do Tribunal Constitucional Federal (Collings, 2015; Hailbronner; Martini *in* Jakab et al., 2016, p. 356)³³. Sob a impressão dos *lockdowns* durante a pandemia de Covid-19, p. ex., o mesmo Tribunal desenvolveu um direito à educação escolar³⁴. Em termos de dogmática, os juízes esboçam este direito fundamental não escrito a partir de uma sinopse do art. 2 I (liberdade de ação, direitos de privacidade) em conjunção com o art. 6 I (direito dos pais à educação) da Constituição (Michael, 2022, p. 247; Muckel, 2022, p. 174; Birnbaum, 2021). Outro exemplo recente é

³² Veja, p. ex., BVerfGE 85, 360 (372).

³³ Veja ainda Ebsen, 1985; Häberle, 2014.

³⁴ BVerfG, decisão de 19 nov. 2021 – 1 BvR 971/21, § 46.

a mudança climática (ver também o art. 20a da Lei Fundamental) (Vasudev, 2022). Em sua decisão climática histórica de 2021³⁵, o Tribunal Constitucional Federal (Diretriz 2. b) exige um padrão especial de cuidado onde houver incerteza científica e danos irreversíveis forem iminentes: “Se houver incerteza científica quanto às relações causais de relevância ambiental, um dever especial de cuidado imposto ao legislador pelo art. 20a da Lei Fundamental – também em benefício das gerações futuras – implica uma obrigação de levar em conta indicações suficientemente confiáveis que apontem para a possibilidade de danos graves ou irreversíveis” (Alemanha, 2021). Na Diretriz 4, o Tribunal de Karlsruhe acentua a distribuição intergeracional equitativa de oportunidades de liberdade: “Sob certas condições, a Lei Fundamental impõe a obrigação de salvaguardar a liberdade fundamental ao longo do tempo e de distribuir as oportunidades associadas à liberdade proporcionalmente entre gerações. Em sua dimensão subjetiva, os direitos fundamentais – como garantias intertemporais de liberdade – proporcionam proteção contra que os ônus da redução de gases de efeito estufa impostos pelo art. 20a da Lei Fundamental sejam unilateralmente transferidos para o futuro. Além disso, em sua dimensão objetiva, o mandato de proteção previsto no art. 20a da Constituição abrange a necessidade de tratar as bases naturais da vida com um cuidado tal e deixá-las em condição tal que as gerações futuras que desejem continuar a preservar essas bases não sejam forçadas a praticar uma abstinência radical” (Alemanha, 2021).

Sem entrar em detalhes, alguns outros desdobramentos transformativos da teoria jurídica promovidos pelo Tribunal Constitucional Federal serão mencionados brevemente. Em um de seus primeiros e mais influentes julgados históricos, essa Corte considerou que os direitos fundamentais da Constituição formavam um “sistema de valores objetivo” (“objektive Wertordnung”)³⁶ e, ao fazê-lo, transformou a Lei Fundamental de “uma carta de direitos individuais e disposições organizacionais em algo muito maior” (Hailbronner, 2017, p. 543). Embora os direitos fundamentais não se

³⁵ BVerfGE 157, 30.

³⁶ BVerfGE 7, 198 (206); Rensmann, 2007.

apliquem diretamente entre sujeitos privados, influenciam também a interpretação do Direito Privado e podem desenvolver um efeito horizontal indireto. O Tribunal deixou bastante claro que cabia aos tribunais interpretar e aplicar todas as leis ordinárias (Direito Civil, Direito Penal, Direito Administrativo) à luz da Constituição e, em particular, de seus direitos fundamentais. Neste sentido, o Direito Constitucional tem um impacto algo transformativo sobre a legislação ordinária (p. 205 et seq.). A ideia de um dever ainda mais abrangente de proteção dos direitos fundamentais já está contida no texto do art. 1 I da Lei Fundamental: “A dignidade humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder estatal.” Com base nisto, o Tribunal Constitucional Federal moldou caso a caso sua teoria do dever de proteger (Klein, 1989, p. 1633; Jaeckel, 2001; Szczekalla, 2002; Stern, 2010, p. 241) e não deixou dúvidas de que, muito além do tradicional *status negativus*, o Estado não pode permanecer indiferente e passivo quando atores não estatais violam a dignidade humana ou outros direitos fundamentais³⁷. Levando em conta todos estes desdobramentos, logo se torna claro qual é o poder implicitamente transformativo que o Tribunal Constitucional Federal atribui aos direitos fundamentais em particular, e onde é chamado a ativar esse potencial, especialmente à luz de novos tipos de ameaças. Além disso, torna-se claro que um importante pré-requisito do constitucionalismo transformativo, tal como o delineia M. Hailbronner, é cumprido: “um papel ativo para o Estado como catalisador de mudanças sociais fundamentais” e o uso da Constituição como “uma ferramenta para fazer cumprir esta ideia ativista de estatalidade” (Hailbronner, 2017, p. 540)³⁸.

3. A Integração Europeia como Variante da Constitucionalização Transformativa

³⁷ Cf. de modo geral CREMER, 2003.

³⁸ Para sustentar seu argumento, a autora também remete a BVerfGE 5, 85, para 516: O “ordenamento democrático livre da Lei Fundamental [...] pressupõe que [as condições existentes do Estado e da sociedade] podem e precisam ser melhoradas.” A Corte professa, na sequência, uma confissão transformativa: “Isso representa uma tarefa incessante que se apresentará de formas sempre novas e com aspectos sempre novos.”

