

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E RELAÇÕES ENTRE ORDENAMENTOS*

Francisco Balaguer Callejón

Catedrático de Direito Constitucional na Universidade de Granada, Espanha.
E-mail: balaguer@ugr.es.

Resumo: O controle de constitucionalidade apresenta perfis específicos nos sistemas de pluralidade de ordenamentos que incorporam normas procedentes de ordenamentos externos como parte do parâmetro ou como objeto do controle. O juiz constitucional se converte também em juiz supranacional e internacional, numa complexa relação entre Constituição e Estado no contexto global que lhe obriga a abrir sua perspectiva constitucional para além da Constituição estatal. As relações entre normas de distintos ordenamentos são sempre relações mediadas por normas sobre a produção jurídica, por normas de competência que determinam sua validade. Por suas próprias características, competência e validade nos conduzem necessariamente a uma mediação normativa, já que remetem a uma terceira norma que é aquela que define as competências e as condições de validade das normas que podem ser produzidas dentro de cada âmbito de competência. Porém, do mesmo modo que a normatividade da Constituição encontra seu mais sólido desenvolvimento no Estado nacional, também a validade, como categoria estreitamente vinculada à Constituição normativa, alcança sua plenitude sob essa forma estatal. No entanto, a projeção supranacional do Estado e a extensão do poder estatal a organizações supranacionais em contextos de integração política, estão suscitando novas formas de articular as relações entre os ordenamentos jurídicos, que não se manifestam através do pleno controle de validade dos atos e não determinam a perda de sua validade e sua anulação. É necessário, a esta altura, recorrer a institutos intermediários, a meio caminho entre a eficácia e a validade entendido no sentido que lhes é atribuído no Estado legal e no Estado constitucional de direito. Novas figuras que nos permitam entender o funcionamento do controle de validade no contexto do direito constitucional da integração supranacional e, genericamente, da relação entre ordenamento interno e ordenamentos externos. Nas condições de pluralismo constitucional e de diversidade de ordenamentos próprias do direito constitucional da integração supranacional, o controle de validade não encontra uma referência baseada numa Constituição comum. A Constituição nacional é somente uma parte, como também o é o direito supranacional. O paradigma kelseniano não pode se realizar sob estas condições. O novo paradigma se baseia numa combinação de elementos próprios do Estado legal de direito e do Estado constitucional de direito, uma espécie de síntese que muda, no entanto, seu sentido original. Por um lado, a validade não será determinável em sua plenitude por todas as instâncias jurisdicionais (cada uma delas pode operar somente sobre seu âmbito de validade próprio). Por outro lado, para evitar um conflito existencial entre ordenamentos, o controle já não é realizado sobre a validade das normas em plenitude, mas se limita aos âmbitos de validade das normas, em particular ao âmbito de validade temporal, mas também sobre o territorial. A eficácia passa a ser assim um princípio que completa a validade no contexto das relações entre ordenamentos própria do direito constitucional da integração supranacional.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Pluralismo de ordenamentos. Validade. Eficácia. Hierarquia. Competência. Âmbitos de validade. Mediação normativa.

* Traduzido do castelhano por Hugo César Araújo de Gusmão.

Sumário: Introdução – **1** A ruptura do princípio de hierarquia no Estado constitucional – **2** As relações entre ordenamentos e o conceito de mediação normativa – **3** Princípio de competência e controle de constitucionalidade – **4** As normas externas como objeto e como parâmetro de controle – **5** A abertura da jurisdição concentrada e seus limites – **6** Parâmetros de controle de constitucionalidade – **7** Classes de controle em função do parâmetro, do objeto e do órgão de controle – Conclusões – Referências

Introdução

O controle de constitucionalidade apresenta perfis específicos nos sistemas de pluralidade de ordenamentos que incorporam normas procedentes de ordenamentos externos, seja como parte do parâmetro, seja como objeto de controle. Quando são incluídas somente normas internas, a articulação do controle tem como referência exclusiva a Constituição estatal, inclusive se o parâmetro é integrado por normas interpostas num bloco de constitucionalidade. Inversamente, ao serem incorporadas normas externas,¹ como bem indica Angelo Schillaci, “o juiz constitucional se converte no centro de um sistema de relações inspirado em paradigmas comunicativos entre textos e experiências jurídicas no qual, como é óbvio, a Constituição continua desempenhando um papel de destaque”.² O juiz constitucional é também juiz supranacional e internacional, numa complexa relação entre Constituição e Estado no contexto global que o obriga a abrir sua perspectiva constitucional para além da Constituição estatal.

Esta complexidade só é comparável até certo ponto a um esquema geral de relação com as normas externas. O direito internacional não é equivalente ao supranacional, e dentro deste, tampouco são suscetíveis de unificação conceitual as experiências de pluralidade de ordenamentos e as de pluralidade constitucional

¹ Falamos de “normas externas” neste trabalho para tornar mais compreensível a natureza dos problemas propostos. Não obstante, do ponto de vista metodológico do direito constitucional europeu, tal e como foi formulado por Peter Häberle, estas normas não são externas, mas formam parte de uma mesma realidade constitucional complexa que integra diferentes ordenamentos e espaços constitucionais: territorial, estatal e europeu (União Europeia e CEDH). Cfr., a este respeito, HÄBERLE, Peter. *Europa –eine Verfassungsgemeinschaft? In: HÄBERLE, Peter. Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, pp. 84 e ss.

