

O Constitucionalismo Multinível de Ingolf Pernice: uma análise de pontos e contrapontos

The Multilevel Constitutionalism of Ingolf Pernice: an
analysis of points and counterpoints

Ricardo Galvão de Sousa Lins¹

Thiago Oliveira Moreira²

Yara Maria Pereira Gurgel³

Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Sumário: 1. Introdução. 2. O Constitucionalismo Multinível da União Europeia, segundo Ingolf Pernice. 2.1. Aspectos gerais. 2.2. O conceito de Constitucionalismo Multinível. 2.2.1. Os cinco elementos básicos do conceito de Constitucionalismo Multinível. 2.2.2. A revisão de interpretações tradicionais. 2.3. O Tratado de Lisboa: Constitucionalismo Multinível em ação 3. Críticas ao Constitucionalismo Multinível. 4. Conclusões.

Resumo: No atual cenário mundializado, ordenamentos e decisões nacionais se entrelaçam com normativas e decisões internacionais, circunstância que impõe o estudo da complexa relação entre os ordenamentos constitucionais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais. O presente trabalho analisa se o Constitucionalismo Multinível, de Ingolf Pernice, descreve de forma adequada o sistema de acoplamento entre o Direito europeu e o Direito nacional dos países membros da União Europeia. O método adotado foi o hipotético-dedutivo (Karl Popper). Diante da problemática descrita, o Constitucionalismo Multinível é adotado como teoria-tentativa. Em seguida, com substrato acadêmico em outros autores que se debruçaram sobre a temática, foram abordadas as principais críticas contrapostas à teoria do jurista alemão, com o objetivo de identificar as possíveis inconsistências teóricas (eliminação de erros), mas também sem deixar de analisar as próprias críticas levantadas, dando continuidade ao processo cíclico inerente à pesquisa científica (novos problemas). Como resultado, produziu-se um texto que objetiva oferecer ao leitor uma síntese fundamentada decorrente dos principais elementos da teoria analisada e dos contrapontos levantados por outros estudiosos do direito internacional, auxiliando-o no entendimento da forma de interação entre o Direito europeu e os Direitos nacionais dos países membros da União Europeia.

Palavras chave: Constitucionalismo Multinível. Ingolf Pernice. Críticas.

Abstract: In the current globalized scenario, national orders and decisions are intertwined with international norms and decisions, a circumstance that requires the study of the complex relationship between state, international, supranational

¹ Mestrando em Constituição e Garantia de Direitos pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Pós-graduado em Direito do Trabalho. Pós-graduado em Direito e Gestão do Judiciário. Servidor do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região.

² Professor Adjunto da UFRN (Graduação e Mestrado). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do País Basco (UPV/EHU). Mestre em Direito pela UFRN. Doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra. Pós-Doutorando em Direito pela Universidad Externado de Colombia. Chefe do Departamento de Direito Privado da UFRN. Membro do CERAM/RN. Membro do Conselho Nacional da Academia Brasileira de Direito Internacional (ABDI).

³ Pós-Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre e Doutora em Direito do Trabalho pela PUC/SP. Professora Associada III da UFRN.

and transnational constitutional orders. This paper analyzes whether Ingolf Pernice's Multilevel Constitutionalism adequately describes the coupling system between European law and national law of the member countries of the European Union. The method adopted was the hypothetical-deductive (Karl Popper). Faced with the described problem, Multilevel Constitutionalism is adopted as tentative theory. Then, with academic substratum in other authors who dealt with the theme, the main criticisms against the German jurist's theory were addressed, with the aim of identifying possible theoretical inconsistencies (elimination of errors), but also without failing to analyze the criticisms raised, continuing the cyclical process inherent to scientific research (new problems). As a result, a text was produced that aims to offer the reader a reasoned synthesis resulting from the main elements of the analyzed theory and the counterpoints raised by other scholars of international law, helping him to understand the form of interaction between European Law and Rights nationals of European Union member countries.

Keywords: Multilevel Constitutionalism. Ingolf Pernice. Criticism.

1 Introdução

No atual cenário mundializado, constata-se a existência de relações e fenômenos que extrapolam os limites territoriais nacionais e que cuja regulamentação demandam estruturas que vão além daquelas tradicionais aos conceitos clássicos da Teoria do Estado, em especial no que se refere ao conceito de soberania.

As demandas fáticas atuais, por vezes, escapam da regulamentação do Direito nacional e de suas estruturas de poder⁴. No que foi chamado por Jürgen Habermas de "Constelação Pós-nacional", o Estado é incapaz de lidar com certos fenômenos de interesse comum, como o crime internacional, o terrorismo, o comércio global, os mercados financeiros, as mudanças climáticas e a comunicação mundial⁵.

Ordenamentos e decisões nacionais se entrelaçam com normativas e decisões internacionais, circunstância que impõe o estudo da complexa relação entre os ordenamentos constitucionais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais. No entanto, essa abordagem não deve ser guiada pelas tradicionais teorias germânicas monista e dualista, fundadas em um viés hierárquico, que elege a precedência absoluta desta ou daquela norma, a depender da teoria adotada. As teorias hierárquicas ofuscam as complexas formas de interação entre direitos humanos e fundamentais, que por vezes impossibilitam a eleição prévia da norma prevalecente⁶. Em razão desta inadequação das referidas teorias para se

⁴ A esse respeito, Thiago Oliveira Moreira questiona a capacidade do Estado "de impor suas normas e exercer todas as suas competências, notadamente no que concerne ao monopólio legislativo, vez que a formação de comunidades de Estados com caráter supranacional fez com que o referido monopólio deixasse de existir ou fosse extremamente mitigado. Sem embargo, os efeitos da globalização acarretam em uma redefinição da ideia de ordem jurídica estatal e impactam diretamente na própria essência da Constituição" (OLIVEIRA MOREIRA, T. "A Possível Formação de um Direito Constitucional Comum na América LATina e os Direitos Humanos Sociais: uma análise a partir do pensamento de Peter Häberle", In: MOREIRA, Thiago Oliveira Moreira; OLIVEIRA, Diogo Pignataro de; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar (Org.). *Direito Internacional na Contemporaneidade: estudos em comemoração aos 17 anos da SOI*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018. p. 147).

⁵ PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism in the European Union", *Walter Hallstein-Institut* - Paper 5/02, 2001, p. 02.

⁶ BAÍA MAGALHÃES, B. *Pluralismo Constitucional Interamericano: A Leitura Plural da Constituição de 1988 e o Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana*

compreender a atual e complexa interação entre direito internacional e nacional, o monismo e o dualismo são chamados por Acosta Alvarado de “Los Muertos Vivientes”⁷.

A análise desta complexa interação entre ordenamentos constitucionais deve partir de uma perspectiva heterárquica e pluralista, que não se fundamenta na precedência absoluta de qualquer ordenamento, seja nacional ou internacional. A relação entre os dois ou mais sistemas jurídicos envolvidos em determinada controvérsia deve se desenvolver no contexto do pluralismo constitucional, verificando-se qual dos ordenamentos oferecem maior e melhor proteção ao indivíduo⁸.

Nessa perspectiva e observando as características peculiares do cenário da União Europeia - que pode ser descrita como uma genuína construção de governo multinível⁹ -, em especial a existência de um direito e de instituições supranacionais, o jurista alemão Ingolf Pernice desenvolveu o Constitucionalismo Multinível, teoria marcada pela centralidade na figura do cidadão europeu e pela pretensa inexistência de hierarquia entre os ordenamentos jurídicos acoplados.

No entanto, é preciso questionar: a citada teoria descreve de forma adequada o sistema de acoplamento entre o Direito europeu e o Direito nacional dos países membros da União Europeia?