A União Europeia teve de se transformar de uma integração econômica inicial, seguindo uma lógica de integração puramente funcionalista, em uma comunidade política não estatal de uma espécie própria, cujos tratados fundadores apresentam uma certa qualidade constitucional (Pernice, 2000, p. 205; Pernice, 2020; Bieber *in* Wildenmann, 1991, p. 393). Assim, o projeto de integração europeia como tal pode – desde seu início e ainda mais após sua ampliação para incluir os antigos Estados comunistas da Europa Central e Oriental³⁹ – ser descrito como “transformação por meio do Direito”⁴⁰. Embora a suposição de que a integração política possa ser alcançada com sucesso através do Direito (Weatherill, 1995) seja tudo menos pacífica e talvez tenha chegado a hora de reconfigurar a relação bem-estabelecida entre Direito e política na teoria da integração (Everson; Joerges, 2012, p. 644), estes ajustes conceituais não alteram, por si sós, a crença fundamental no potencial transformativo do Direito – um potencial que se baseia, ele próprio, na ideia reguladora de progresso social contínuo (Schorkopf, 2022, p. 39). Se, não obstante as múltiplas crises, bem como os choques externos e internos, a União Europeia pode se basear em uma grandiosa narrativa transformativa, esta é a “história da integração por meios jurídicos”. O primeiro presidente da Comissão, W. Hallstein, já tinha sido um de seus enfáticos defensores. Sua famosa noção de que “A Comunidade Europeia é um fenômeno jurídico notável. Ela é uma criação do Direito; é fonte de Direito; e é um sistema jurídico” (Hallstein, 1972, p. 30) é uma das afirmações mais citadas na literatura jurídica da UE. O Direito é elemento atrativo não apenas como instrumento de integração supostamente “neutro” (Augenstein; Dawson *in* Augenstein, 2016, p. 1) – uma ilusão, é claro, pois não há integração sem contestação política (Wiener, 2014) –, mas também como meio de mudança e transformação jurídica (portanto, não revolucionária). Esta noção funcionou bem para as teorias funcionalistas nos primórdios da antiga Comunidade Econômica

³⁹ Esses próprios Estados tiveram de passar por transformações fundamentais; veja Häberle, 1994, p. 133.

⁴⁰ Cf., em primeiro lugar, Weiler, 2001, p. 2403; a partir de uma perspectiva alemã, Patel; Röhl, 2022; veja também Bogdandy et al., 2017, p. 9.

Europeia⁴¹ e ainda funciona bem para visões muito mais progressistas de organização política que transformem as sociedades europeias e a União, que se baseia nestas sociedades, em entidades muito mais democráticas, orientadas pela igualdade, inclusivas e diversificadas (Schorkopf, 2022, p. 39).

Se “transformação mediante o Direito” significa, em particular, mudança estrutural através da atividade jurisdicional (Häberle, 1982, p. 211; Kotzur *in* Mitglieder Der Juristenfakultät, 2009, p. 511), o Tribunal de Justiça Europeu poderia – aludindo à conhecida metáfora do “motor de integração” – ser visto como um “motor de transformação”⁴² autoconfiante. O desenvolvimento da União, passando da integração funcional (Mitantý *in* Groom; Taylor, 1975)⁴³ para a integração constitucional (Häberle; Kotzur, 2016, § 326), assemelha-se a um processo emancipatório cuja força motriz foi, em grande parte, o Tribunal do Luxemburgo. Um passo transformador decisivo foi a decisão histórica no processo de Van Gend en Loos: “A conclusão a extrair disso é que a Comunidade constitui uma nova ordem jurídica de Direito Internacional em cujo benefício os Estados limitaram seus direitos soberanos, ainda que em âmbitos limitados, e cujos sujeitos abrangem não só os Estados-Membros, mas também seus cidadãos. Independentemente da legislação dos Estados-Membros, o Direito comunitário não só impõe obrigações aos indivíduos, mas também visa conferir-lhes direitos que passem a fazer parte de seu patrimônio jurídico.”⁴⁴ *In re Costa/E.N.E.L.*, o Tribunal de Justiça prossegue de modo consistente nesta senda, afirmando que o Tratado da Comunidade Econômica Europeia, diferentemente dos tratados internacionais ordinários, criou uma ordem jurídica própria (“*sui generis*”)⁴⁵.

Esta qualificação nunca foi um fim *jusdogmático* em si, mas simplesmente um imperativo funcional. O objetivo era garantir a primazia do Direito da União Europeia e

⁴¹ Veja também Azoulai, 2016, p. 450.

⁴² Veja Stone Sweet, 2004; Dawson, et al., 2013.

⁴³ Referências adicionais em Bieber; Epiney; Haag; Kotzur § 1, 43 et seq.

⁴⁴ ECLI:EU:C:1963:1 (25) - van Gend & Loos; Mayer *in* Maduro; Azoulai, 2010, p. 9.

⁴⁵ ECLI:EU:C:1964:66.

permitir sua aplicabilidade direta⁴⁶. O TJCE, perseguindo um duplo objetivo transformativo, não só quis afirmar a autonomia do ordenamento jurídico da União face aos Estados-Membros, mas também incrementar seu perfil face ao ordenamento jurídico internacional, tal como estabelecido pelo Direito Internacional. O perfil de integração da União Europeia não é um processo estático de “estar integrado”, e sim um processo dinâmico de “tornar-se integrado” e, portanto, de natureza transformativa⁴⁷. Essa dinâmica de integração descreve um processo dialético. O euroceticismo recente mostra quão facilmente o tornar-se em uma “União Europeia cada vez mais próxima” pode ficar negativo e levar à “estranheza”, ao “desentrelaçamento” ou mesmo à “separação”. As transformações – e é muito importante observar isto – podem funcionar em ambas as direções e resultar em progresso ou em retrocesso. Por isso, merece especial atenção o fato de proeminentes juristas da UE, ao se deparar com a recente crise do Estado de Direito – se não a crise da democracia – na Polônia e na Hungria, sugerem “conceber o acionamento do art. 2 do Tratado da União Europeia pelo Tribunal em termos de constitucionalismo transformativo. Tal formulação proporciona uma atitude construtiva para com transformações da sociedade impulsionadas judicialmente. Neste contexto, o Tribunal pode apoiar mudanças e transições democráticas em Estados-Membros que sofram de deficiências sistêmicas” (Bogdandy; Spieker, 2023, p. 91).