² SCHILLACI, Angelo. *Obblighi internazionali e parametro di costituzionalità*. Granada: Editorial de la Universidad de Granada, 2008, p. 335. Para um aprofundamento na temática das relações entre ordenamentos, cfr. igualmente, SCHILLACI, Angelo. *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordenamenti*. Napoli: Jovene Editore, 2012 e BARRILAO, Juan Francisco Sánchez. *Pluralismo ordinamental y derecho constitucional: el derecho como relaciones entre ordenamientos jurídicos*. Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters, 2021, com Prólogo de Paolo Ridola. No que se refere à relação entre ordenamento europeu e interno, é fundamental a obra de SÁNCHEZ, Miguel Azpitarte. *El Tribunal Constitucional ante el control del Derecho Comunitario derivado*. Madrid: Editora Cívitas, 2002.

derivadas da existência de constituições parciais que compõem uma realidade constitucional integrada.³ São muitas as questões relativas a esta diversidade, sem esquecer que as conclusões nem sempre são conduzidas de um espaço a outro,⁴ e que partimos de uma ordem complexa na qual são visíveis as marcas do tempo e o impacto da globalização nos textos clássicos que definiram as categorias do Estado constitucional como Estado nacional.

Na experiência espanhola, aqui tomada como base, o controle concentrado abriu-se à participação de juízes e tribunais ordinários, sem que se possa afirmar, por essa razão, que tenha modificado sua formulação essencial, já que o Tribunal Constitucional continua mantendo a competência exclusiva para seu exercício pleno sobre as fontes com força de lei. Conforme veremos, a intervenção de juízes e tribunais sobre essas fontes, em caso de conflito com o direito europeu ou com os tratados internacionais, é limitada, e nunca alcança as condições de um autêntico controle de constitucionalidade que possa fulminar a validade das normas sobre as quais incide.

Ao mesmo tempo, o próprio controle de constitucionalidade realizado no Tribunal Constitucional se vê também limitado quando diz respeito a normas externas, sejam elas europeias ou internacionais, hipóteses nas quais não se pode operar em plenitude, suprimindo a validade das normas que são objeto de controle. Estamos ante uma intervenção que afeta âmbitos específicos de validade das normas (como o temporal ou o territorial) mas não pode suprimi-la.⁵ Em todo caso, esta é somente uma faceta desta temática. Concretamente, a das normas de outros ordenamentos como *objeto de controle*. A outra que temos que considerar, que é aquela mais abordada pela doutrina, é a das normas de ordenamentos externos como parâmetro de controle.

³ Cfr. HÄBERLE, Peter. *¿Tienen España y Europa una Constitución?* Versão espanhola de Miguel Azpitarte Sánchez. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 12, jul.-dez. de 2009. Uma aplicação da teoria das constituições parciais em âmbito global em: HÄBERLE, Peter. *Universaler Konstitutionalismus aus nationalen und völkerrechtlichen Teilverfassungen – sieben Thesen*. Versão espanhola de Francisco Balaguer Callejón. *Derecho Público*, n. 54, 2013. Cfr. igualmente CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *El pluralismo constitucional como contribución del proceso de integración europea al constitucionalismo global*. In: BENEYTO, José María (Dir.). *Contribuciones de la integración Europea a la gobernanza global*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2014, pp. 53-69 e CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Profili metodologici del Diritto Costituzionale europeo*. *La cittadinanza Europea*, n.º 1/2015, pp. 39-62.

⁴ Cfr. a este respeito a análise realizada por Ricardo Alonso para o caso espanhol na diferente configuração aplicativa do direito europeu e o direito internacional, ainda quando baseados num mesmo procedimento de negação de aplicação em caso de conflito com o direito interno: GARCÍA, Ricardo Alonso. *O controle de convencionalidade: cinco interrogantes*. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Vol. 40, n.º 119, pp. 13-51, 2020.

⁵ Sobre os distintos âmbitos de validade das normas, cfr. KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2ª edição. Viena: Verlag Franz Deuticke, 1960, reimpressão de 1967, pp. 9 e ss. e *Allgemeine Theorie der Normen*. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1979 (obra póstuma), versão italiana, Giulio Einaudi Editore, Torino 1985, pp. 54, 225 e ss.

A intervenção do Tribunal Constitucional ou dos tribunais ordinários neste âmbito das relações entre ordenamentos interno e externo se baseia na incorporação de normas interpostas ao parâmetro de constitucionalidade, o que determina uma configuração distinta deste para cada tipo de controle, com a formação de distintos *blocos de constitucionalidade* nos quais as normas interpostas desenvolvem função mediadora. O conceito de *mediação normativa* torna-se fundamental para compreender a natureza das relações entre ordenamentos e a especificidade do labor jurisprudencial desenvolvido através da configuração do controle de constitucionalidade num sistema de pluralidade de ordenamentos.

