

lacuna autêntica

de patente¹⁵⁹. No seu julgamento, a Corte suprema suíça discutiu amplamente tanto os precedentes do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias quanto os de outros tribunais estrangeiros¹⁶⁰. Interessante, nesse caso, é o reconhecimento pelo Tribunal Federal Suíço da existência de uma lacuna autêntica, nos seguintes termos: "O princípio da exaustão no direito de patente. Importações paralelas de produtos protegidos pelo direito de patente. A questão da admissibilidade de importações paralelas no direito de patente não é regulada nem no direito nacional nem no direito internacional válido para a Suíça; por isso, há de partir-se de uma lacuna autêntica."¹⁶¹ Dessa maneira, sem suporte suficiente no direito internacional e no direito interno, articula a sua argumentação em um "diálogo" construtivo com o direito estrangeiro, sobretudo mediante a invocação das cortes constitucionais e tribunais supremos de outros Estados, além da referência ao TJCE, um tribunal supranacional estrangeiro para a Suíça, que não é membro da União Européia. Além desse reconhecimento da lacuna dos direitos nacional e internacional, o Tribunal Federal Suíço, nesse julgamento, salientava ser o direito comparado um dos pilares para a fundamentação de sua decisão. Assim, observa-se uma sólida disposição para uma conversação transconstitucional em face de problemas jurídico-constitucionais entrelaçados entre ordens jurídicas.

A experiência alemã é sobremaneira importante no que concerne ao transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais, precisamente porque, apesar de uma tradição jurídica muito arraigada, não são raras as referências dos seus tribunais ao direito de outros Estados. Nesse particular destaca-se a prática do Tribunal de Justiça Federal da Alemanha – análogo, na estrutura constitucional alemã, ao Superior Tribunal de Justiça brasileiro, apesar de ter um âmbito de competências mais abrangente do que esse –, o qual tem invocado, em vários casos de direito econômico, decisões de cortes estrangeiras. Assim, no caso "amarelo/preto", em que se discutiu se cores de produtos mereceriam proteção de marca regis-

159. Baudenbacher, 2003, p. 521.

160. *Ibidem*.

161. BGE 126, III 129, p. 129.

trada¹⁶², o Tribunal – ao decidir favoravelmente à proteção com base no fato de que a marca era capaz de distinguir os bens ou serviços de um produtor dos de outros – argumentou que marcas consistentes de cores haviam sido protegidas por decisões de outras jurisdições, destacando-se a referência ao caso *Qualitex Co. v. Jacobson Products Co.*, decidido pela Suprema Corte americana em 28 de março de 1995¹⁶³. Um outro exemplo é a decisão de 23 de novembro de 2000, na qual também se discutiu se certas marcas relativas à forma do produto poderiam ser registradas¹⁶⁴. Para rejeitar, nessa hipótese, o direito de proteção das marcas, o Tribunal de Justiça Federal alemão recorreu ao acórdão da Suprema Corte americana no julgamento do caso *Wal-Mart Stores, Inc. v. Samara Brothers, Inc.*, prolatado em maio de 2000, no qual se sustentou que "o design, assim como a cor, não é inerentemente distintivo" do produto¹⁶⁵. Igualmente, em julgamento de 14 de dezembro de 1999, quando confirmou a tese de que patentes não se subordinam à exaustão internacional, referiu-se à jurisprudência de outros países, discutindo particularmente decisões do Tribunal de Apelação de Tóquio e da Suprema Corte do Japão, como também o julgamento do Tribunal Comercial de Zurique no caso da Kodak, que deu ensejo à já mencionada decisão reformadora do Tribunal Federal Suíço¹⁶⁶. Mas a referência a tribunais supremos ou constitucionais de outros Estados não se limita, na Alemanha, a temas de direito econômico, nem é exclusivo do Tribunal Federal. No já mencionado julgamento do caso *Caroline de Mönaco II*, referente à proteção da privacidade de pessoas proeminentes, por exemplo, não apenas o Tribunal de Justiça Federal¹⁶⁷ analisou o direito de estar só como uma especificação do direito de privacidade discutido

162. BGH, Caso I ZB 20/96, julg. 10/12/1998, 140 BGHZ 193 (2000).

163. *Qualitex Co. v. Jacobson Products Co., Inc.*, 514 U.S. 159 (1995). Cf. Baudenbacher, 2003, p. 521.