4. Os Tribunais Europeus de Direitos Humanos: moldando uma Constituição Europeia transformativa dos direitos humanos

Para completar a perspectiva europeia, basta uma breve alusão ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Compreender sua autoimagem e o potencial transformativo de sua jurisprudência exigiria um estudo à parte. Contudo, o mandato

⁴⁶ Esta é a posição expressa em *Costa/E.N.E.L.*: EuGH Rs. 6/24, Slg. 1964, 1253, ECLI:EU:C:1964:66; Kruis, 2013; Schilling, 1994.

⁴⁷ Veja também Walker, 2002, p. 317 ss.

transformativo do Tribunal e o impacto transformativo de sua jurisprudência nos ordenamentos jurídicos nacionais são incontestáveis. O Tribunal “profere decisões que tratam de questões jurídicas, políticas e sociais cruciais dos dias atuais e influencia regularmente ordenamentos jurídicos internos dos Estados-Membros do Conselho da Europa [...]”, fazendo com que estes últimos “emendem a legislação, mudem a jurisprudência nacional, alterem suas políticas públicas e até revisem as características fundamentais de seus sistemas constitucionais e políticos” (Kosar; Petrov, 2017, p. 587; Frowein, 2007, p. 73). O modo dinâmico e evolutivo de interpretação da Convenção pelo Tribunal aumentou ainda mais sua ambição transformativa. No processo *Tyrer v Reino Unido*, p. ex., os juízes lembraram que “a Convenção é um instrumento vivo que, como a Comissão salientou corretamente, deve ser interpretado à luz das condições atuais”⁴⁸. Quanto mais ações judiciais chegam à Corte em Estrasburgo – o que é possibilitado pelo Protocolo Adicional 11 (1998) (Meyer-Ladewig; Petzhold, 1999, p. 1165; Wildhaber, 2002, p. 569) e, além disso, fomentado também pelo litígio estratégico (Graser; Helmrich, 2019) –, tanto mais oportunidades o Tribunal encontra para estimular processos de transformação. Alguns exemplos significativos são os direitos de pessoas LGBT (Helfer; Voeten, 2014), os padrões de direitos humanos da legislação sobre migração e refugiados, ou os direitos de privacidade (ver art. 8 da Convenção). Isto, entretanto, nem sempre é bem recebido pelos Estados signatários, e os limites das ambições transformativas nos litígios internacionais em matéria de direitos humanos rapidamente se tornam óbvios.

“Enxurradas de novos processos”, por um lado, e uma “resistência crescente à jurisprudência de Estrasburgo”, por outro, colocaram o Tribunal, por assim dizer, entre “a espada e a parede” (Kosar; Petrov, 2017, p. 587). Ainda há vozes fortes que exigem uma implementação coerente e “proativa da jurisprudência de Estrasburgo e mudanças mais profundas” nos ordenamentos jurídicos nacionais, mas, ao mesmo tempo, o impacto crescente do Tribunal de Estrasburgo nos ordenamentos jurídicos nacionais –

⁴⁸ *Tyrer v the United Kingdom* 5856/72 (ECtHR, 25 abr. 1978) § 31.

quanto mais processos, mais transformação – leva a críticas internas, muitas vezes duras e por vezes até populistas, ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (p. 587). Entre as democracias ocidentais tradicionais, o Reino Unido está entre os críticos mais explícitos que contestam a legitimidade de todo o sistema. Ainda que, na Europa, o Estado de Direito seja especialmente entendido como “império dos direitos humanos” (Limbach, 2000, p. 417), um ativismo judicial em matéria de direitos humanos levanta múltiplas preocupações entre as partes da Convenção. Muitas vezes estas preocupações são formuladas como reivindicações de soberania.

5. Conclusões: Mais que um rótulo, menos do que uma fórmula constitucional mundial

Reduzir o constitucionalismo transformativo a um rótulo cunhado para um certo tipo de pensamento constitucional do Sul Global, em particular o sul-africano, seria tão falho quanto absolutizá-lo sob forma de uma grandiosa e onabrangente teoria constitucional. O rótulo deixaria de reconhecer os traços transformativos que também se encontram nos textos constitucionais e no pensamento constitucional do Norte Global; a absolutização incentivaria uma unilateralidade propensa à ideologia e desconsideraria a complexidade tanto da construção constitucional quanto de sua interpretação. Dado que os próprios textos constitucionais são tão diversificados quanto as abordagens de sua formulação conceitual e interpretação baseada em métodos⁴⁹, o constitucionalismo transformativo deve ser visto apenas como uma ótica específica pela qual a Constituição pode ser considerada um modelo fundamental para a “boa ordem” de uma comunidade política (exigindo um “esforço constante de autoaperfeiçoamento”)⁵⁰. No contexto alemão e europeu, a noção de como uma boa ordem pode ser formada política ou juridicamente mudou de maneira fundamental ao longo do tempo, em especial no tocante à função dos direitos humanos. Enquanto no

⁴⁹ HÄBERLE, 1998 (*Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*), p. 342 (“compreensão mista de Constituição”).