A problemática apresentada se justifica porque alguns autores, como Neil Walker, Breno Baía Magalhães e Leonard Besselink, vêm apontando inconsistências no Constitucionalismo Multinível de Ingolf Pernice, especialmente no que diz respeito aos seguintes aspectos: analogia com elementos tipicamente estatais, suposto paradoxo do fracasso de referendo para a existência de uma Constituição europeia e aparente incompatibilidade entre o princípio da primazia do Direito Europeu e o pluralismo constitucional.

Desta forma, o presente trabalho tem como objetivo geral apresentar uma síntese fundamentada entre o Constitucionalismo Multinível de Pernice e as críticas contrapostas por outros estudiosos do direito internacional, apontando as ponderações contrárias que têm alguma razão de existir e aquelas que são infundadas.

De forma específica, pretende-se inicialmente descrever as premissas teóricas do modelo proposto, com a análise pormenorizada de textos de autoria de Ingolf Pernice publicados desde 1999 até os dias atuais. A análise será iniciada especialmente pelos textos responsáveis pela conceituação inicial do Constitucionalismo Multinível (1999 e 2001), passando em seguida para artigo publicado à época das discussões acerca da aprovação do Tratado de Lisboa (2009) e, ao final, fazendo-se apontamentos sobre as produções mais recentes do jurista alemão.

Em seguida, com base em produções acadêmicas de outros estudiosos do tema, o trabalho irá identificar eventuais inconsistências teóricas na teoria de Pernice. A pesquisa será realizada com base em diversos textos que abordam a interação entre ordenamentos jurídicos nacionais, internacionais e supranacionais,

de Derechos Humanos. 2015. 385 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciência Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. 2015. p. 18.

⁷ ACOSTA ALVARADO. PA. “Zombis VS. Frankenstein: Sobre las Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno”, *Estudios Constitucionales*, Año 14, nº 1, 2016, pp. 15-60.

⁸ ACOSTA ALVARADO. PA. *Más allá de la utopía: Del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional. La red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinível*, 2013, 368 f, Tese (Doutorado em Direito), Universidad Complutense de Madrid, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Programa de Doctorado, Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 2013. p. 5.

⁹ LÓPEZ AGUILAR, JF. “El Constitucionalismo Europeo y la Teoría Constitucional de la Integración Europea”. In: Miras, Antonio Pérez, et al. (Org). *Constitución e Integración Europea. Forma Política, Gobernanza Económica, Organización Territorial*. 1st ed., Dykinson, S.L., 2017. JSTOR, www.jstor.org/stable/j.ctt1p6qznd. Acesso em 14 jul. 2020. p. 50.

com ênfase nas produções acadêmicas que citam expressamente o Constitucionalismo Multinível de Pernice.

Por fim, analisar-se-á os fundamentos das críticas suscitadas em relação à teoria em estudo, apontando-se a concordância ou discordância do autor, e concluindo-se se realmente há ou não inconsistências teóricas no pensamento de Pernice e se a descrição elaborada pelo jurista alemão corresponde à realidade existente no cenário europeu¹⁰.

O método adotado será o hipotético-dedutivo (Karl Popper). Diante da problemática já descrita, o Constitucionalismo Multinível (ou Constituição Composta) é adotado como teoria-tentativa. Em seguida, com substrato acadêmico em outros autores que se debruçaram sobre a temática, serão abordadas as principais críticas contrapostas à teoria do jurista alemão, com o objetivo de identificação das possíveis inconsistências teóricas (eliminação de erros), mas também sem deixar de analisar as próprias críticas levantadas, dando continuidade ao processo cíclico inerente à pesquisa científica (novos problemas).

Como resultado, pretende-se produzir um texto que ofereça ao leitor uma síntese fundamentada decorrente dos principais elementos do Constitucionalismo Multinível e dos contrapontos levantados por outros estudiosos do direito internacional, auxiliando-o no entendimento da forma de interação entre o Direito europeu e os Direitos nacionais dos países membros da União Europeia.

2. O constitucionalismo multinível na União Europeia, segundo Ingolf Pernice

Neste tópico, será abordado o Constitucionalismo Multinível, segundo teorizado por Ingolf Pernice, especialmente nos seguintes textos: *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?* (1999), *Multilevel Constitutionalism in the European Union* (2002), *European v. National Constitutions* (2005), *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action* (2009) e *Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe* (2015).

Após uma descrição dos aspectos gerais da teoria, serão abordados os cinco elementos básicos do conceito proposto pelo jurista alemão: (a) o conceito pós-nacional de Constituição, (b) o processo constituinte europeu como processo conduzido pelos cidadãos; (c) a Constituição da União Europeia e as Constituições Nacionais; (d) as múltiplas identidades dos cidadãos da União Europeia; e (e) a União Europeia como a União de cidadãos europeus.

Em seguida, descrever-se-á aquilo que Pernice chama de "revisitação de interpretações tradicionais", relacionados aos seguintes questionamentos: (a) a União Europeia é uma organização internacional?; (b) Quem são os senhores dos Tratados?; (c) Competência sobre as competências?; e (d) Hierarquia de normas ou supremacia funcional do Direito europeu?

Por fim, será abordada a análise que Ingolf Pernice fez acerca do processo político pela aprovação do Tratado de Lisboa, que segundo o autor possui natureza de movimento constitucional, marcado pelo aumento da participação política dos cidadãos europeus nas tomadas de decisões e pela maior interação entre estruturas de governança nacionais e supranacionais.

¹⁰ Cumpre esclarecer que posteriormente Pernice defendeu uma dimensão global de constitucionalismo multinível, mas esse não será o objeto do presente estudo, que tem como escopo analisar a adequação da teoria do jurista alemão ao cenário da União Europeia. Para uma leitura da concepção global da teoria, vide: PERNICE, I. "La dimensión global del Constitucionalismo Multinivel: Una respuesta legal a los desafíos de la globalización". Documento de trabajo (Universidad CEU-San Pablo, Instituto de Estudios Europeos), *Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales*, nº 61, 2012. Disponível em: <https://repositorioinstitucional.ceu.es/handle/10637/6116>. Acesso em: 20 jul. 2020.

2.1 Aspectos gerais

A vida política na União Europeia é governada ao menos em dois níveis: a soberania está repartida entre as instituições nacionais e as instituições comuns, de caráter supranacional. No entanto, embora a realidade europeia implique na existência de uma governança e de um constitucionalismo multinível, Pernice não defende a existência de um "Superestado". Pelo contrário, em suas exatas palavras, o Constitucionalismo Multinível significa algo muito diferente¹¹.

Embora não se trate de uma superestrutura estatal, a União Europeia, assim como os Estados membros, está legitimada pelos cidadãos europeus, aos quais foi atribuída uma outra camada ou capa de cidadania, razão pela qual possuem múltiplas identidades - local, regional, nacional e europeia -, que são instrumentos no interesse do povo. Ou seja, as ações efetivadas em cada nível de identidade deve ser orientada pelo interesse dos cidadãos europeus. Nessa linha, o Constitucionalismo Multinível tem por objetivo descrever o processo em marcha de surgimento de novas estruturas de governo, que não excluem mas complementam aquelas já existentes a nível nacional.

Assim, como enfoque teórico, Pernice busca conceituar e explicar a União Europeia como "assunto e criação" dos cidadãos europeus, assim como os Estados-Membros também o são de seus respectivos cidadãos. Ou seja, em termos de legitimidade, as estruturas de poder nacionais e supranacionais se fundamentam na vontade dos cidadãos. Por consequência, segundo o jurista alemão, mesmo à época de seus primeiros escritos (década de 1990), já existia uma Constituição europeia, composta pelas constituições nacionais e pelos Tratados europeus¹², sendo desnecessária a elaboração de um documento único nominado propriamente como Constituição da Europa ou algo nesse sentido¹³.