164. BGH, Caso I ZB 15/98, julg. 23/11/2000, citado por Baudenbacher, 2003, p. 521.

165. *Wal-Mart Stores, Inc. v. Samara Brothers, Inc.*, 529 U.S. 205, p. 212 (2000). Cf. Baudenbacher, 2003, p. 521.

166. BGH, Caso X ZH 61/98, julg. 14/12/1999, 143 BGHZ 268 (2001). Cf. Baudenbacher, 2003, pp. 521 s.

167. BGH, Caso VI ZR 15/95, julg. 19/12/1995, 131 BGHZ 332 (1997).

(alínea b), mas também "pode considerar o direito estrangeiro" (alínea c). No referido caso, tanto o direito constitucional estrangeiro quanto os fundamentos e conclusões de cortes de outros Estados constituiram elementos centrais da argumentação e decisão do tribunal sul-africano, contribuindo para a força de convencimento dos magistrados. Essa abertura normativa para outras ordens jurídicas e cortes constitucionais tem tornado a Corte Constitucional sul-africana um dos parâmetros para um modelo de "conversação constitucional".

Mas há outras experiências relevantes em diversos países. Cumpre citar a Suprema Corte da Índia, na qual, entre 1950 e 2004, 3.629 julgamentos basearam-se em direito estrangeiro, o que significa 24,6% do total de suas decisões¹⁴⁹. Embora se verifique uma tendência declinante, a quantidade ainda permanece altíssima, tendo em vista que, em 2004, quase 20% das decisões invocaram direito estrangeiro¹⁵⁰. Os tribunais supremos de outros países como Zimbábue, Israel, Nova Zelândia e Irlanda também têm desenvolvido práticas jurisprudenciais em que não só o direito estrangeiro, mas também os precedentes de tribunais de outros países têm sido invocados regularmente com força de convencimento¹⁵¹. Como se observa, trata-se de Estados com características mais diversas. Portanto, embora se possa admitir que, "em Estados plurinacionais, com uma história de ocupação, colonialismo e/ou influência de outros, assim como em crescente interconexão com outros países, a fronteira entre 'estrangeiro e 'doméstico', para conceitos considerados intangíveis como 'princípios jurídicos', sempre foi e está se tornando mais imprecisa"¹⁵², não se deve confundir o transconstitucionalismo com o simples "transplante" de instituições jurídicas, nem vinculá-los a Estados mais fracos na relação internacional. Assim, por exemplo, cortes constitucionais ou tribunais supremos de países da Europa ocidental, com sólida tradição jurídica e influência na sociedade mundial, não se têm furado a invocar precedentes de outros Estados em suas decisões.

149. Smith, 2006, pp. 239 s.

150. Cf. Smith, 2006, pp. 240 s.

151. Cf. Slaughter, 2004, p. 71.

152. Smith, 2006, p. 225.

→ mas é um sistema confederativo e de longo prazo transnacional
 O Tribunal Federal Suíço, que funciona como suprema corte e tribunal constitucional, tem sido considerado um modelo de abertura no que se refere à conversação constitucional, verificando-se que cerca de 10% de seus julgamentos fazem referência ao direito estrangeiro¹⁵³. Embora haja uma tendência de invocação do direito de países vizinhos, também se encontram exemplos de abordagem de direito estrangeiro em uma perspectiva global, havendo casos que remontam a 1930¹⁵⁴. Mais recentemente, no âmbito do direito do autor e do direito de patente, isto é, no âmbito de proteção do direito constitucional da propriedade intelectual, a casuística do Tribunal Federal Suíço vem-se destacando na referência ao direito estrangeiro como elemento de justificação de seus acórdãos. Cabe mencionar julgamento de 20 de julho 1998, no qual o Tribunal supremo suíço decidiu pela exaustão dos direitos autorais em caso de importação paralela de um videogame, tendo em vista que houve contrato em que o detentor dos direitos autorais permitiu a circulação do produto no exterior¹⁵⁵. Nessa decisão, houve referência indireta à decisão da Suprema Corte americana no caso *King v. L'Anza*, no qual se decidiu no mesmo sentido em relação a direitos autorais sobre rótulos de frascos de xampu¹⁵⁶. Nesse caso, o distribuidor inglês que detinha direitos autorais conforme o direito americano vendera bens para Malta, que foram exportados para os Estados Unidos¹⁵⁷. A Corte suíça, ao decidir que os direitos autorais referentes ao videogame exauriram-se, admitiu a tese da exaustão internacional, nos termos do precedente da Suprema Corte americana. Em outro caso, concernente à exaustão de patentes em caso envolvendo importações paralelas de filmes da Kodak¹⁵⁸, a Primeira Câmara Cível do Tribunal Federal Suíço, em julgamento de 7 de dezembro de 1999, reformou, por maioria de 3-2, decisão da Corte Comercial de Zurique, que havia julgado, por 4-1, favoravelmente à exaustão internacional do direito