Esta função de *mediação normativa* é típica do princípio de *competência*, razão pela qual, a primeira questão que se deve abordar é a do funcionamento deste princípio nas relações entre ordenamentos. Esta questão nos conduz necessariamente à análise do princípio de *hierarquia* como ponto de partida para compreender por que este fica excluído das relações entre ordenamentos, de tal maneira que a construção dogmática destas deve ser realizada com base no princípio de competência ou, para ser mais preciso, da *mediação normativa* que possibilita reconduzir à unidade, no plano jurisprudencial e de aplicação que garante a segurança jurídica, a complexidade inerente à pluralidade de ordenamentos.

1 A ruptura do princípio de hierarquia no Estado constitucional

Começemos, portanto, com o princípio de hierarquia, este conceito espúrio, na caracterização feita por Crisafulli.⁶ Assim o é porque, de cara, sua configuração inicial moderna no Estado legal de direito transferir-se-á ao Estado constitucional através da imagem da *Stufenbau*, à qual atribuir-se-á uma configuração hierárquica. Esta atribuição era inevitável, levando em consideração a própria imagem que descreve o processo de produção normativa kelseniana e o contexto jurídico no qual a teoria é gerada, em plena afirmação do princípio de hierarquia e da instrumentalização da força de lei.⁷ Como sói acontecer, teorias que anunciam e lançam

⁶ “El principio de la jerarquía, por otra parte, es casi siempre, bien mirado, un concepto espurio en lo que confluyen y cohabitan ecos de la concepción gradualista do Derecho, elaborada con alto rigor teórico por la Escuela de Viena, con puntos y sugerencias consecuencia de concepciones, inclusive radicalmente diversas, maduras sobre planos do todo contrarios, como pleitesía a presupuestos y postulados de carácter político-ideológico, y reflejándose más o menos directamente en las particulares estructuras de determinados ordenamientos históricos” (CRISAFULLI, Vezio. Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti, publicado inicialmente na *RTDP (Rivista trimestrale di diritto pubblico)*. Vol. 10, n. 4, pp. 776-810, 1960, citado na versão espanhola de Juan Francisco Sánchez Barrilao, publicada na *Revista de Direito Constitucional Europeu*, n. 1, enero-junio de 2004, p. 325).

⁷ A expressão “force de loi” já compunha a Constituição francesa de 1791, em cujo Título III, Capítulo III, Seção III, art. 6, se estabelecia em referência aos *décrets* aprovados pelo Corpo Legislativo, que “Les

luz sobre novas realidades (neste caso jurídicas) não podem evitar as aderências e os resíduos daquelas que as precedem.

A lei articula sua relação com o resto das fontes no Estado legal de direito mediante a atribuição de uma força específica às normas legais. Uma força de lei que incide na eficácia desta fonte e que contém em si mesma uma dupla condição hierárquica, à qual se incorpora tanto sua vertente substancial como formal. Por esse motivo, *a contradição substancial da lei pelas fontes subordinadas também é uma contradição em relação à norma sobre a produção jurídica fundamental do sistema, que estabelece a condição soberana da lei*. A perda da validade deriva da contradição com uma fonte entendida como suprema por expressar a vontade geral e a soberania nacional ou popular, além de ser também expressão de uma racionalidade que lhe é imanente.⁸

Estamos falando de um ordenamento simples, articulado em torno da lei e do princípio de hierarquia, no qual a categoria fundamental do sistema será a eficácia das normas, por se tratar de um momento revolucionário, a imposição do mundo moderno diante do estamental. Daí que a ordenação do sistema de fontes se projete para o exterior, no sentido da eficácia das normas, já que a validade da lei era inquestionável na qualidade de expressão da soberania: era a lei que determinava, mediante o princípio de hierarquia, a validade do resto das normas do sistema jurídico. A força de lei será assim expressão indireta da força dos grupos sociais que impulsionaram as transformações históricas que deram lugar ao mundo moderno. O prioritário neste momento era impulsionar a mudança no sistema jurídico