O Constitucionalismo Multinível estaria baseado nas premissas do contrato social, teorizada por Rousseau, mas não necessariamente em um Estado unitário nem na noção de que a constituição esteja necessariamente limitada por um conceito rígido de Estado. Segundo Pernice, os Estados Federais são um clássico exemplo de que a sociedade pode ser organizada em mais de um nível de estrutura estatal¹⁴.

2.2. O conceito de Constitucionalismo Multinível

Neste tópico, serão abordadas as bases teóricas de Pernice, lançadas nos textos *Multilevel Constitutionalism and Treaty of Amsterdam: European*

¹¹ PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism in the European Union", *Walter Hallstein-Institut* - Paper 5/02, 2001, pp. 01-02.

¹² PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism in the European Union", *Walter Hallstein-Institut* - Paper 5/02, 2001, p. 02.

¹³ Neste ponto, Ingolf Pernice refere-se ao debate entre alemães e britânicos acerca da existência de uma Constituição Europeia, esclarecendo que, por causa da estrutura federal do país, os alemães entendem necessária a existência de um documento escrito no qual se detalhe toda a fundação, organização e limitação do poder público. Além disso, em razão de aspectos históricos, o povo alemão não confia que os governantes respeitem sempre e completamente a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, razão pela qual seria indispensável um catálogo escrito de direitos e garantias fundamentais que limite o poder público. Enquanto isso, o Reino Unido tem uma história mais constante e uma tradição de valores constitucionais, com base em uma Constituição fundada na supremacia do Parlamento, o que dispensa a existência de um documento escrito único, denominado de Constituição (PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism in the European Union", *Walter Hallstein-Institut* - Paper 5/02, 2001, p. 02).

¹⁴ PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?", *Common Market Law Review*, n. 36, 1999, p. 709 e MAYER, FC.; PERNICE, I; WERNICKE, S. "Renewing the European Social Contract: The Challenge of Institutional Reform and Enlargement in the Light of Multilevel Constitutionalism". *King's College Law Journal*, vol. 12, no. 1, 2001, p. 61-74.

Constitution-Making Revisited? (1999) e *Multilevel Constitutionalism in the European Union* (2001). Após a descrição dos cinco elementos básicos do Constitucionalismo Multinível, será abordada a revisitação de Pernice a questionamentos clássicos.

2.2.1. Os cinco elementos básicos do conceito de Constitucionalismo Multinível

A Constituição Europeia, que segundo Pernice já existe, é composta por um sistema legal único, composto por duas capas ou camadas constitucionais complementares - a europeia e a nacional -, que estão intimamente relacionadas e são interdependentes. Ou seja, uma não pode ser lida e entendida completamente sem que se considere a outra¹⁵.

O Constitucionalismo Multinível de Ingolf Pernice possui cinco elementos básicos: (a) o conceito pós-nacional de Constituição, (b) o processo constituinte europeu como processo conduzido pelos cidadãos; (c) a Constituição da União Europeia e as Constituições Nacionais; (d) as múltiplas identidades dos cidadãos da União Europeia; e (e) a União Europeia como a União de cidadãos europeus.

O conceito pós-nacional de Constituição decorre do processo de mundialização, no qual os Estados são cada vez mais incapazes de cumprir com os objetivos de garantia de paz, seguridade, bem estar, dentre outros. As demandas pós-nacionais requerem estruturas supranacionais e internacionais, que sirvam como instrumentos complementares àqueles já existentes a nível nacional. Assim, da mesma forma que os povos dos países membros legitimam as estruturas de poder nacionais, o fazem com as estruturas supranacionais da União Europeia, por meio dos Tratados europeus¹⁶.

No que se refere ao processo constituinte europeu como processo conduzido pelos cidadãos, Pernice afirma que, com fundamento nas cláusulas de integração, condições e procedimentos estabelecidos nas Constituições nacionais, os cidadãos europeus têm elaborado e adotado os Tratados europeus como a expressão da vontade comum, criando e desenvolvendo instituições supranacionais adicionais, conferindo-lhes competências a serem exercidas segundo os procedimentos estabelecidos nos Tratados. Não se questiona a cidadania nacional nem a própria soberania dos Estados membros, mas se defende a existência de uma nova camada constitucional, que tem como objetivo fazer frente aos desafios supranacionais de interesse comum. A legitimidade desta camada constitucional complementar, não se baseia nas estruturas estatais nacionais, mas sim diretamente nos cidadãos da União Europeia¹⁷.

Embora possuam legitimidade diretamente na vontade dos cidadãos (autonomia em sua origem), Pernice defende que são interdependentes a Constituição da União Europeia e as Constituições nacionais: o poder europeu não poderia funcionar sem as instituições e os ordenamentos nacionais e os poderes nacionais precisam apoiar-se nas instituições europeias se pretendem superar obstáculos com os quais não poderiam lidar isoladamente. Assim, além de as Constituições europeia e nacionais não poderem ser compreendidas e interpretadas de forma isolada uma da outra, a reforma dos Tratados europeus resulta em uma modificação implícita ou explícita das Constituições nacionais. Por outro lado, embora o Direito europeu deva prevalecer na ocorrência de eventual conflito¹⁸, as autoridades nacionais atuam como agentes europeus quanto ao Direito europeu: os governos nacionais têm poder decisivo no Conselho e os parlamentos nacionais

¹⁵ PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism in the European Union", *Walter Hallstein-Institut* - Paper 5/02, 2001, p. 04.

¹⁶ PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism in the European Union", *Walter Hallstein-Institut* - Paper 5/02, 2001, p. 04.

¹⁷ PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism in the European Union", *Walter Hallstein-Institut* - Paper 5/02, 2001, p. 05.

¹⁸ Essa afirmação de Pernice quanto à prevalência do Direito europeu face ao Direitos nacionais será tratada posteriormente neste artigo nos tópicos "A revisão de interpretações tradicionais" e "Críticas ao Constitucionalismo Multinível".

participam em muitos aspectos¹⁹. Segundo Pernice, as cláusulas de integração das Constituições nacionais fundamentam uma visão monística de um exercício da soberania popular de forma dividida em diferentes níveis de ação dentro de um sistema jurídico integrado²⁰.

Como resultado da integração europeia, como já adiantado, constata-se a existência de múltiplas identidades dos cidadãos da União Europeia, que possuem direitos e obrigações iguais, de acordo com as disposições dos Tratados e da legislação europeia, tais como liberdades de mercado e de não discriminação em qualquer Estado que residam. Os cidadãos adotam múltiplas identidades (local, regional, nacional e europeia) que estão fundamentadas no contrato social firmado entre as pessoas envolvidas em certos objetivos de caráter de maior ou menor amplitude geográfica (local, regional, nacional ou europeia). Nenhum destes sistemas atendem a todos os objetivos dos cidadãos, devendo ser entendidos em sua natureza complementar²¹.

Por fim, Pernice compreende a União Europeia como a União de cidadãos europeus, ou seja, a exemplo das instituições nacionais, a União Europeia extrai sua legitimidade dos cidadãos europeus. A União Europeia se apresenta como instrumento de ação política a nível supranacional: é parte do sistema político e constitucional para fazer frente aos desafios da mundialização, sempre "pelos cidadãos e em seu nome"²². O jurista alemão, embora negue a existência de um "superestado", afirma que a autoridade pública supranacional, instituída pelos Tratados europeus, faz parte de um estado federal²³.

2.2.2 A revisão de interpretações tradicionais

Com fundamentos nos elementos básicos acima analisados, Pernice apresenta novas respostas a tradicionais questões, quais sejam: (a) a União Europeia é uma organização internacional?; (b) Quem são os senhores dos Tratados?; (c) Competência sobre as competências?; e (d) Hierarquia de normas ou supremacia funcional do Direito europeu?