153. Baudenbacher, 2003, p. 520.

154. *Ibidem*.

155. BGE, 124 III 121.

156. *Quality King Distributors, Inc. v. L'Anza Research International, Inc.*, 523 U.S. 135 (1998).

157. Baudenbacher, 2003, pp. 520 s.

158. BGE 126 III 129.

Essa postura reficente dos Estados Unidos encontra um contraponto nas atitudes amplamente orientadas para o direito constitucional estrangeiro por parte das Cortes Constitucionais do Canadá e da África do Sul. Na experiência desses tribunais, destaca-se o fato de que a jurisprudência da corte constitucional ou tribunal supremo estrangeiro entra não só como elemento do *obiter dictum*, mas também importa força persuasiva para a formação da *ratio decidendi*. No Canadá, destaca-se o julgamento do processo *Harvard College v. Canada*¹⁴². Nesse caso, a Corte Constitucional canadense reviu decisão do Tribunal Federal de Apelação, que negara a patente do *Harvard College* sobre o "onco-rato", um animal criado mediante engenharia genética, suscetível ao câncer. Um Juiz Federal decidira que Harvard tinha direito de patente sobre o oncogene e o processo de isolar o gene e implantá-lo no rato, mas não sobre o próprio rato, argumentando que os pesquisadores de Harvard haviam inventado um processo, mas não um rato. Por dois votos a um, o Tribunal Federal de Apelação reverteu a decisão e garantiu a Harvard a patente sobre o animal. Um dos juízes da maioria baseou-se no acórdão da Suprema Corte americana no caso *Diamond v. Chakrabarty* – no qual esta Corte decidiu que invenções biotecnológicas são patenteáveis¹⁴³ – e declarou que esse julgamento tinha autoridade persuasiva. Embora a Corte Constitucional canadense tenha reformado essa decisão por cinco votos contra quatro, fundamentando-se no argumento de que formas superiores de vida não são patenteáveis, nos termos da Lei Canadense de Patente, tanto a maioria quanto a minoria, referiram-se à decisão da Suprema Corte americana¹⁴⁴. O ponto crucial da discussão era a aplicabilidade ou não dessa sentença. Esse caso adverte-nos para o fato de que o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais não pode ser construído mediante uma postura de transplante imediato do direito estrangeiro, pois está associado a processos internos de autovalidação. Nesse sen-

142. *Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)*, n.º 28155, julg. 05/12/2002, 2002 SCC 76.
 143. *Diamond, Commissioner of Patents and Trademarks v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (1980).
 144. Cf. Baundenbacher, 2003, pp. 522 s., de onde extrai o resumo do caso.

tido, Claire L'Heureux-Dubé, *Justice* da Corte Constitucional Canadense, salienta, com razão, que "o processo de influências internacionais modificou-se da *recepção ao diálogo*", acrescentando: "Os juízes não mais *recebem* os casos de outras jurisdições e, então, aplicam-nos ou modificam-nos para sua própria jurisdição. Ao contrário, a polimização cruzada e o diálogo entre jurisdições estão ocorrendo crescentemente. Juízes, em toda parte do mundo, procuram mutuamente autoridade persuasiva, em vez de alguns serem 'doadores' e outros 'receptores' de direito. Recepção transformou-se em diálogo."¹⁴⁵ Isso significa, em outras palavras, a capacidade das respetivas cortes de atuar reflexivamente tanto no sentido da manutenção da autoconsistência constitucional quanto na perspectiva da abertura a um aprendizado com as experiências das outras cortes. E parece que é esse o exato caminho que a Corte Constitucional do Canadá vem trilhando com êxito, apesar de todos os obstáculos inerentes a uma conversação transconstitucional.