⁵⁰ HAILBRONNER, 2017, p. 533.

constitucionalismo alemão ou europeu anterior não se atribuiu aos direitos humanos um mandato político para mudar e moldar a comunidade política, mais recentemente pode-se observar uma politização dos direitos humanos. A legislação em matéria de direitos humanos está se tornando uma arena onde se travam disputas políticas: dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo ao direito a asilo, do direito à saúde ao combate às alterações climáticas através dos direitos humanos, ou da justiça redistributiva à aplicação de diversos direitos referentes à diversidade. Paralelamente, está ocorrendo uma passagem de uma moralização da política inspirada nos direitos humanos (nós deveríamos fazê-lo) para uma juridificação da política (nós temos de fazê-lo) ou, dito de forma ligeiramente distinta, de uma linguagem focada em direitos humanos para a legislação dos direitos humanos⁵¹.

Estas mudanças e disputas se refletem em apelos contraditórios a um ativismo judicial mais progressista, por um lado, e a uma contenção judicial mais cautelosa, por outro. Com efeito, toda posição ativista que veja as normas (sobre direitos humanos) como “instrumentos vivos” e os tribunais como “motores de transformação”⁵² tem de enfrentar questionamentos críticos bem fundamentados. Com que base se pode identificar a necessidade de mudança estrutural em uma determinada sociedade? Que necessidades de mudança podem ser identificadas *in concreto* e por quem? Por que razão deveriam os tribunais, em particular os tribunais superiores ou supremos, assessorados por especialistas, estar em melhor posição para tomar tais decisões estruturais do que as maiorias políticas eleitas nos parlamentos, isso para não falar de decisões igualmente legítimas? (Schorkopf, p. 40, 2022) Definir este debate de modo dicotômico como “soberania popular” *versus* “governo contramajoritário” sugeriria, contudo, alternativas mutuamente excludentes em vez de explorar margens de apreciação mútuas⁵³. Os tribunais constitucionais nacionais, bem como o TJUE ou o TEDH, tentaram muitas vezes aplicar, caso a caso, um equilíbrio pragmático para

⁵¹ BAST, J. Understanding the Role of Human Rights in Migration Law and Policy: A European Perspective (palestra feita na “Migration Conference”, Hamburgo, 23 ago. 2023).

⁵² NUSSBERGER, A. *Menschenrechte*. 2021, p. 75.

⁵³ Fazendo alusão à famosa doutrina do TEDH, veja, p. ex., Gorzoni, 2019.

determinar em que circunstâncias um maior ativismo poderia ser legítimo ou uma maior contenção seria aconselhável. Retomando esta observação, a literatura sobre autoridade epistêmica sugere uma abordagem mais baseada em princípios, sustentando que só quando o *status* normativo é incerto e dois requisitos adicionais são atendidos um tribunal pode ser ativista: (1) O tribunal tem de ser pelo menos tão confiável quanto o legislador no âmbito em questão e (2) os juízes têm de “conseguir demonstrar um acordo substancial no procedimento judicial” (Laux, 2022, p. 383, 384).

Além disso, se os juízes revelarem seus vieses (culturais), isso reforça a legitimidade dos tribunais ativistas. Todos os modos de controle jurisdicional dependem, como, sabidamente, salientaram Hans-Georg Gadamer e Josef Esser, da “Vorverständnis” [compreensão prévia] de um juiz e, portanto, nunca podem ser completamente “libertados” de múltiplos momentos subjetivos, tais como origens sociais ou preferências individuais, e dos subtextos do poder político e dos interesses políticos⁵⁴. O controle jurisdicional é uma “obra em contexto”⁵⁵, assim como o Direito é sempre um “Direito em contexto” (Twining, 1997; Twining, 2009; Nelken, 2009)⁵⁶, o que significa que o Direito ganha seu poder a partir de entendimentos sociais básicos compartilhados, de práticas sociais e do ambiente cultural (Häberle, 1998)⁵⁷ em que está inserido. Assim, mesmo os tribunais que ignoram o contexto agem de forma tanto subconsciente quanto subtextual, respondendo ou correspondendo a contextos, ao passo que os tribunais conscientes do contexto querem deliberadamente revelar sua dependência do contexto (ou contextualidade) e ser responsivos a esses contextos, em particular estruturas e processos democráticos. Neste sentido, os tribunais têm uma capacidade – ao menos limitada – de combater tendências autoritárias, enfrentar

⁵⁴ Ambos já são clássicos na hermenêutica alemã e no pensamento jurídico e constitucional: Gadamer, 1960; Esser, 1972; veja também Jolls; Sunstein; Thaler, 1998, p. 1471.

⁵⁵ Ou, nas palavras de Rosalind Dixon: “A maneira como os tribunais abordam o processo de construção constitucional dependerá do contexto jurídico e político para o controle jurisdicional” (Dixon, cap. 4).

⁵⁶ A partir de uma perspectiva alemã: Häberle, 1979, p. 44; Voskuhle; Wischmeyer, 2015, p. 401. Veja também Amsterdam; Bruner, 2000.

⁵⁷ Esse conceito é, em particular, discutido também no campo da legislação sobre direitos humanos; veja Lenzerini, 2014; veja também Baxi, 2012; Baxi, 2007.

democracias liberais (Zakaria, 1997, p. 22) e, talvez, contribuir para tornar as democracias mais resilientes⁵⁸. Nos dias atuais, este combate é, com certeza, um dos mais dignos “projetos constitucionais aspiracionais de mudança impulsionada pelo Estado” (Hailbronner, 2017, p. 536).

Referências

ACKERMAN, B. Transformative Appointments. **Harvard Law Review**, v. 101, p. 1164, 1988.

ACKERMAN, B. **We the People: Foundations**. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 59.

ALEMANHA. **Bundesverfassungsgericht**. Decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão: BVerfGE 1, 97 (105); 50, 57 (108); 100, 271 (284); 103, 242 (259 s.); 110, 412 (445).

ALEMANHA. **Bundesverfassungsgericht**. Decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão: BVerfGE 1, 97 (105); 8, 274 (329); 22, 180 (204); 27, 253; 100, 271 (284).