décrets sanctionnés par le Roi, et ceux qui lui auront été présentés par trois législatures consécutives, ont force de loi, et portent le nom et l'intitulé de Lois". Cfr. a compilação de DEBBASCH, Charles; PONTIER, Jean-Marie. *Les Constitutions de la France*. Paris: Dalloz, 1983, p. 26. Em todo caso, a formulação doutrinária do conceito moderno de força de lei, como força formal de lei, corresponde a Paul Laband, em referência justamente aos efeitos (a eficácia) das leis. Cfr. LABAND, Paul. *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*. 5ª ed. Tübingen: Aalen Scientia Verl., 1964, tomo II. 1911, reimpressão, pp. 68 e ss. Para Paul Laband, a eficácia das leis repousa em parte na sua forma, e em parte no seu conteúdo, razão pela qual é possível distinguir entre a força formal e a força material de lei. A força formal implica que todo ato de vontade estatal promulgado com forma de lei só poderá ser modificado ou revogado mediante um novo ato legislativo (força passiva), podendo revogar, por sua parte (força ativa), as disposições anteriores que lhe contradigam, "Die formelle Gesetzeskraft ist der Rechtssatz, daß ein in der Form des Gesetzes ergangener Willensakt des Reiches nur im Wege der Reichsgesetzgebung wieder aufgehoben oder abgeändert werden kann und seinerseits allen mit ihm im Widerspruch stehenden älteren Anordnungen derogiert", *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, cit., tomo II, p. 68. A força formal independe do conteúdo da lei, independe igualmente da entrada em vigor da lei (isto é, se manifesta igualmente durante o período de *vacatio legis*, desde o momento da publicação). A força formal não está submetida a condições constitucionais, sendo disponível para o legislador na sua relação com o decreto regulamentar.

⁸ No Livro preliminar do projeto de Código Civil do ano VIII, seu art. 1º enunciava: "Existe un derecho universal e inmutable, fuente de todas las leyes positivas; no es más que la razón natural, en tanto que ella gobierna a los hombres". Ante as críticas dos Tribunais a este tipo de declarações 'metafísicas' responderá Portalis 'nos ha parecido sabio incluir parte de ciencia y parte de legislación'. Cfr. SOURIOUX, Jean Louis. Source du droit en droit privé. *Archives de Philosophie du Droit*. Tomo 27, 1982, p. 34. Claramente para os redatores do Código a lei era expressão da razão, e isso não era questão de opinião, mas um fato científico.

através da eficácia da lei. A eficácia será, assim, a categoria jurídica fundamental do Estado legal de Direito.⁹

Neste contexto histórico, o conceito de força foi elaborado em referência a uma característica imanente da lei (que projetava ao âmbito jurídico o domínio dos grupos que inspiraram a revolução no primeiro constitucionalismo) de um aspecto essencial de sua própria condição de fonte suprema do direito, insubmissa a limites jurídicos. No entanto, no Estado constitucional de direito, toda vez que a Constituição determina agora as condições de produção normativa de todas as fontes, inclusive da lei, a força não pode ser mais que um dos aspectos definitórios de cada categoria, de acordo com o que as regras constitucionais, ou em geral as normas sobre a produção jurídica do ordenamento estabeleçam.¹⁰

O Estado constitucional de direito se baseia no pluralismo como valor fundamental. Desta diversidade deriva a impossibilidade de construir o sistema em torno da lei, como bem entendeu Kelsen, porque a lei expressa a vontade da maioria governante, e não lhe atribuir todo o poder de configuração do ordenamento, com a correspondente potencialidade de lesionar os direitos das minorias. Portanto, a própria lei tem que se submeter à Constituição, e a jurisdição constitucional tem a missão fundamental de garantir a democracia e os direitos das minorias.¹¹ Submeter a

⁹ Cfr. CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *A Projeção da Constituição Sobre o Ordenamento Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2014. Cfr. igualmente, CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Validad y vigencia de las normas*. In: *Diccionario histórico judicial de México: ideas e instituciones*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010.

¹⁰ Conforme indica Franco Modugno, “Innanzitutto, storicamente, la forza di legge, come nozione assoluta ed unitaria, nacque con la elaborazione dottrinale dello Stato costituzionale moderno rappresentativo, come tipica espressione della sovranità, illimitatezza ed incontrollabilità della legge, l’atto in cui si sostanzia la suprema volontà dello Stato; mentre oggi, in regime di sovranità popolare (art. 1 cost.) e non statutale, in sistema costituzionale rigido, e in presenza del sindacato della Corte costituzionale sulla legge, per motivi di forma e di sostanza, essa appare subordinata, in principio [...] alla Costituzione e al controllo di costituzionalità, finendo col perdere tutte quelle caratteristiche che storicamente l’avevano contraddistinta” (MODUGNO, Franco. *Legge-Ordinamento Giuridico, Pluralità degli Ordinamenti*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1985, p. 39).

¹¹ Para Kelsen, “No sólo los actos administrativos individuales son susceptibles y necesitan de un control judicial, sino también las normas generales de los reglamentos, y especialmente las leyes, sin otra diferencia, sino que el control de los primeros se refiere a su legalidad y el de las segundas, a su constitucionalidad. Este control incumbe a la jurisdicción constitucional, cuya función es tanto más importante para la democracia cuanto que el mantenimiento de la Constitución dentro del proceso legislativo representa un interés eminente para la minoría, para cuya protección se han ideado los preceptos sobre quórum, mayoría cualificada, etc. Por esto, si la minoría debe tener asegurada su existencia y eficacia políticas, tan valiosas para la esencia de la democracia, si no ha de estar expuesta a la arbitrariedad de la mayoría y si la constitución no ha de ser una *lex imperfecta* o sin sanción, debe concederse a aquella la posibilidad de apelar directa o indirectamente a un Tribunal constitucional” (Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1920, versão espanhola da segunda edição de 1929 de Rafael Luengo Tapia e Luis Legaz Lacambra, Editora Labor, Barcelona, 1934, p. 106). De tal maneira que “Si se ve que la esencia de la democracia no es la omnipotencia de la mayoría, si no el compromiso constante entre los grupos representados en el Parlamento por la mayoría y la minoría, y por tanto, en la paz social, la justicia constitucional aparece como un medio particularmente idóneo para realizar esta idea” (Hans Kelsen,