A Corte Constitucional sul-africana talvez seja aquela em que o diálogo transconstitucional com tribunais de outros Estados é mais acentuada¹⁴⁶. Destaca-se o caso *State v. Makwanyane*, na qual foi declarada inconstitucional a pena de morte¹⁴⁷. No julgamento desse processo, além de referir-se a decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a Corte Constitucional da África do Sul invocou decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, da Suprema Corte do Canadá, do Tribunal Constitucional alemão, da Suprema Corte indiana, do Tribunal Constitucional húngaro e do Tribunal de Apelação da Tanzânia, assim como levou em consideração julgamentos de duas cortes de Estados-Membros do EUA, a Corte da Califórnia e a de Massachusetts¹⁴⁸. Essa orientação encontra fundamento explícito no art. 39, n.º 1, alíneas b e c, da Constituição da África do Sul, que estabelece que qualquer corte ou tribunal africano, ao interpretar a declaração constitucional de direitos (arts. 7 a 39), não só "deve considerar o direito internacional"

145. L'Heureux-Dubé, 1998, p. 17. Cf. Slaughter, 2004, p. 74; Baundenbacher, 2003, p. 523.
 146. A respeito, ver Davis, 2003.
 147. *S v Makwanyane and Another*, Caso n.º CCT/3/94, julg. 6/6/1995, 1995 (3) SALR 391.
 148. Cf. Slaughter, 2000, pp. 1110 e 1116; 2004, pp. 70 s. e 73 s.

plica uma releitura dos autodefendimentos constitucionais da própria ordem que se toma como ponto de partida, transformando-se em transconstitucionalismo. Alguns exemplos ilustram essa tendência a entrelaçamentos constitucionais entre ordens jurídicas estatais.

Embora se possa afirmar em relação ao constitucionalismo dos Estados Unidos da América que “a prática e a teoria americana têm-se movido na direção de um enfático provincialismo”¹³², assim como sustentar que a Suprema Corte americana tem sido “pauroso” em sua rejeição de lançar um olhar sobre o direito estrangeiro¹³³, observa-se, há alguns anos, o desenvolvimento de um amplo debate sobre a oportunidade da invocação da jurisprudência estrangeira em decisões da Corte¹³⁴. Além do já mencionado caso *Lawrence v. Texas*, que deu ensejo a um debate sobre a invocação de direito estrangeiro pela Suprema Corte (cf. *supra* pp. 126 s.), já em decisões anteriores a discussão dentro da própria corte era marcante. No julgamento do caso *Printz v. United States*, em 27 de junho de 1997¹³⁵, o Justice Stephen Breyer, em voto dissidente, sustentou, invocando inclusive “O Federalista”, n.º 42 e 43 (Madison)¹³⁶, que a experiência das cortes e dos sistemas jurídicos estrangeiros podem “lançar uma luz empírica nas consequências de diferentes soluções para um problema jurídico comum”¹³⁷. Em relação ao caso *Knight v. Florida*, no julgamento do qual, em 8 de novembro de 1999, a Suprema Corte negou o conhecimento da petição de dois prisioneiros que estavam no corredor da morte por mais de vinte anos, novamente o Justice Breyer, em voto divergente, embora sem admitir o caráter vinculante do direito estrangeiro, pontuou, após citar várias cortes, que “a disposição de levar em consideração pontos de vista judiciais estrangeiros, em casos comparáveis, não é

132. Ackerman, 1997, p. 773.

133. Slaughter, 2000, p. 1117 s.

134. Cf. Slaughter, 2000, pp. 1117 ss.; 2003, pp. 197 ss.; 2004, pp. 75 ss.; Baundenbacher, 2003, pp. 513 ss.

135. *Printz, Sheriff/Coroner, Ravalli County, Montana v. United States*, 521 U.S. 898 (1997).