ALEMANHA. **Bundesverfassungsgericht**. Decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão: BVerfGE 60, 68 (74).

ALEMANHA. **Bundesverfassungsgericht**. Decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão: BVerfGE 85, 360 (372).

ALEMANHA. **Bundesverfassungsgericht**. Decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão: BVerfG, decisão de 19 nov. 2021 – 1 BvR 971/21, § 46.

ALEMANHA. **Bundesverfassungsgericht**. Decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão: BVerfGE 157, 30.

ALEMANHA. **Bundesverfassungsgericht**. Decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão: **Order of 24 March 2021**. Disponível em: www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2021/03/rs20210324_1bvr265618en.html. Último acesso em 30.08.2023.

⁵⁸ Sethi, 2021, p 125: “[...] os tribunais constitucionais não podem responder toda e qualquer pergunta. Eles também não podem ser a única resposta para o declínio da democracia. Podem, na melhor das hipóteses, atuar como quebra-molas.”

ALEMANHA. **Bundesverfassungsgericht**. Decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão: BVerfGE 7, 198 (206).

ALEMANHA. **Bundesverfassungsgericht**. Decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão: BVerfGE 5, 85, para 516.

ALEXY, R. Rechtssystem und praktische Vernunft. **Rechtstheorie**, v. 18, p. 407, 1987.

ALEXY, R. **Theorie der Grundrechte**. 2. ed. 1994, p. 75.

AMSTERDAM, A. G.; BRUNER, J. **Minding the Law**. Harvard: Harvard University Press, 2000.

AUGENSTEIN, D.; DAWSON, M. Introduction: What Law for What Polity? “Integration through Law” in the European Union Revisited. In: AUGENSTEIN, D. (ed.). **“Integration through Law” Revisited: The Making of the European Polity**. 2016, p. 1.

AZOULAI, L. “Integration through Law and Us”. **International Constitutional Law**, v. 14, p. 450, 2016.

BAST, J. **Understanding the Role of Human Rights in Migration Law and Policy: A European Perspective**. In: Palestra feita na Migration Conference, Hamburgo, 23 ago. 2023.

BÄUMLIN, R. **Recht, Staat und Geschichte**. 1961, p. 17 et passim.

BAXI, U. **Human Rights in a Posthuman World**. 2007.

BAXI, U. Preliminary Notes on Transformative Constitutionalism. In: VILHENA, O. et al. (ed.). **Transformative Constitutionalism: Comparing the APEX Courts of Brazil, India and South Africa**. 2013, p. 19, 24.

BAXI, U. **The Future of Human Rights**. Reino Unido: Oxford University Press, 2012.

BIEBER, R. et al. **Die Europäische Union: Europarecht und Politik**. 14. ed. § 1, 43 et seq.

BIEBER, R. Verfassungsentwicklung und Verfassungsgebung in der Europäischen Gemeinschaft. In: WILDENMANN, R. (ed.). **Staatswerdung Europas?** Baden-Baden. 1991, p. 393.

BILCHITZ, D. Constitutionalism, the Global South, and Economic Justice. In: BONILLA MALDONADO, D. (ed.). **Constitutionalism in the Global South: The Activist Courts of India, South Africa and Colombia**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

BIRNBAUM, Ch. (ed.). **Bildungsrecht in der Corona-Krise**. 2021.

BOGDANDY, A. et al. Introduction: *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism. *In*: BOGDANDY, A. et al. (ed.). **Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New *Ius Commune***. Oxford: Oxford University Press, 2017.

BOGDANDY, A. et al., **Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New *Ius Commune***. Oxford: Oxford University Press, 2017.

BOGDANDY, A. *Ius Constitutionale Commune* en America Latina: Observations on Transformative Constitutionalism. *In*: BOGDANDY, A. von. et al. (ed.). **Constitutionalization of International Law in Latin America**. AJIL Unbound, 2015. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

BOGDANDY, A. von. **Strukturwandel des öffentlichen Rechts**. Berlin: Suhrkamp Verlag, 2022, p. 119 et passim.

BOGDANDY, A. von. Überstaatlicher transformativer Konstitutionalismus: Bemerkenswertes vom Interamerikanischen System für Menschenrechte. **Der Staat**, v. 58, 2019

BOGDANDY, A. von; SPIEKER, L. Transformative Constitutionalism in Luxembourg: How the Court Can Support Democratic Transitions. **Columbia Journal of European Law**, v. 29, p. 68, 2023.

BONILLA MALDONADO, D. (ed.). **Constitutionalism in the Global South: The Activist Courts of India, South Africa and Colombia**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

BONILLA MALDONADO, D. Introduction: Toward Constitutionalism of the Global South. *In*: BONILLA MALDONADO, D. et al. (ed.). **Constitutionalism in the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 1.

BRÜNNECK, A. von. **Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien**. 1992.

BUSCH, A. **The Grundgesetz after 50 Years: Analyzing Changes in the German Constitution**. CES Germany & Europe Working Papers, No. 09.3. 1999.

CANADÁ. SUPREME COURT OF CANADA. **2004 SCC 79 – Reference re Same-Sex Marriage**. Disponível em: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/2196/index.do?q=2004+SCC+79+>. Acesso em: 12 de dezembro de 2024.

CARBONELL, M. (ed.). **Neconstitucionalismo(s)**. México: Editorial Trotta, 2003.