Em relação à primeira pergunta, sustenta-se que a União Europeia distingue-se das organizações internacionais porque em nenhuma organização internacional os cidadãos têm sua própria representação política e participam no procedimento de tomada de decisões. De igual maneira, nas organizações internacionais, não há previsão de uma ação legal direta contra os particulares por legislação ou decisão diretamente aplicável e, portanto, também não é levantada a questão da proteção de direitos fundamentais dos cidadãos em face da própria organização. Igualmente, nenhuma organização internacional prevê recursos legais para os indivíduos contra as medidas daquela²⁴.

Desta forma, embora a aparência inicial seja de uma organização de Estados, a União Europeia é, em sua essência, uma organização de cidadãos²⁵. Ainda que seja instituída por Tratados europeus, não se trata de uma organização internacional em seu sentido clássico. Por outro lado, embora apresente algumas características próprias das estruturas estatais, também não é um "superestado". É, portanto, uma organização *sui generis*.

¹⁹ PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism in the European Union", *Walter Hallstein-Institut* - Paper 5/02, 2001, p. 05.

²⁰ PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?", *Common Market Law Review*, n. 36, 1999, p. 710.

²¹ PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism in the European Union", *Walter Hallstein-Institut* - Paper 5/02, 2001, pp. 05-06.

²² PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism in the European Union", *Walter Hallstein-Institut* - Paper 5/02, 2001, p. 06.

²³ PERNICE, I. "European v. National Constitutions" *European Constitutional Law Review*, vol. 1, no. 1, January 2005, p. 99.

²⁴ PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism in the European Union", *Walter Hallstein-Institut* - Paper 5/02, 2001, p. 06.

²⁵ PERNICE, I. "European v. National Constitutions" *European Constitutional Law Review*, vol. 1, no. 1, January 2005, p. 100.

Nesse mesmo sentido, continuando a desenvolver o Constitucionalismo Multinível centrado na figura do cidadão europeu, Pernice insiste que o poder público europeu não é um poder derivado da soberania nacional, mas sim um poder originário, fundado diretamente na vontade ou soberania do povo, que tem construído a União Europeia através dos procedimentos previstos nas Constituições Nacionais. Logo, é equivocada a afirmação de que os Estados membros seriam os senhores dos tratados. Seriam na verdade apenas instrumentos de auto-organização e autodeterminação da sociedade, razão pela qual os senhores dos tratados são os cidadãos, e não os Estados membros²⁶.

E, ainda considerando que tanto a União Europeia quanto os Estados membros extraem sua legitimidade diretamente dos cidadãos europeus, inexistindo derivação de um quanto ao outro, Pernice sustenta que a estrutura multinível da Constituição europeia resulta na conclusão de que nenhum deles (União Europeia ou Estados membros) possuem a competência sobre a competência ("Kompetenz-Kompetenz). Defende que a competência para criar novas funções ou competências é do poder soberano do povo, por meio da Constituição, razão pela qual qualquer modificação requer uma revisão constitucional, segundo as disposições do Direito europeu²⁷. A cooperação, no espírito de respeito e assistência mútuos, é norma condição do sistema composto, sempre centrado no objetivo de levar a sério a responsabilidade com o cidadão europeu²⁸.

Finalmente, quanto à natureza da relação entre o Direito europeu e os Direitos nacionais, Pernice nega a existência de hierarquia. Como os cidadãos europeus são a fonte de legitimidade tanto de um quanto de outro, não existe uma supremacia apriorística de nenhum deles. Ambos os ordenamentos coexistem, ainda que façam parte de um sistema único que deve produzir uma resposta jurídica para cada caso, sistema este que é não-hierárquico desde sua origem e construção²⁹.

Assim, cabe aos tribunais nacionais e europeus, bem assim à sua cooperação internacional, determinar em cada caso analisado qual norma deve ser aplicada: a nacional ou a europeia. No entanto, segundo Pernice, deve-se dar prioridade à norma europeia em relação à norma nacional, em razão da necessidade de preservar o funcionamento do ordenamento jurídico europeu e até mesmo o próprio conceito de Direito. A norma geral do Estado de Direito impõe a aplicação igualitária da norma sem que se considere a nacionalidade nem o Estado membro em questão. No mesmo sentido, a observância da norma europeia é uma condição de legitimidade e aceitação do Direito europeu, isso porque os cidadãos de determinado Estado membro só se sentirão vinculados ao cumprimento de determinada norma, se a observância também for obrigatória para os cidadãos dos demais membros³⁰.

2.3. O Tratado de Lisboa: Constitucionalismo Multinível em Ação

Em artigo homônimo ao título atribuído ao presente tópico, publicado no ano de 2009, Pernice afirma que, durante anos, a União Europeia tem lutado com sua autodeterminação estrutural e constitucional, buscando um equilíbrio sustentável

²⁶ PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism in the European Union", *Walter Hallstein-Institut* - Paper 5/02, 2001, p. 07.

²⁷ PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism in the European Union", *Walter Hallstein-Institut* - Paper 5/02, 2001, pp. 07-08.

²⁸ PERNICE, I. "The Autonomy of the EU Legal Order Fifty Years After Van Gend". *Walter Hallstein-Institut*, PAPER 08/2013, p. 01-26. Disponível em: http://www.whi-berlin.eu/tl_files/WHI-Papers%20ab%202013/WhiPaper082013.pdf. Acesso em: 18 jul. 2020, p.10.

²⁹ PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism in the European Union", *Walter Hallstein-Institut* - Paper 5/02, 2001, pp. 08-09.

³⁰ PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism in the European Union", *Walter Hallstein-Institut* - Paper 5/02, 2001, pp. 08-09.

entre opções confederal e federal. E que o Tratado de Lisboa representou expressivo avanço no processo de constitucionalização na Europa, compreendida no contexto multinível. As alterações instauradas pelo referido Tratado seriam relevantes por romperem com as concepções tradicionais da organização política e desafiarem as teorias de estados e constituições, além de apresentar modelo promissor de arranjo de supranção para a persecução de objetivos comuns do povo europeu³¹.

Afirma que o Tratado de Lisboa, inclusive no que diz respeito ao movimento político para colocá-lo em vigor pelos agentes envolvidos, seria um caso do constitucionalismo multinível em ação, e no decorrer do trabalho busca apontar exemplos concretos que justificariam esta sua afirmativa.

Inicialmente, Pernice aponta que, em razão do referendo negativo da Irlanda, o Tratado de Lisboa teria sido considerado um relevante incidente na série de falhas na construção de um constitucionalismo europeu. E questiona o próprio conceito de democracia em alguns países membros da União Europeia, que teriam ignorado completamente o voto popular, o que, em sua visão, demonstraria a complexidade de estabelecer progressivamente uma estrutura supranacional funcional para que atue em nome dos cidadãos.

Aponta, em um período de vinte anos, a ocorrência de fracassos na reforma substancial da União Europeia, indicando cinco etapas desse difícil processo de constitucionalização a nível supranacional: (1) Spinelli e o "Single European Act (SEA)", (2) Delors e o Tratado de Maastricht; (3) o Relatório Herman e o Tratado de Amsterdã; (4) o Tratado de Nice e o "Processo Pós-Nice"; e (5) Tratado Constitucional e Tratado de Lisboa³².