lei à Constituição implica dissociar os elementos formais e substanciais que antes confluíam no princípio de hierarquia. Os substanciais continuam sendo um aspecto da lei em sua relação com as fontes inferiores, mas sempre que a própria lei se sujeite à Constituição e não a contradiga. Os formais já não serão inerentes à lei porque esta já não terá um poder onímoto de configuração do ordenamento, nem sequer na sua relação com normas regulamentares.

Certamente, pode-se afirmar que a lei pode regular qualquer âmbito previamente disciplinado por uma norma regulamentar e pode modificar livremente o conteúdo desta norma. Com caráter geral, esta afirmação está correta, sem prejuízo das nuances próprias de cada sistema de fontes. Porém, o que a lei não pode fazer é delegar ao decreto livremente, vulnerando as reservas constitucionais de lei. A reserva de lei, que no Estado legal de direito era uma faculdade do legislador, no Estado constitucional de direito é não só um limite ao poder regulamentar, como também um limite ao próprio legislador.¹² De maneira que a lei não tem mais o controle sobre o que, no Estado legal de direito, se podia considerar como vertente formal da hierarquia. Da substancial sim, porque a contradição entre decreto e lei se resolve necessariamente em favor desta última como norma hierarquicamente superior. Da formal não, porque a lei não tem mais a capacidade incondicionada de disciplinar a produção jurídica, nem sequer a de âmbito infralegal, como tinha no Estado legal de direito.

Esta ruptura histórica, esta dissociação entre os âmbitos formal e substancial do direito não é proposta como problema na abordagem kelseniana,¹³ que se limita a estabelecer as condições de uma ordenação do sistema jurídico de acordo com a ideia de democracia pluralista e fundamentado sobre a ideia de “constituição material”, isto é, as normas que estabelecem as condições de produção do resto das normas.¹⁴ Este tipo de norma, que depois seria caracterizada por

“La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)”, 1928, versão espanhola de Rolando Tamayo e Salmorán, revisada por Domingo García Belaunde, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 15, Madrid, 2011, p. 297).

¹² Cfr. CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Fuentes del derecho*. Madrid: Tecnos, 1992. Vol. II. Cfr. Igualmente, CALLEJÓN, Francisco Balaguer (Coord.). *Manual de derecho constitucional*. 16ª ed. Madrid: Tecnos, 2021. Vol. I.

¹³ Possivelmente porque já estava presente antes na doutrina do Direito Público alemão a dissociação entre um conceito material e um conceito formal de lei. Assim, para Paul Laband “Das Wort Gesetz hat in der Rechtswissenschaft eine doppelte Bedeutung, welche man als die materielle und formelle bezeichnen kann”, numa relação entre ambas que não é de gênero a espécie porque se trata de dois termos diferentes que se caracterizam um pelo conteúdo e o outro pela forma: “Das Wort Gesetz hat in der Rechtswissenschaft eine doppelte Bedeutung, welche man als die materielle und formelle bezeichnen kann” (P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, cit., Tomo II, pp. 1 e 63).

¹⁴ “Verfassung wird hier in einem materiellen Sinn, das heißt: mit diesem Worte wird die positive Norm Oder die positiven Normen verstanden, durch die die Erzeugung der generellen Rechtsnormen geregelt wird” (H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 228).

Tomaso Perassi como “normas sobre a produção jurídica”¹⁵ serão consideradas por Kelsen como supraordenadas, de um ponto de vista lógico, às normas cuja produção vêm a regular. Aqui está a chave do problema, porque essa supraordenação lógica não é hierarquia nem tem algo a ver com o princípio de hierarquia ou com a força de lei, apesar de que a imagem da Stufenbau possa dar essa impressão.

Para entender a diferença basta considerar que *a hierarquia própria do Estado legal de direito expressa uma força imanente à própria lei, que deriva da unificação, nessa fonte, das vertentes substancial e formal do ordenamento jurídico*. A lei era expressão da soberania e sintetizava aquilo que hoje definiríamos como norma sobre a produção jurídica fundamental do sistema (vertente formal) e a capacidade de se impor sobre qualquer outra fonte através de sua força específica (vertente substancial). Ao diferenciar Kelsen as normas da Constituição material (que expressam, apesar do termo “material”, a vertente lógica ou formal do ordenamento) da força efetiva da lei (que já não será uma condição imanente, mas dependerá de sua correspondência com as normas sobre a produção jurídica) subtrai ao princípio de hierarquia um elemento fundamental, definido depois como princípio de competência pela doutrina italiana,¹⁶ convertendo-o – num plano doutrinário, que depois se afirmaria na prática constitucional da segunda metade do século XX – num resíduo histórico em sua função de configuração do ordenamento. Um resíduo se encarado desta perspectiva, porém operativo de maneira muito ampla porque continua disciplinando as relações entre lei e decreto, embora já não como uma força imanente da lei e sim em função das condições estabelecidas pela Constituição.