- COLLINGS, J. **Democracy's Guardians: A History of the German Federal Constitutional Court 1951-2001.** 2015.
- CREMER, W. **Freiheitsgrundrechte: Funktionen und Strukturen.** 2003.
- DAWSON, M. et al. (ed.). **Judicial Activism at the European Court of Justice.** 2013.
- DEGENHART, Ch. Rechtsstaat-Sozialstaat: Anmerkungen zum aktuellen Problemstand. *In: Festschrift für Scupin.* 1983, p. 537.
- DI FABIO, U. **Das Recht offener Staaten.** Tübingen: Mohr Siebeck, 1998.
- DIXON, R. **Democracy and Dysfunction: Towards a Responsive Theory of Judicial Review.** Texto inédito – cópia do arquivo com o autor, cap. 4.
- EBSEN, I. **Das Bundeiverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung.** 1985.
- ENDERS, Ch.; WIEDERIN, E. Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge. **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)**, v. 64, p. 8, 53, 2005.
- ESER, A.; ARNOLD, J. (ed.). **Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht: Vergleichende Einblicke in Transformationsprozesse.** 2000.
- ESSER, J. **Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung.** 1972.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. USA. **Abrams v. United States.** 250 U.S. 616, 1919.
- EVERSON, M.; JOERGES, Ch. Reconfiguring the Politics-Law Relationship in the Integration Project through Conflicts-Law Constitutionalism. **European Law Journal**, v. 18, p. 644, 2012.
- FRIESENHAHN, E. Die Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit im Gesamtgefüge der Verfassung. *In: HÄBERLE, P. (ed.). Verfassungsgerichtsbarkeit.* 1976, p. 355
- FROWEIN, J. Abr. The Transformation of Constitutional Law through the European Convention on Human Rights. *In: Dialogue between Judges.* 2007, p. 73.
- GADAMER, H. G. **Wahrheit und Methode.** 1960.
- GAURI, V.; BRINKS, D. (ed.). **Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World.** Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

GORZONI, P. **Der "margin of appreciation" beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte: Eine prinzipientheoretische Rekonstruktion.** 2019.

GRASER, A.; HELMRICH, Ch. (ed.). **Strategic Litigation: Begriff und Praxis.** 2019.

HÄBERLE, P. **Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat.** 1981.

HÄBERLE, P. **Kommentierte Verfassungsrechtsprechung.** 1979, p. 44.

HÄBERLE, P. Präambel im Text und Kontext von Verfassungen. *In: Festschrift für Broermann.* 1982, p. 211.

HÄBERLE, P. "The open society of constitutional interpreters" – A Contribution to a Pluralistic and "Procedural" Constitutional Interpretation. *In: KOTZUR, M. (ed.). Peter Häberle on Constitutional Theory.* 2018, p. 129, 130.

HÄBERLE, P. **Der kooperative Verfassungsstaat – aus Kultur und als Kultur:** Vorstudien zu einer universalen Verfassungslehre. Berlin: Duncker & Humblot, 2013.

HÄBERLE, P. Grundrechte im Leistungsstaat. **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)**, v. 30, 1972, p. 46 et seq.

HÄBERLE, P. **Perspektiven einer kulturwissenschaftlichen Transformationsforschung – Übergangs-, Transfer- und Rezeptionsprobleme auf dem Weg des (post-)kommunistischen Osteuropa zum gemeineuropäischen Verfassungsstaat.** *In: Festschrift E. G. Mahrenholz.* Berlin: Duncker & Humblot, 1994. p. 133-150.

HÄBERLE, P. Stichworte zum heutigen Konstitutionalismus – eine deutsche Sicht. *In: HÄBERLE, P. Vergleichende Verfassungstheorie und Verfassungspraxis: Letzte Schriften und Gespräche.* Berlin: Duncker & Humblot, 2016, p. 17-20.

HÄBERLE, P. **Verfassung als öffentlicher Prozess**, 1. ed. 1978, 3. ed. 1998

HÄBERLE, P. **Verfassung als öffentlicher Prozess.** 3. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.

HÄBERLE, P. **Verfassungsgerichtbarkeit – Verfassungsprozessrecht:** Ausgewählte Beiträge aus vier Jahrzehnten. 2014.

HÄBERLE, P. **Verfassungslehre als Kulturwissenschaft.** 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.

HÄBERLE, P. Verfassungsrechtliche Ewigkeitsklauseln als verfassungsstaatliche Identitätsgarantien. *In: Festschrift Haug.* 1986. p. 81.

- HÄBERLE, P.; KOTZUR, M. **Europäische Verfassungslehre**. 8. ed. 2016, § 326.
- HAILBRONNER, M. Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South. **The American Journal of Comparative Law**, v. 65, p. 527-566, 2017.
- HAILBRONNER, M. **Traditions and Transformations: The Rise of German Constitutionalism**. Reino Unido: Oxford University Press, 2015. cap. 1.
- HAILBRONNER, M.; MARTINI, S. The German Federal Constitutional Court. *In*: JAKAB, A. et al. (ed.). **Comparative Constitutional Reasoning**, 2016, p. 356
- HALLSTEIN, W. **Europe in the Making**. 1972, p. 30.
- HEINIG, H. M. Paternalismus und Sozialstaat: Nutzen und Grenzen des Paternalismusdenkens für eine Verfassungstheorie des Sozialstaates. *In*: ANDERHEIDEN, M. et al. (ed.). **Paternalismus und Recht**. 2006, p. 157 ss.
- HELPER, L.; VOETEN, E. International Courts as Agents of Legal Change: Evidence from LGBT Rights in Europe. **IO**, v. 68, 77 et seq., 2014.
- HELLER, H. **Rechtsstaat oder Diktatur?**. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1930, p. 9-10, 26.
- HELLER, H. **Staatslehre**. 1934, p. 258.
- HELLER, H. **Staatslehre**. 1943, p. 228.
- HESSE, J. J.; SCHUPPERT, G. F.; HARMS, K. (ed.). **Verfassungsrecht in Umbruchsituationen**. Baden-Baden: Nomos, 1999.
- HESSE, K. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 20. ed. Heidelberg: Müller, 1995 (reimpr. 2000), p. 15.
- HIRSCHL, R. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.
- JAECKEL, L. **Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht**. 2001
- JOLLS, Ch.; SUNSTEIN, C. R.; THALER, R. A Behavioural Approach to Law and Economics. **Stan. L. Rev.**, v. 50, p. 1471, 1997-1998.
- KELSEN, H. **Der Staat als Integration**. 1930.
- KELSEN, H. **Reine Rechtslehre**. 1. ed. 1934, 2. ed. 1960.
- KINGREEN, Th. **Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund**. 2002, p. 144.