No período que seguiu ao Tratado de Nice, marcado por tratativas fundadas mais em deliberações e menos em negociação e barganha, as questões fundamentais da reforma foram definidas com mais precisão pela Declaração de Laeken (2001) e finalmente, no ano de 2003, foi submetido ao Conselho Europeu um projeto de Tratado que estabeleceria uma Constituição para a Europa. No entanto, embora tenha sido adotado e assinado em outubro de 2004 pelos representantes dos Estados membros, foi vetado em referendos na França e na Holanda, o que instituiu uma verdadeira crise na União Europeia, que por dois anos passou por um "período de reflexão", ao término do qual, foi apresentado um projeto que buscava salvaguardar a substância do Tratado Constitucional: ao invés de substituir os Tratados vigentes na União Europeia, resolveu-se simplesmente alterá-los, seguindo o procedimento previsto no art. 48 do Tratado da União Europeia. No entanto, embora assinado em 17 de dezembro de 2007, o Tratado foi rejeitado em referendo pelo povo irlandês em junho de 2008³³.

Em seu artigo, publicado em 2009, embora o Tratado de Lisboa não houvesse entrado em vigor em razão da rejeição do referendo irlandês³⁴, Pernice

³¹ PERNICE, I. "The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action". *Columbia Journal of European Law*, Vol. 15, No. 3, 2009, p. 349-407. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1326114. Acesso em: 10 jul. 2020, p. 349.

³² Para um maior aprofundamento em cada etapa do processo de constitucionalização na União Europeia, remete-se o autor para a leitura de: PERNICE, I. "The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action". *Columbia Journal of European Law*, Vol. 15, No. 3, 2009, p. 349-407. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1326114. Acesso em: 10 jul. 202, p. 353-357.

³³ PERNICE, I. "The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action". *Columbia Journal of European Law*, Vol. 15, No. 3, 2009, p. 349-407. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1326114. Acesso em: 10 jul. 202, pp. 356-357.

³⁴ Em outubro de 2009, em uma segunda consulta, o povo irlandês referendou o Tratado de Lisboa, dando início à sua vigência, nos termos do art. 48 do Tratado da União Europeia: "as emendas entrarão em vigor após serem ratificadas por todos os Estados Membros, de acordo com seus respectivos requisitos constitucionais". Vide: Irlandeses dizem "sim" a Tratado de

defendeu o caráter constitucional do processo político por sua aprovação, apontando três fundamentos para sua conclusão: (1) o aumento da participação popular no processo indica que o povo compreendeu que a União Europeia não é uma organização internacional, questão apenas de Estados, e sim dos cidadãos; (2) a maior importância do Parlamento Europeu, ao mesmo tempo que os Parlamentos nacionais perceberam a importância de participarem da tomada de decisões relacionadas a ações no plano europeu; e (3) o processo de alteração dos Tratados fundadores da União Europeia, considerando a inclusão dos Parlamentos europeu e nacionais e representantes dos governos, para elaborar os termos em que a reforma ocorreria³⁵.

Em textos publicados posteriormente, após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, Pernice aponta que houve uma acentuação dos aspectos característicos do Constitucionalismo Multinível, como a posição de centralidade dos cidadãos e a maior transparência e legitimidade democrática das ações da União Europeia. Ademais, aponta que, desde o Tratado de Lisboa, foi inaugurada a Carta dos Direitos Fundamentais, juridicamente vinculante e parte do Direito Constitucional Europeu³⁶.

Assim, segundo Pernice, o Tratado de Lisboa representou a dinamização de sua teoria (Constitucionalismo Multinível em ação), concretizando as premissas teóricas que havia defendido desde o final da década de 1990. No entanto, alguns dos fundamentos defendidos pelo jurista vêm sendo alvo de críticas por outros estudiosos do direito internacional, razão pela qual se impõe a necessidade da análise dos principais contrapontos levantados, o que se passa a fazer a partir deste momento.

3. Críticas ao constitucionalismo multinível

O Constitucionalismo Multinível de Ingolf Pernice representou relevante evolução no estudo da relação entre o Direito supranacional e os Direitos nacionais dos países membros da União Europeia, principalmente em razão da quebra de paradigmas clássicos da Teoria do Estado e da própria Teoria do Direito, dando relevo a novos conceitos, como a relativização da soberania estatal, a centralidade da União Europeia na figura do cidadão (união de pessoas, e não de Estados), a legitimidade originária do Direito supranacional, dentre outros. A doutrina costuma reconhecer o seu paradigmático esforço neste sentido³⁷. Além do mais, o Constitucionalismo Multinível é um paradigma típico na ideia de proteção dos direitos humanos e fundamentais em mais de um nível de atuação³⁸.

Lisboa. Disponível em <https://www.dw.com/pt-br/irlandeses-dizem-sim-a-tratado-de-lisboa/a-4755620>. Acesso em 15 jul. 2020.

³⁵ PERNICE, I. "The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action". *Columbia Journal of European Law*, Vol. 15, No. 3, 2009, p. 349-407. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1326114. Acesso em: 10 jul. 202, pp. 357-358.

³⁶ PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe", *European Constitutional Law Review*, n. 11, 2015, p. 541-562. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4409053/mod_resource/content/1/ingolf%20pernic%20multilevel_constitutionalism_and_the_crisis_of_democracy_in_europe%202015.pdf. Acesso em: 22 jul. 2020, p. 544.

³⁷ AZPITARTE SÁNCHEZ, M. "Del Derecho Constitucional Común Europeo e la Constitución Europea. Cambio de Paradigma en la Legitimidad de la Unión?", *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 16. UNED, 2005, p. 361.

³⁸ KOTZUR, M. "El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos: un actor regional al servicio de los derechos humanos universales". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 16. Madrid: 2012, p. 248.

No entanto, como reconhecido pelo próprio Pernice em artigo publicado no ano de 2015, sua teoria não ficou imune a críticas³⁹. Neste tópico do artigo, serão analisadas as principais ponderações contrárias ao Constitucionalismo Multinível, quais sejam: (a) analogia com elementos tipicamente estatais, (b) paradoxo do fracasso do referendo constitucional e (c) aparente incompatibilidade entre a primazia do Direito Europeu e o pluralismo constitucional⁴⁰.

Quanto ao primeiro aspecto, aponta-se que o Constitucionalismo Multinível de Pernice - ao se utilizar de analogia com elementos tipicamente estatais (cidadania, federalismo, controle mútuo de poderes, existência de órgãos supranacionais análogos aos Poderes estatais, dentre outros) -, pouco esclarece acerca de outras formas de constitucionalismo transnacional existentes além dos limites do modelo regional europeu, cuja integração é menos acentuada e nas quais esses elementos não persistem⁴¹.

Ocorre, no entanto, que o objetivo de Ingolf Pernice com o Constitucionalismo Multinível foi apresentar um modelo teórico descritivo do fenômeno de acoplamento e interação existente na União Europeia, único modelo de integração no qual se pode dizer que existem verdadeiras estruturas supranacionais de poder e governança. Ou seja, neste particular, a crítica não parece razoável, já que o autor não objetivou apresentar um modelo teórico que servisse para qualquer forma de interação entre ordenamentos constitucionais nacionais e internacionais.

Ainda em relação à analogia com elementos tipicamente estatais, Breno Baía Magalhães adverte que o Constitucionalismo Multinível de Pernice aponta aqueles que foram recepcionados pelo direito transnacional, mas nada esclarece acerca daqueles elementos que foram excluídos das estruturas supranacionais, nem explica em que medida a ausência de determinados elementos afetaria a analogia proposta⁴².

Este é o aspecto mais relevante da crítica referente à analogia com elementos tipicamente estatais. Com efeito, o Constitucionalismo Multinível de Pernice não esclarece quais elementos das federações não estariam presentes na União Europeia nem explicita se a ausência deste ou daquele elemento prejudicaria a analogia apresentada em sua teoria.