Adolf Merkel, discípulo de Kelsen, tinha consciência dessa ruptura e tentou mitigá-la e recompor o princípio de hierarquia, diferenciando duas escalas hierárquicas

¹⁵ Em sua *Introducción a la Ciencia Jurídica*, publicada inicialmente como parte introdutória de seu *Curso de Instituciones de Derecho Público* em 1919-20. Cfr. PERASSI, Tomaso. *Introduzione alle Scienze Giuridiche*. Padova: CEDAM, 1967 (1922, reimpressão), pp. 34, 38, 57-58.

¹⁶ Costuma-se situar em Carlo Esposito a origem doutrinária do princípio de competência, como princípio oposto ao de hierarquia. Certamente Esposito realiza uma forte crítica à tese da ordenação gradativa e hierarquizada das normas, baseando-se na ideia de unidade da vontade estatal: “costituzione, legge, regolamento, sentenza, atto amministrativo no sono manifestazione di volontà di diversi subietti giuridici, aventi potere giuridico diverso, l'uno superiore l'altro inferiore, sicchè il loro diverso valore possa riportarsi al diverso potere dei soggetti da cui essi emanano, ma manifestano tutti la unica volontà dello Stato” (ESPOSITO, Carlo. *La validità delle leggi: studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1964. Ristampa inalterata della ed. del 1934, p. 61). A obra de Esposito será fundamental para definir, em termos atuais, os contornos dogmáticos do princípio de competência. Importantes contribuições doutrinárias sucessivas serão a de ZANOBINI, Guido. *Gerarchia e parità fra le fonti*. Padova: CEDAM, publicado inicialmente em 1939, e aparecendo em ZANOBINI, Guido. *Scritti vari di Diritto Pubblico*. Milan: Dott. A. Giuffrè Editore, 1955, e a de Crisafulli anteriormente citada: “Gerarchia e competenza no sistema costituzionale delle fonti”, de 1960. Naturalmente, o fundamento último destas e outras construções se encontra em ROMANO, Santi. *L'Ordinamento Giuridico*, 1917-1918. Cfr. na edição de 1946, Sansoni, Firenze 1962.

dentro do ordenamento: a hierarquia que procede da fundamentação da validade ou determinação das normas, e a hierarquia que procede da força, da capacidade de revogação das normas. Para esse autor, a diferença de grau entre as normas pode proceder tanto da capacidade de determinação da norma superior quanto da capacidade de revogação da norma superior. Ambos os aspectos não necessariamente coincidem nas mesmas normas, razão pela qual pode ocorrer uma pluralidade de escalas, de tal modo que uma norma ocupe uma posição superior a outra em relação a um critério hierárquico, na medida em que sua posição seja similar (de paridade) ou inferior a outro critério hierárquico.¹⁷

Em datas mais recentes realizaria um esforço similar Alessandro Pizzorusso, defendendo a existência de uma dupla hierarquia no sistema de fontes. Em primeiro lugar, a hierarquia das fontes ou das normas, que deriva da eficácia normativa própria das diferentes fontes. Trata-se de uma estrutura hierárquica que se baseia na intensidade da eficácia normativa das distintas manifestações de vontade do Estado e que dá lugar às diversas fontes do direito (Constituição, lei, decreto etc.). Em segundo lugar, diante da anterior hierarquia normativa, uma hierarquia instrumental que se produz entre as normas sobre a produção jurídica e as demais normas (incluídas também as próprias normas sobre a produção jurídica em seu aspecto passivo, na medida em que são reguladas por elas mesmas). Enquanto a hierarquia normativa se baseia na diversa intensidade da vontade política, a hierarquia instrumental o faz numa relação de instrumentalidade lógica, existente entre as normas sobre a produção jurídica e as normas produzidas.¹⁸

No entanto, essas tentativas doutrinárias resultam, a meu ver, incompatíveis com a grande transformação histórica provocada pelo Estado constitucional de direito em relação ao Estado legal de direito, que não é simplesmente jurídica, mas que tem raízes mais profundas. A configuração do pluralismo político como princípio essencial da democracia e da ordem constitucional implica necessariamente renunciar ao princípio de hierarquia como articulador do sistema de fontes (embora continue sendo aplicado em setores específicos). A democracia pluralista se projetará sobre todo o sistema obrigando o estabelecimento de novos

¹⁷ MERKL, Adolf, "Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues", publicado inicialmente em 1931, versão italiana incluída na compilação MERKL, Adolf. *Il duplice volto del diritto: il sistema kelsiano e altri saggi*. Milano: Giuffrè Editore, 1987, pp. 38 e ss. Existe versão espanhola traduzida do alemão por Juan L. Fuentes Osorio y Miguel Azpitarte Sánchez: MERKL, Adolf. *Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento (I)*. *Revista de derecho constitucional europeo*, n. 2, pp. 235-262, 2004; MERKL, Adolf. *Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento (II)*. *Revista de derecho constitucional europeo*, n. 3, pp. 301-326, 2005.