136. Hamilton, Madison and Jay, 1987 [1788], pp. 276. e 279.

137. *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997), p. 977. Cf. Slaughter, 2000, p. 1118; 2004, p. 76.

surreendente em uma nação que desde seu nascimento tem manifestado um ‘respeito decente pelas opiniões do gênero humano’”¹³⁸. A posição da Justice Ruth Bader Ginsburg, em palestra proferida sobre ações afirmativas, apontava para essa tendência a considerar as decisões estrangeiras como elementos de persuasão construtores da *ratio decidendi*, enfatizando que, “na área de direitos humanos, a experiência em uma nação ou região pode inspirar e informar outras nações ou regiões”; mas se ressaltava a pouca disposição da Suprema Corte para o intercâmbio constitucional, ao observar que, enquanto a Suprema Corte da Índia tomou em consideração precedentes dos Estados Unidos, “a mesma prontidão para olhar além de suas próprias fronteiras não tem marcado a corte em que eu sirvo”¹³⁹. Um pouco mais tarde, porém, essa Justiça, tratando do mesmo tema, verificava tendências de mudanças¹⁴⁰, reavaliando os esforços da Justice Sandra O’Connor, que sinalava o seguinte: “Apesar de que o direito internacional e o direito de outras nações são raramente vinculantes para as nossas decisões nas Cortes dos Estados Unidos, conclusões a que chegaram outros povos e a comunidade internacional deveriam, algumas vezes, constituir autoridade persuasiva nas cortes americanas.”¹⁴¹ Foi esse debate anterior que levou à decisão do caso *Lawrence v. Texas*, que se apresenta como o momento de transição para desenvolvimento do transconstitucionalismo na experiência da Suprema Corte e da ordem constitucional americana. Essa decisão suscitou, nos Estados Unidos, uma ampla discussão doutrinária sobre os “emprestimos constitucionais”. E o fato de que a maioria da Suprema Corte passou a ser favorável a esses “emprestimos” tem conduzido a uma circularidade construtiva na relação entre teoria jurídica e prática judicial. No debate a esse respeito, tem havido uma ampla participação de acadêmicos e magistrados (cf. *supra* nota 128 deste capítulo).

138. *Knight, Aka Muhammad v. Florida*, 528 U.S. 990 (1999), p. 997 (citando, ao final, trecho da Declaração de Independência americana). Cf. Slaughter, 2000, p. 1118; 2003, p. 197; 2004, p. 77.

139. Ginsburg, 1999. Cf. Slaughter, 2004, pp. 76 s.

140. Slaughter, 2004, p. 77. Cf. também Ginsburg, 2005b.

141. Citada por Slaughter, 2004, p. 75.

pode reduzir o impacto negativo por força da externalização de efeitos insuportáveis de uma interpretação para outros tribunais envolvidos? Essas questões exigem uma nova metodologia do transconstitucionalismo, que não se oriente positivamente na noção ilusória de uma otimização com base em argumentos, mas sim na postura de uma alteridade que procure minimizar os danos que os discursos tendem a fazer aos outros que com eles colidem. O discurso jurídico da jurisprudência do TJCE tem que estar pronto para uma flexibilidade permanente em face das ordens nacionais, sobretudo para tolerar concepções constitucionais diversas de direitos fundamentais na incorporação do direito supranacional no âmbito interno. A reciprocidade também é verdadeira: "conversação" transconstitucional exige a renúncia do narcisismo por parte dos tribunais e conselhos constitucionais ou das cortes com função de natureza constitucional. O "diálogo" transconstitucional exige a capacidade de pôr-se na posição do outro¹²⁷. E isso é fundamental para a manutenção e o desenvolvimento do transconstitucionalismo europeu entre ordem jurídica supranacional e ordens jurídicas estatais.

4. Transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais

Entre cortes de diversos Estados vem-se desenvolvendo, de maneira cada vez mais frequente, uma "conversação" constitucional mediante referências recíprocas a decisões de tribunais de outros Estados. Além do fato de que as idéias constitucionais migram mediante legislação e doutrina de uma ordem jurídica para outra¹²⁸, há um entrecruzamento de problemas que exigem um

127. Isso pressupõe que se assumam a própria dupla contingência – que implica o "também-ser-possível-de-outra-maneira" e a suposição mútua de "graus de liberdade" (Luhmann, 1987c, pp. 184 e 186) – na relação entre as cortes. A respeito da dupla contingência como condição do reconhecimento recíproco, cf. Neves, 2008. Voltarei a esse tema no item 3 do próximo capítulo.

128. A respeito da discussão sobre a migração de idéias constitucionais, ver Choudhry (org.), 2006. Tratando do assunto no âmbito do debate em torno de "constitucionalismo imposto", Schauer (2005), ao reduzir o significado da questão da imposição e apontar para a inevitabilidade das influências externas (pp. 918 s.),

diálogo constitucional no nível jurisdicional, sobretudo através do desenvolvimento de tribunais constitucionais ou cortes supremas. Não se trata simplesmente de constatar que as decisões tomadas no âmbito de uma ordem estatal influenciam outras ordens estatais e têm efeitos sobre os cidadãos de outros Estados¹²⁹. Tampouco a questão se refere simplesmente a um "transjudicialismo"¹³⁰, como forma de referências recíprocas entre decisões de tribunais de Estados diversos. Mais do que isso, o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas importa que, em casos tipicamente constitucionais, as decisões de cortes constitucionais de outros Estados são invocadas em decisões de tribunal constitucional de um determinado Estado não só como *obiter dicta*, mas como elementos constitutivos da *ratio decidendi*¹³¹. Nesse caso, o "transjudicialismo" im-

pondera: "De fato, até mesmo a palavra 'migração' sugere um processo mais linear do que existe, e a inter-relação entre influência jurídica global e nacional deve ser bem mais complexa" (p. 918, nota 51). Sobre a discussão em torno de "constitucionalismo imposto" em perspectiva tipicamente americana, ver também as contribuições de Feldman (2005), Sunder (2005), Levinson (2005), Choudhry (2005), Chesterman (2005) e Janis (2005). Como contraponto, apresenta-se a discussão sobre "emprestimo constitucional". A respeito, ver as contribuições apresentadas ao primeiro simpósio organizado pelo *International Journal of Constitutional Law* (Friedman e Saunders, 2003, p. 177) por Davis (2003), Epstein e Knight (2003), Hasebe (2003), Osiatyński (2003), Rosenkrantz (2003) e Scheppele (2003).

129. Cf. Walter, 1999, p. 969; 2000, pp. 8 s.

130. Expressão usada pela Justice O'Connor. Cf. Slaughter, 2004, pp. 75 s.

131. A distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* é mais tradicional no *common law*, mas também encontra espaço no âmbito na tradição do *civil law*. A respeito, Ragazzi, (1997, pp. 5 s.) afirma com precisão: "Uma das regras da doutrina do precedente (*stare decisis*) é que somente a parte da decisão que é vinculante para futuros casos é a *ratio decidendi*. Essencialmente, a *ratio decidendi* inclui o que é necessário para decidir as questões perante a corte, enquanto todas as proposições de direito que não fazem parte da *ratio decidendi* são *obiter dicta*." Embora clara na teoria, essa distinção é imprecisa na prática, como reconhece o próprio Ragazzi (p. 6). E Raz (1979, p. 184, nota 9), embora vinculado à tradição do *common law*, atlasta-se dessa distinção nos seguintes termos: "Algumas vezes supõe-se que apenas as razões diretas e menos gerais usadas para defender e justificar o julgamento constitui sua *ratio*, enquanto as razões mais gerais usadas para defender e justificar as diretas são meras *obiter*. [...] Eu sustento que todas as razões da corte, qualquer que seja o grau de generalidade, fazem parte da *ratio*." Parece-me que, embora não se deva desprezar absolutamente a distinção, trata-se antes de uma diferença gradual, uma escala entre razões mais fortes e diretas e razões mais frágeis e indiretas, a ser avaliada em cada caso concreto.

dinário" suscitar uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, para que esse decidisse sobre a conformidade da diretiva aos direitos fundamentais. Em virtude dessa jurisprudência, o Conselho Constitucional deixou de averiguar se leis de transposição de diretivas comunitárias se conformavam a disposições constitucionais francesas, como as que protegem a liberdade de expressão, o princípio da igualdade etc. No entendimento do Conselho Constitucional, não se estaria diante de disposição "expressa" e, portanto, não lhe caberia qualquer controle de constitucionalidade.