KLARE, K. E. Legal Culture and Transformative Constitutionalism. **South African Journal on Human Rights**, v. 14, p. 146-172, 1998.

KLEIN, E. Grundrechtliche Schutzpflichten des Staates. **NJW**, p. 1633, 1989.

KOSAR, D.; PETROV, J. The Architecture of the Strasbourg System of Human Rights: The Crucial Role of the Domestic Level and the Constitutional Courts in Particular. **Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)**, v. 77, p. 587, 2017.

KOTZUR, M. Verfassung – Begriff und Bedeutung im Mehrebenensystem. *In*: KAHL, W.; LUDWIGS, M. (ed.). **Handbuch des Verwaltungsrechts**. V. III: Verwaltung und Verfassung. 2022, § 58, 6.

KOTZUR, M. Vorspruch und Versprechen: Der Europäische Integrationsprozess nach Lissabon im Lichte der Präambeltexte des EUV, des AEUV und der EU-Grundrechtecharta. *In*: MITGLIEDER DER JURISTENFAKULTÄT (ed.). **Festschrift der Juristenfakultät zum 600jährigen Bestehen der Universität Leipzig**, 2009, p. 511.

KRUIS, T. **Der Anwendungsvorrang des EU-Rechts in Theorie und Praxis**. 2013.

LANGA, P. Transformative Constitutionalism. **Stellenbosch Law Review**, v. 17, p. 356, 2006.

LAUX, J. **Public Epistemic Authority**. 2022, p. 383-384.

LENZERINI, F. **The Culturalization of Human Rights Law**. 2014

LEPSIUS, O. Die Wiederentdeckung Weimars durch die bundesdeutsche Staatsrechtslehre. *In*: GUSY, Ch. (ed.). **Weimars lange Schatten – Weimar als Argument nach 1945**. 2003, p. 354, 378.

LIMBACH, J. Die Kooperation der Gerichte in der künftigen europäischen Grundrechtsarchitektur – Ein Beitrag zur Neubestimmung des Verhältnisses von BVerfG, EuGH und EGMR. **EuGRZ**, p. 417, 2000.

LÖWENSTEIN, K. **Verfassungslehre**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1969, p. 140.

LUTHER, J. La Scienza häberliana delle costituzioni. *In*: **Analisi e diritto 2001**. 2001, p. 105.

MARTÍNEZ SORIA, J. Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums. **Jurisprudenz-Zeitschrift (JZ)**, p. 644, 2005.

MATZING, G. **Bitte wenden**. Süddeutsche Zeitung (SZ), 31 ago. 2023, p. 9.

MAYER, F. Van Gend en Loos: The Foundations of a Community of Law. *In*: MADURO, M.; AZOULAI, L. (ed.). **The Past and the Future of EU Law**. 2010, p. 9.

MEYER-LADEWIG, J.; PETZHOLD, H. Der neue ständige Europäische Gerichtshof für Menschenrechte. **NJW**, p. 1165, 1999.

MICHAEL, L. Bundesnotbremse II (Schulschließungen). **ZJS**, p. 247, 2022.

MICHAEL, L. Die verfassungswandelnde Gewalt. *In*: **Rechtswissenschaft**, 5/4. 2014, p. 426.

MICHAEL, L. *In*: **Bonner Kommentar**, Art. 146, nov. 2013, § 289 et seq.

MICHAEL, L. Integrationslehre. *In*: **Staatslexikon**. 8. ed. Online. Disponível em: <https://www.staatslexikon-online.de/Lexikon/Integrationslehre>

MITANTY, D. The Prospect of Integration: Federal or Functional. *In*: GROOM, A.; TAYLOR, P. (ed.). **Functionalism**, 1975

MUCKEL, S. Schulschließungen zur Pandemiebekämpfung verfassungsgemäß (Bundesnotbremse II). **JA**, p. 174, 2022.

NELKEN, D. **Beyond Law in Context: Developing a Sociological Understanding of Law**. 2009.

NUSSBERGER, A. **Menschenrechte**. 2021, p. 75.

PATEL, K. K.; RÖHL, H. Ch. **Transformation durch Recht**. 2022

PAVCNIK, M. **Bewahrung von Recht in gesellschaftlichen Umbrüchen**. Archiv für Rechtsund Sozialphilosophie (ARSP), v. 86, p. 553-575, 2000.

PERNICE, I. Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration. **Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)**, v. 120, 1995, p. 100 et seq.

PERNICE, I. Der Europäische Verfassungsverbund auf dem Wege der Konsolidierung. **JöR**, p. 205, 2000.

PERNICE, I. **Der Europäische Verfassungsverbund**. Baden-Baden, 2020.

POZZOLO, S. (ed.). **Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos**. Lima: Palestra Editores, 2011.

PRIETO SANCHÍS, L. **El constitucionalismo de los derechos**. Madrid: Trotta, 2013.

RENAN, E. What is a Nation? (Qu'est-ce qu'une nation?), Lecture at Sorbonne, 11th March 1882. *In*: ELEY, G.; GRIGOR SUNY, R. (ed.). **Becoming National: A Reader**. Reino Unido: Oxford University Press, 1996, p. 41-55.