Quanto ao segundo ponto das ponderações opostas ao Constitucionalismo Multinível, diz-se que "a fundamentação de diferentes níveis constitucionais na vontade do povo coloca a teoria em xeque, pois ela poderia sugerir um paradoxo com o fracasso do referendo constitucional"⁴³. Em outras palavras, se os diversos níveis constitucionais estão fundamentados na vontade do povo, a rejeição de um referendo que propunha uma Constituição documental única para a União Europeia

³⁹ PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe", *European Constitutional Law Review*, n. 11, 2015, p. 541-562. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4409053/mod_resource/content/1/ingolf%20pernic e%20multilevel_constitutionalism_and_the_crisis_of_democracy_in_europe%202015.pdf. Acesso em: 22 jul. 2020, p. 546-555.

⁴⁰ BAÍA MAGALHÃES, B. *Pluralismo Constitucional Interamericano: A Leitura Plural da Constituição de 1988 e o Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. 2015. 385 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciência Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. 2015. pp. 105-106.

⁴¹ WALKER, N. "Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate". *LSE Europe in Question Discussion Paper Series*. Paper Nº 08/2009, pp. 05-06.

⁴² BAÍA MAGALHÃES, B. *Pluralismo Constitucional Interamericano: A Leitura Plural da Constituição de 1988 e o Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. 2015. 385 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciência Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. 2015. p. 105.

⁴³ BAÍA MAGALHÃES, B. *Pluralismo Constitucional Interamericano: A Leitura Plural da Constituição de 1988 e o Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. 2015. 385 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciência Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. 2015. p. 105.

poderia indicar que os cidadãos - ao menos em parte - decidiram não possuir uma Constituição europeia.

E, como já demonstrado em momento anterior deste trabalho, o próprio Pernice aponta algumas tentativas frustradas de elaboração de uma Constituição Europeia, como ocorreu nos seguintes episódios da história europeia: (1) rejeição do projeto de Constituição europeia elaborado por Altiero Spinelli em 1984; (2) resultado negativo do primeiro referendo dinamarquês em 1992 do Tratado de Maastricht; (3) não aprovação do Relatório Herman em 1994 que tentava novamente instituir uma Constituição europeia escrita; e (4) rejeição do Tratado Constitucional de 2004 pelos referendos francês e holandês⁴⁴.

Em outras palavras, como sustentar a existência de uma constituição europeia se, em diferentes oportunidades, os cidadãos europeus - fonte de legitimidade daquela constituição - rejeitaram expressamente a sua existência? Seria dizer que, embora sejam fonte de legitimidade do ordenamento jurídico europeu, suas decisões de rejeição não deveriam ser levadas a sério.

No entanto, essa crítica também não parece ser procedente. Como apontado, nos primeiros textos acerca do Constitucionalismo Multinível, Pernice defendeu que a Constituição europeia já existia, sendo formada pelos Tratados constitutivos da União Europeia e pelas Constituições nacionais dos países membros. A rejeição pelos cidadãos, via referendo, da existência de um documento escrito único denominado de Constituição Europeia, não resulta na inexistência de uma Constituição esparsa, formada pela composição dos documentos normativos acima referidos. Acolher esse argumento seria o mesmo que admitir a negativa da existência de uma Constituição inglesa pelo simples fato dos cidadãos rejeitarem, via referendo, a elaboração de um documento constitucional único.

Por fim, aponta-se que a ideia de primazia do Direito europeu sobre o Direito nacional seria incompatível com a ideia de inexistência de hierarquia. Nessa linha, Breno Baía Magalhães afirma que "a necessidade de aplicação uniforme e de prevalência do direito europeu não se coadunam com noções pluralistas", destacando que por consequência "a ideia de nível poderia implicar hierarquia do nível considerado mais abrangente (no caso, o europeu)"⁴⁵. Como adverte Neil Walker, a própria ideia de "níveis" indica a continuidade da noção de hierarquia: nível superior e nível inferior⁴⁶.

Em textos publicados mais recentemente (2015), o próprio Pernice admite que o termo "multinível" pode transmitir a ideia de superior e inferior, mas insiste na existência de um sistema não hierárquico, justaposto, em uma ideia de pluralismo. No entanto, continua a defender o princípio da primazia do Direito europeu nas hipóteses de conflito com os Direitos nacionais⁴⁷.

Entretanto, como advertem os críticos de Pernice, com efeito, o conceito de nível, por definição, implica na ideia de superioridade e subordinação. A carga

⁴⁴ PERNICE, I. "The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action". *Columbia Journal of European Law*, Vol. 15, No. 3, 2009, p. 349-407. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1326114. Acesso em: 10 jul. 202, pp. 349-357.

⁴⁵ BAÍA MAGALHÃES, B. *Pluralismo Constitucional Interamericano: A Leitura Plural da Constituição de 1988 e o Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. 2015. 385 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciência Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. 2015. pp. 105-106.

⁴⁶ WALKER, N. "Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate". *LSE Europe in Question Discussion Paper Series*. Paper Nº 08/2009, pp. 05-06.

⁴⁷ PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe", *European Constitutional Law Review*, n. 11, 2015, p. 541-562. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4409053/mod_resource/content/1/ingolf%20pernic%20multilevel_constitutionalism_and_the_crisis_of_democracy_in_europe%202015.pdf. Acesso em: 22 jul. 2020. p. 545.

semântica do termo “nível” e a ideia de primazia do Direito europeu⁴⁸ são contra-argumentos à ideia de uma Constituição composta pelos Tratados Europeus e pelas Constituições nacionais. Nessa linha, Leonard Besselink adverte que, em verdade, a relação entre o Direito europeu e os Direitos nacionais dos países membros não se relacionam em um sistema de dois níveis diferentes, mas sim em um nível único, ideia que está mais consoante com o contexto do pluralismo constitucional⁴⁹.

Se as Constituições nacionais dos países membros da União Europeia realmente compõem a Constituição Europeia, juntamente com os Tratados europeus, constituindo uma Constituição composta e, por isso, em um mesmo nível, sem hierarquia, não se pode conceber a existência do postulado da primazia do Direito europeu.

Nesse sentido, Mathias Jaestadt⁵⁰ questiona a natureza não hierárquica do Constitucionalismo Multinível, sugerindo que um acoplamento heterárquico de dois sistemas jurídicos não pode estabelecer a prioridade ou primazia de um deles. Segundo o autor, não haveria como negar a existência de hierarquia na organização de um sistema composto pelo ordenamento europeu e pelos ordenamentos nacionais dos países membros, se em caso de colisão terá prevalência o Direito europeu.

Ainda que se argumente pela separação de competências entre os diferentes níveis de poder, tal como ocorre em sistemas de organização federativa, a verdade é que cada vez mais se intensificam as interações entre os diferentes ordenamentos, especialmente no que se refere à proteção dos direitos humanos, sendo inevitável a ocorrência de colisão entre normas. Negar a possibilidade da ocorrência de colisões de normas sob o argumento de que cada ordenamento deveria observar sua competência própria é negar a própria proteção multinível dos direitos humanos.

Antonio D’atena aponta que a relação entre a Constituição Europeia e as Constituições nacionais não representa características totalmente inéditas no mundo jurídico. Nos estados federais, a Constituição da Federação convive com as Constituições dos Estados (entes federativos) em conexão sistemática. E sugere que, embora o ordenamento jurídico europeu não seja um sistema federal, as experiências de estudos relacionadas às federações podem inspirar “chaves úteis” para a compreensão de sua relação com os ordenamentos nacionais⁵¹.