¹⁸ Cfr. PIZZORUSSO, Alessandro. *Delle Fonti del Diritto. Commentario del Codice Civile, art. 1-9*. Bologna-Roma: Nicola Zanichelli Editore e Soc. Ed. Do Foro Italiano, 1977, pp. 6 e ss. Há uma segunda edição de 2011.

critérios de relação entre as fontes que possibilitem a preservação do pluralismo político. A grande contribuição kelseniana, a atenção à validade das normas e o controle jurisdicional que garante a normatividade da Constituição, implicam uma transformação essencial. Se no Estado legal de direito as categorias essenciais eram a *hierarquia* e a *eficácia*, no Estado constitucional de direito, serão elas a *competência* e a *validade*.

Do ponto de vista técnico, a diferença é clara. Enquanto o princípio de hierarquia expressa uma relação direta entre normas, o de competência implica uma relação mediada através de uma terceira norma, uma norma sobre a produção jurídica.¹⁹ A estrutura de ambos os princípios é completamente distinta, o que os torna incompatíveis entre si. Ao ponto de que duas normas com o mesmo nível formal possam ter uma relação competencial que determine o comprometimento da validade de uma delas por contradizer a outra norma em relação a uma norma sobre a produção jurídica. Isso pode ocorrer em relação aos vícios formais das leis em relação aos decretos legislativos, que têm o mesmo nível, ou pode ocorrer também em determinados ordenamentos nos quais o parâmetro de constitucionalidade incorpora normas do mesmo nível para determinar a constitucionalidade umas das outras (como é o caso da Espanha, com o bloco de constitucionalidade).

A *hierarquia* e a *eficácia* nos reconduzem, em suas origens, ao desdobramento histórico de uma nova ordem jurídica que se desejava impor sobre os dispersos regimes normativos do Antigo Regime, estabelecendo unidade e racionalidade. A *competência* e a *validade* nos conduzem à necessidade de articular essa unidade e racionalidade dentro dessa nova ordem, já assentada, entre os distintos setores sociais que configuram uma sociedade plural. O labor pacificador do direito se expressa, assim, através da grande construção doutrinária kelseniana no plano doutrinário, embora só se consolide na vertente normativa, na Europa, a partir das constituições posteriores à Segunda Guerra Mundial.

2 As relações entre ordenamentos e o conceito de mediação normativa

Se a relação hierárquica entre normas é direta e a relação competencial é mediada por uma terceira norma (uma norma sobre a produção jurídica) é fácil compreender que *o princípio de hierarquia nunca poderá ser aplicado, em sentido*

¹⁹ Cfr. CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Fuentes del derecho*. Madrid: Tecnos, 1991. Vol. I.

*estrito, à relação entre ordenamentos.*²⁰ Com efeito, as relações entre normas de distintos ordenamentos são sempre *relações mediadas* por normas sobre a produção jurídica. Passou o tempo do Estado nacional, em relação ao qual Carnelutti afirmava que o que um ordenamento podia receber de outro não era uma norma e sim um fato.²¹ No entanto, isso não quer dizer que as relações entre ordenamentos sejam equiparáveis às relações entre normas de um mesmo ordenamento. Nestas últimas, a hierarquia é um princípio que disciplina setores específicos, baseada numa *relação internormativa direta* (relação entre lei e decreto ou entre disposições regulamentares) e que continua manifestando uma projeção muito relevante, embora limitada ao âmbito intraordenamental.

Por outro lado, *as relações entre normas de distintos ordenamentos não são diretas, estando sempre mediadas por normas sobre a produção jurídica.* Não são relações diretas, como aquelas do princípio de hierarquia, mas dependem das habilitações competenciais realizadas através de uma terceira norma. Estas habilitações podem ser internas ou externas. Nos casos de estrutura territorial descentralizada, Estados federais ou regionais, é a própria Constituição que contém as normas sobre a produção jurídica básica, embora possa ocorrer – como no caso da Espanha – que a Constituição remeta a outras normas para completar a regulação das relações entre as normas procedentes de distintos ordenamentos (estatal e autonômico).

Em todo caso, nenhuma norma estatal é hierarquicamente superior a uma autonômica como tampouco uma norma estadual é hierarquicamente superior a uma federal. Inclusive, no caso das competências concorrentes a relação é de preferência aplicativa, prevalência ou primazia de umas normas sobre outras, porém, não de hierarquia. Nestas hipóteses também há uma determinação competencial, uma norma sobre a produção jurídica que disciplina as relações entre fontes estatais e autonômicas.