RENSMANN, Th. **Wertordnung und Verfassung: Das Grundgesetz im Kontext grenzüberschreitender Konstitutionalisierung**. 2007.

RIXEN, S. **Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht**. 2005, p. 311.

ROUX, T. Transformative Constitutionalism and the Best Interpretation of the South African Constitution: Distinction without a Difference? **Stellenbosch Law Review**, v. 20, p. 258-285, 2009.

SCHEUNER, U. Staatstheorie und Staatsrecht: Gesammelte Schriften. Berlin: Duncker & Humblot, 1978. p. 172.

SCHILLING, Th. **Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen**. 1994.

SCHMITT, C. **Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität**. 9. ed. 2009, reimpr. da 2. ed. de 1934, p. 270.

SCHMITT, C. **Verfassungslehre**. 1928, p. 1, 20 et passim.

SCHORKOPF, F. Menschenrechte und Mehrheiten. **Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)**, v. 82, p. 19-46, 2022.

SCHULZE-FIELITZ, H. **Theorie und Praxis der parlamentarischen Gesetzgebung**. 1988, p. 122, 452 s. et passim.

SCHWARTLÄNDER, J. (ed.). **Menschenrechte: Aspekte ihrer Begründung und Verwirklichung**. 1978.

SETHI, A. Towards a Pluralistic Conception of Judicial Role. **UMKC Law Review**, v. 90, 2021.

SMEND, R. Verfassung und Verfassungsrecht (1928). *In*: SMEND, R. **Staatsrechtliche Abhandlungen**. 4. ed. 2010.

STERN, K. Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte: Eine juristische Entdeckung. **DÖV**, p. 241, 2010.

STONE SWEET, A. **The Judicial Construction of Europe**. 2004

SZCZEKALLA, P. **Die sog. grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht**. 2002.

- TEITEL, R. G. **Transitory Justice**. New York: Oxford University Press, 2000.
- THOMAS, G. **The (Un)Written Constitution**. Reino Unido: Oxford University Press, 2021.
- THURN, J. Ph. **Welcher Sozialstaat?** Ideologie und wissenschaftliche Debatten der bundesdeutschen Staatsrechtslehre 1949-1990. 2013.
- TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. ECHR. **Tyrer v the United Kingdom 5856/72**, 25 abr. 1978, § 31.
- TULLY, J. **Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity**. Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p. 42, 59, 70.
- TUSHNET, M. **Taking the Constitution Away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.
- TWINING, W. **Law in Context: Enlarging a Discipline**, 1997.
- TWINING, W. **General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective**. 2009.
- UNIÃO EUROPEIA. E.N.E.L. EuGH Rs. 6/24, Slg. 1964, 1253, **ECLI:EU:C:1964:66**.
- UNIÃO EUROPEIA. EUR-Lex. Case 26/62, Van Gend en Loos v Netherlands Inland Revenue Administration, **ECLI:EU:C:1963:1**.
- UNIÃO EUROPEIA. EUR-Lex. Case 6/64 Costa v ENEL. **ECLI:EU:C:1964:66**.
- VASUDEV, E. **Transformative Constitutionalism and Climate Litigation**. Disponível em: verfassungsblog.de/transformative-constitutionalism-and-climate-litigation/. Último acesso em 30.08.2023.
- VILHENA, O. et al. (ed.). **Transformative Constitutionalism: Comparing the APEX Courts of Brazil, India and South Africa**. 2013.
- VOGEL, K. **Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit**. 1964.
- VORLÄNDER, H. et al. (ed.). **Integration durch Verfassung**. 2002.
- VOSSKUHLE, A. Der „Dienstleistungsstaat“: Über Nutzen und Gefahren von Staatsbildern. **Der Staat**, v. 49, p. 495, 2001.
- VOSSKUHLE, A.; WISCHMEYER, Th. Der Jurist im Kontext: Peter Häberle zum 80. Geburtstag. **JÖR**, v. 63, p. 401, 2015.

WALDRON, J. The Core of the Case Against Judicial Review. **Yale Law Journal**, v. 115, p. 1346, 2006.

WALKER, N. The Idea of Constitutional Pluralism. **M. L. R.**, v. 65, p. 317 ss., 2002.

WEATHERILL, S. **Law and Integration in the European Union**. Oxford: Oxford University Press, 1995.

WEILER, J. H. H. Transformation of Europe. **Yale Law Journal**, v. 100, p. 2403, 2001.

WETTERS, K. **Demonic History: From Goethe to the Present**. Evanston, Illinois: Northwestern University Press, 2014, p. 202.

WIENER, A. **A Theory of Contestation**. Berlim: Springer, 2014.

WIENER, Antje. **A Theory of Contestation**. 2014.

WILDHABER, L. Eine verfassungsrechtliche Zukunft für den europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. **EuGRZ**, p. 569, 2002.

ZAKARIA, F. The Rise of Illiberal Democracy. **Foreign Affairs**, v. 76, n. 6, p. 22, 1997.

Sobre o autor:

Markus Kotzur | E-mail: markus.kotzur@jura.uni-hamburg.de

Professor Catedrático de Direito Público, Direito Europeu e Direito Internacional Público na Universidade de Hamburgo, Alemanha.

Sobre o tradutor:

Luís Marcos Sander | E-mail: luismsander@gmail.com

Tradutor na Sander & ASamy Ltda.

Taxonomia

Markus Kotzur	Conceitualização; Curadoria de Dados; Análise Formal; Aquisição de Financiamento; Investigação; Metodologia; Administração de Projeto; Programas; Recursos; Supervisão; Validação; Visualização; Escrita (rascunho original); e, Escrita (revisão e edição)
Luís Marcos Sander	Tradução do texto para português.

Artigo convidado.