Nessa linha, se é inegável a ocorrência de conflitos entre normas jurídicas dos diferentes ordenamentos acoplados entre si, mas também não é possível

⁴⁸ Acerca dos quatro elementos essenciais do princípio da primazia do direito europeu, definidos pelo à época Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (TJCE) no julgamento do caso Flaminio Costa (1964): “Del asunto Flaminio Costa (1964) surgen cuatro elementos esenciales relacionados con la primacía: a) es una condición existencial del Derecho comunitario; b) surge de la propia naturaleza específica original del Derecho comunitario; c) se aplica en su integridad (el derecho nacido del tratado), y frente a todas las normas nacionales, cualesquiera sean su rango y materia y; d) se aplica no sólo en las relaciones entre la Comunidad y los Estados miembros y en las relaciones jurisdiccionales, sino también es válida para los ordenamientos jurídicos internacionales”. Segundo PIZZOLO, o princípio da primazia do direito europeu mesmo em relação às Constituições dos países membros da União Europeia ficou mais evidenciado no julgamento dos casos Internationale Handelsgesellschaft (1970) e Nold II (1974) (PIZZOLO, C. “Derecho constitucional en la Unión Europea: el “constitucionalismo multinivel” como alternativa al problema de la jerarquía normativa”. *Anales n. 42, Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales*. U.N.L.P. 2012, pp. 123-124).

⁴⁹ BESSELINK, Leonard *Apud* MARTINICO, Giuseppe. “From the Constitution for Europe to the Reform Treaty: a literature survey on European Constitutional Law”, *Centro Studi Sul Federalismo: Perspectives on Federalism*, Vol. 1, 2009, ISSN 2036-5438. p. 21.

⁵⁰ JAESTADT, M. “La Liga Constitucional Europea. El Encanto Teórico Constitucional y La Insuficiencia Teórica del Principio de Incertidumbre”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 33, 2014, p. 182.

⁵¹ D’ATENA, A. “La Constitución Oculta de Europa (Antes y Después de Lisboa)”, *ReDCE*, Año 7, núm. 13. Enero-junio/2010, pp. 40-41.

adotar o postulado da primazia do Direito europeu proposto por Pernice, a conclusão que se impõe é a de que a prevalência de determinado ordenamento deve ser constatada caso a caso, em razão de critérios materiais, sem considerar se a norma pertence a esse ou aquele ordenamento.

Segundo Antonio D'atena, referindo-se ao arquétipo de federação estadunidense, a conexão sistemática entre os diferentes ordenamentos era mais evidente quando a Constituição Federal era uma constituição parcial, ou seja, tinha a função de organizar a federação, repartindo as competências entre esta e os estados membros, enquanto as constituições destes últimos se ocupavam precipuamente da proteção de direitos fundamentais.

No entanto, com o fenômeno da nacionalização da proteção dos direitos fundamentais, passou a ser comum a duplicação de normas protetoras dessa espécie de direitos, ou seja, o mesmo direito ou liberdade passou a ser regulamentado em mais de uma constituição. Nestes casos, segundo o mesmo autor, as regras centrais não excluem as regras locais da proteção de direitos fundamentais, pois as segundas devem prevalecer quando oferecerem ao cidadão tratamento mais favorável⁵².

O raciocínio do jurista italiano (referente à nacionalização dos direitos fundamentais) deve ser aplicado também ao fenômeno da internacionalização dos direitos humanos, surgido no período pós-guerra "como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo"⁵³. Ou seja, no que se refere ao cenário europeu, em respeito ao princípio *pro persona*, quando se tratar de normas de direitos humanos, deve prevalecer aquela que ofereça maior proteção ao cidadão europeu, figura central de toda construção teórica do Constitucionalismo Multinível de Ingolf Pernice.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) prevê expressamente a possibilidade dos ordenamentos nacionais estabelecerem proteção mais extensa aos direitos humanos e liberdades fundamentais⁵⁴. Ángel Rodríguez destaca que a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) tem afirmado em diversas decisões "el carácter de estándar mínimo de la protección dispensada pela CEDH" e que a doutrina também tem sido unânime nesse sentido⁵⁵. Assim, não é sustentável o postulado da primazia do Direito europeu sobre os Direitos nacionais, ao menos no que diz respeito à proteção dos direitos humanos.

Pode-se afirmar que o princípio *pro persona* seria de difícil aplicação nas relações entre particulares, mas essa concepção também se aplica nas relações de direito doméstico. O conflito entre direitos fundamentais nas relações privadas deve ser resolvido pelas técnicas de ponderação, propostas por Robert Alexy, visando a busca de uma convivência harmônica entre direitos fundamentais aparentemente contrapostos⁵⁶. A questão é que, se um sistema é heterárquico, eventuais conflitos existentes entre diferentes ordenamentos devem ser resolvidos de acordo com critérios materiais, como se as normas pertencessem a um mesmo ordenamento.

⁵² D'ATENA, A. "La Constitución Oculta de Europa (Antes y Después de Lisboa)", *ReDCE*, Año 7, núm. 13. Enero-junio/2010, p. 40.

⁵³ PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 120.

⁵⁴ O art. 53 da CEDH, intitulado de "Salvaguarda dos direitos do homem reconhecidos por outra via", estabelece que "Nenhuma das disposições da presente Convenção será interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os direitos do homem e as liberdades fundamentais que tiverem sido reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Alta Parte Contratante ou de qualquer outra Convenção em que aquela seja parte".

⁵⁵ RODRIGUEZ, A. "La Mayor Protección Interna de Los Derechos de La Convención Europea de Derechos Humanos y El Impacto del Margen de Apreciación Nacional", *UNED, Revista de Derecho Político*, n. 93, mayo-agosto 2015, p. 78.

⁵⁶ ALEXY, R. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

Constata-se, portanto, que, em um sistema de acoplamento jurídico que pretende ser plural e não hierárquico, se revela inconsistente a prevalência deste ou daquele ordenamento por critérios meramente formais, que consideram apenas a posição e a origem de determinada norma, sem considerar o seu conteúdo. Nesse contexto, a primazia do Direito europeu, proposta por Pernice, de fato, parece uma inconsistência do Constitucionalismo Multinível.

Portanto, das críticas contrapostas ao Constitucionalismo Multinível de Pernice, parecem procedentes a analogia com elementos tipicamente estatais (no que se refere à ausência de análise dos elementos excluídos do processo comparativo) e a incompatibilidade entre a primazia do Direito Europeu e o pluralismo constitucional.

4. Conclusões

Diante de todo o exposto no trabalho, apresenta-se as seguintes conclusões:

- (1) No contexto de mundialização, a integração existente no âmbito da União Europeia aponta para a existência de um constitucionalismo que transborda as fronteiras dos Estados nacionais, bem assim os conceitos tradicionais dos campos da Política e do Direito, em especial a soberania;
- (2) O Constitucionalismo Multinível, desenvolvido por Ingolf Pernice, constitui relevante evolução nos modelos teórico-descritivos da interação entre o Direito supranacional europeu e os Direitos nacionais dos países membros, especialmente no que diz respeito à quebra de paradigmas clássicos da Teoria do Estado e da própria Teoria do Direito, dando relevo a novos conceitos, como a relativização da soberania estatal, a centralidade da União Europeia na figura do cidadão (união de pessoas, e não de Estados) e a legitimidade originária do Direito supranacional, além de representar um típico paradigma na ideia de proteção dos direitos humanos e fundamentais em mais de um nível de atuação;
- (3) No entanto, a doutrina aponta algumas e relevantes críticas ao Constitucionalismo Multinível. No desenvolver do trabalho, apresentamos três ponderações contrárias ao modelo teórico-descritivo do jurista alemão: (a) analogia com elementos tipicamente estatais, (b) paradoxo do fracasso do referendo constitucional e (c) aparente incompatibilidade entre a primazia do Direito Europeu e o pluralismo constitucional. Destas críticas, foi apresentada discordância em relação à primeira delas apenas no que diz respeito à impossibilidade de o Constitucionalismo Multinível ser utilizado para a explicação de outras formas de constitucionalismo pós-nacional e quanto ao paradoxo do referendo constitucional;
- (4) Em relação ao postulado da primazia do Direito europeu, aspecto considerado inconsistente com a construção de um modelo não hierárquico de acoplamento de ordenamentos jurídicos, no que diz respeito às normas de direitos humanos, sugeriu-se a prevalência da norma que oferece maior proteção ao indivíduo (princípio *pro persona*), conforme se depreende do art. 53 da CEDH. Esse mesmo entendimento vem prevalecendo no âmbito de TEDH, que adota a prevalência da norma mais protetiva em detrimento de critérios de escolha por aspectos puramente formais.