A jurisprudência seguinte veio elucidar o que se deve entender por disposição "expressa". Inicialmente, fez-se referência a disposição "expressa e específica" e, por fim, na Decisão n.º 2006-540 DC, de 26 de julho de 2006, passou-se a fazer alusão à contrariedade à "identidade constitucional" da França¹²³. Trata-se, no caso, de verdadeiro limite constitucional à integração comunitária. O legislador não pode transpor em nível interno uma diretiva contrária a uma disposição constitucional que caracterize a "identidade constitucional da França". Embora, até a presente data, nenhuma disposição de diretiva tenha sido rejeitada por ser declarada contrária à "identidade constitucional francesa", nem haja uma determinação clara e precisa do conteúdo semântico de tal expressão, a implementação dessa jurisprudência levaria a uma forte limitação e, de certa maneira, constituiria um bloqueio ao processo de integração jurídica da França à União Europeia.

Ainda com relação às diretivas comunitárias, não apenas o Conselho Constitucional não se considera mais competente para controlar sua constitucionalidade (exceto em caso de ofensa à "identidade nacional"), mas o art. 88-1 da Constituição tem servido de base de referência para que as regras previstas na diretiva comunitária passem a ser usadas para controlar a constitucionalidade da lei de transposição. O argumento é o seguinte: como o art. 88-1 impõe ao legislador a obrigação de transpor a diretiva, será considerada inconstitucional a lei de transposição que transpuser parcialmente ou incorretamente uma diretiva (ao menos no que concerne às

suas disposições "claras" e "incondicionais"). A inadequação entre a lei de transposição e o texto claro e incondicional da diretiva implica inconstitucionalidade da lei. Por essa razão, na decisão n.º 2006-543 DC, de 30 de novembro de 2006, o Conselho Constitucional invalidou parte da lei que lhe havia sido submetida¹²⁴. Trata-se, portanto, de caso em que, por intermédio de uma disposição constitucional (art. 88-1), uma regra de origem não nacional é "incorporada" ao parâmetro de controle de constitucionalidade francês.

Cabe observar que o próprio Tratado da União Europeia demonstra uma postura favorável a uma "relação cooperativa" da União com as ordens constitucionais dos Estados, especialmente em seu art. 6.º, n.º 3, o qual estabelece que fazem parte do direito da União, "enquanto princípios gerais", os direitos fundamentais "tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros"¹²⁵. Essa propensão "cooperativa" deixa em aberto, porém, a diversidade de tradições constitucionais na leitura dos direitos fundamentais. Nada impede que uma ordem constitucional dê primazia à liberdade de imprensa em face da proteção da intimidade, enquanto outra se incline no sentido contrário. Esse impasse não se resolve, portanto, com textualizações e criação de novas burocracias, mas sim na construção de métodos partilhados para enfrentar essas questões em cada caso concreto que seja relevante para mais de uma ordem.

Em princípio, o grande problema reside na procura de modelos para "compatibilizar o dissenso"¹²⁶ entre a ordem jurídica da União e as ordens nacionais, mas também entre as ordens nacionais envolvidas nos casos, sobretudo entre as respectivas cortes. Como a "conversação" transconstitucional pode possibilitar que haja um mínimo de equilíbrio entre consistência jurídica (interna) e adequação jurídica (externa) das decisões de uma corte na cadeia de validação interna pelas ordens respectivas? Como se

124. Conseil Constitutionnel, Décision n.º 2006-543 DC de 30/11/2006.

125. Nesse caso, analogamente à "expansão transnacional de direitos fundamentais estatais" no plano global (Ladeur e Viellechner, 2008), manifesta-se a expansão *supranacional* desses direitos no nível regional.

126. Ladeur, 1986, p. 273.

123. Conseil Constitutionnel, Décision n.º 2006-540 DC de 27/07/2006.