Bibliografía

ACOSTA ALVARADO. PA. *Más allá de la utopía: Del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional. La red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinível*, 2013, 368 f, Tese (Doutorado em Direito), Universidad Complutense de Madrid, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Programa de Doctorado, Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 2013.

- ACOSTA ALVARADO, PA. "Zombis VS. Frankenstein: Sobre las Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno", *Estudios Constitucionales*, Año 14, nº 1, 2016, pp. 15-60.
- ALEXY, R. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- AZPITARTE SÁNCHEZ, M. "Del Derecho Constitucional Común Europeo e la Constitución Europea. Cambio de Paradigma en la Legitimidad de la Unión?", *Teoria y Realidad Constitucional*, n.º 16. UNED, 2005. p. 343-373.
- BAÍA MAGALHÃES, B. *Pluralismo Constitucional Interamericano: A Leitura Plural da Constituição de 1988 e o Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. 2015. 385 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciência Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. 2015.
- D'ATENA, A. "La Constitución Oculta de Europa (Antes y Después de Lisboa)", *ReDCE*, Año 7, núm. 13. Enero-junio/2010. pp. 17-46.
- FERRAJOLI, L. *A Soberania no Mundo Moderno*, Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Editora MARTINS Fontes, 2002.
- JAESTADT, M. "La Liga Constitucional Europea. El Encanto Teórico Constitucional y La Insuficiencia Teórica del Principio de Incertidumbre", *Teoria y Realidad Constitucional*, núm. 33, 2014. pp. 167-198.
- HOYOS, LM; RODRIGUEZ MESA, F. "El Constitucionalismo Multinivel y El Neoconstitucionalismo Ideológico: Nuevas Perspectivas de la Interpretación Jurídica en Colombia". *Advocatus*, Voumen 11, nº 22:127-152, 2014. Universidad Libre Seccional. Barranquilla. pp. 127-152.
- KOTZUR, M. "El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos: un actor regional al servicio de los derechos humanos universales". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 16. Madrid: 2012. pp. 225-249.
- LÓPEZ AGUILAR, JF. "El Constitucionalismo Europeo y la Teoría Constitucional de la Integración Europea". In: Miras, Antonio Pérez, et al. (Org). *Constitución e Integración Europea. Forma Política, Gobernanza Económica, Organización Territorial*. 1st ed., Dykinson, S.L., 2017. JSTOR, www.jstor.org/stable/j.ctt1p6qnzd. Acesso em 14 jul. 2020.
- MARTINICO, G. "From the Constitution for Europe to the Reform Treaty: a literature survey on European Constitutional Law", *Centro Studi Sul Federalismo: Perspectives on Federalism*, Vol. 1, 2009, ISSN 2036-5438. pp. 13-41.
- MAYER, F; PERNICE, I. "De la constitution composée de l'Europe". *WALTER HALLSTEIN-INSTITUT, WHI - Paper 1/2001*, p. 01-27. Disponível em: <http://www.whi-berlin.eu/documents/whi-paper0101.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2020.
- MAYER, FC.; PERNICE, I; WERNICKE, S. "Renewing the European Social Contract: The Challenge of Institutional Reform and Enlargement in the Light of Multilevel Constitutionalism". *King's College Law Journal*, vol. 12, no. 1, 2001, p. 61-74.
- OLIVEIRA MOREIRA, T. "A Possível Formação de um Direito Constitucional Comum na América Latina e os Direitos Humanos Sociais: uma análise a partir do pensamento de Peter Häberle", In: MOREIRA, Thiago Oliveira Moreira; OLIVEIRA, Diogo Pignataro de; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar (Org.). *Direito Internacional na Contemporaneidade: estudos em comemoração aos 17 anos da SOI*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018. pp. 143-182.

- OLIVEIRA VIEIRA, F. *Integração regional e harmonização jurídica: estudo sobre as dinâmicas jurisdicionais nos sistemas internormativos da União Europeia, da Comunidade Andina de Nações e do Mercado Comum do Sul*. 2019. 404 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade do Minho. Escola de Direito. 2019.
- OLIVEIRA VIEIRA, G. *O constitucionalismo no cenário pós-nacional: as implicações constitucionais da mundialização e busca por fontes alternativas de legitimidade*, 2012, 403 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito. 2012.
- PERNICE, I. "Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration. German Constitution and Multilevel Constitutionalism". In.: Eibe Riedel (ed.). *German Reports on Public Law. Presented to the XV International Congress on Comparative Law*, Bristol 26 July to 1 August 1998, NOMOS, Baden-Baden 1998, p. 40 - 66. Disponível em: <http://www.whi-berlin.eu/documents/pernice-regional-integration.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2020.
- PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?", *Common Market Law Review*, n. 36, 1999, p. 703-750.
- PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism in the European Union", *Walter Hallstein-Institut - Paper 5/02*, 2001, p. 01-15.
- PERNICE, I. "European v. National Constitutions" *European Constitutional Law Review*, vol. 1, no. 1, January 2005, p. 99-103.
- PERNICE, I. "The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action". *Columbia Journal of European Law*, Vol. 15, No. 3, 2009, p. 349-407. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1326114. Acesso em: 10 jul. 2020.
- PERNICE, I. "El Constitucionalismo Multinivel en la Unión Europea". *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 9, nº 17, 2012, p. 639-671.
- PERNICE, I. "La dimensión global del Constitucionalismo Multinivel: Una respuesta legal a los desafíos de la globalización". Documento de trabajo (Universidad CEU-San Pablo, Instituto de Estudios Europeos), *Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales*, nº 61, 2012. Disponível em: <https://repositorioinstitucional.ceu.es/handle/10637/6116>. Acesso em: 20 jul. 2020.
- PERNICE, I. "The Autonomy of the EU Legal Order Fifty Years After Van Gend". *Walter Hallstein-Institut*, PAPER 08/2013, p. 01-26. Disponível em: http://www.whi-berlin.eu/tl_files/WHI-Papers%20ab%202013/WhiPaper082013.pdf. Acesso em: 18 jul. 2020.
- PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe", *European Constitutional Law Review*, n. 11, 2015, p. 541-562. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4409053/mod_resource/content/1/ingolf%20pernice%20multilevel_constitutionalism_and_the_crisis_of_democracy_in_europe%202015.pdf. Acesso em: 22 jul. 2020.
- PERNICE, I. "European Constitutionalism and the National Constitutions of the Member States, Implications for Brexit". *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 93, no. 1, 2017, p. 211-244.

PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIZZOLO, C. "Derecho constitucional en la Unión Europea: el "constitucionalismo multinivel" como alternativa al problema de la jerarquía normativa". *Anales n. 42, Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales*. U.N.L.P. 2012. pp. 120-130.

RODRIGUEZ, A. "La Mayor Protección Interna de Los Derechos de La Convención Europea de Derechos Humanos y El Impacto del Margen de Apreciación Nacional", *UNED, Revista de Derecho Político*, n. 93, mayo-agosto 2015. pp. 75-102.

WALKER, N. "Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate". *LSE Europe in Question Discussion Paper Series*. Paper Nº 08/2009.