O mesmo pode ser dito sobre a relação entre o direito da União Europeia e o direito interno. O direito europeu é aplicado no âmbito interno porque a Constituição possibilita que o Estado-membro se integre ao ordenamento jurídico europeu. No

²⁰ Sem prejuízo de que, como indica Juan Francisco Sánchez Barrilao, tenha lugar “la expresa positivización a nivel interno de la posición incluso constitucional de los Tratados internacionales en respectivos y concretos sistemas de fuentes, de modo que venga a confundirse convencionalidad y constitucionalidad en ellos”, neste caso estamos falando de algo diferente porque é o próprio ordenamento que insere o tratado no seu sistema de fontes, ainda quando sua condição de norma externa continue determinando singularidades específicas. Cfr. BARRILAO, Juan Francisco Sánchez. *Pluralismo ordinamental y derecho constitucional: El derecho como relaciones entre ordenamientos jurídicos*, cit., p. 129. Cfr. igualmente, RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; CASTRO, Bruno Denis Vale. *Tratados internacionales de protección de los derechos humanos: Su impacto en el ordenamiento jurídico brasileño*. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 24, 2015. Tradução: CALAHORRO, Augusto Aguilar.

²¹ Cfr. CARNELUTTI, Francesco. *Teoría general del derecho*. Madrid: Editora Revista de Direito Privado, 1941, versão espanhola de POSADA, Carlos G., pp. 116, 123, 130 e ss.

caso da Espanha essa autorização é contemplada no artigo 93 CE, segundo o qual: “Mediante lei orgânica poder-se-á autorizar a celebração de tratados por meios dos quais se atribua a uma organização ou instituição internacional o exercício de competências derivadas da Constituição. Corresponde ao Congresso ou ao Governo, segundo cada caso, a garantia do cumprimento destes tratados e das resoluções emanadas dos organismos internacionais ou supranacionais titulares da cessão”.

Contudo, o princípio de primazia do direito da União não equivale a um princípio de hierarquia, não determina a aplicação direta e incondicionada das normas europeias sobre as internas, e sim que devam se situar no contexto do princípio de atribuição competencial: prevalece o direito da União validamente produzido, dentro da estrutura de suas próprias competências.²² Existe, portanto, uma terceira norma de referência à qual se faz necessário recorrer previamente para apontar a norma aplicável. Se a norma europeia não fosse válida (se assim fosse estabelecido por parte do Tribunal de Justiça da União Europeia) não poderia se dar sua aplicação preferencial sobre a estatal.

No que se refere aos tratados internacionais, essa mesma ressalva é encontrada no artigo 96.1 CE, segundo o qual, os “[...] tratados internacionais validamente celebrados, uma vez publicados oficialmente na Espanha, farão parte do ordenamento interno. Suas disposições só poderão ser revogadas, modificadas ou suspensas na forma prevista nos próprios tratados ou de acordo com as normas gerais do Direito Internacional”. Portanto, é requisito prévio para a aplicação dos tratados internacionais no ordenamento interno, que estes tenham sido validamente celebrados, o que implica, de novo, a mediação de normas sobre a produção jurídica.

Conforme indicamos, por suas próprias características técnicas, competência e validade nos conduzem necessariamente a uma *mediação normativa*, já que remetem a uma terceira norma (em relação às normas que entram em conflito), que é a que define as competências e as condições de validade das normas que podem ser produzidas em cada âmbito de competência. Essa mediação normativa se vê expressada também na configuração do *controle de constitucionalidade* num ordenamento complexo inserido num contexto de pluralidade de ordenamentos (em estruturas territorialmente descentralizadas). Sua finalidade última no Estado constitucional orienta-se à determinação da validade das normas que entram em conflito com as normas sobre a produção jurídica do sistema.

Porém, do mesmo modo que a normatividade da Constituição encontra seu mais firme desdobramento no Estado nacional, também a validade, enquanto categoria estreitamente vinculada à Constituição normativa, alcança sua plenitude

²² Cfr., sobre o princípio de primazia: CALAHORRO, Augusto Aguilar. *La dimensión constitucional del principio de primacía*. Madrid: Thomson Reuters, 2015, com Prólogo de Miguel Azpitarte Sánchez.

nessa forma estatal, especialmente quando nela se configuram fórmulas de distribuição territorial do poder e de garantia jurisdicional dos direitos fundamentais. Estas fórmulas se manifestam, habitualmente, através do controle de validade. No entanto, *a projeção supranacional do Estado e a extensão do poder estatal a organizações supranacionais em contextos de integração política, sugerem novas formas de organizar as relações entre os ordenamentos jurídicos, que já não se articulam através do controle de validade dos atos.*

Não podemos recuperar, tampouco, a noção de eficácia para estes novos âmbitos de relação entre ordenamentos e os conflitos normativos que neles se produzem. Não cabe falar de eficácia no sentido de hierarquia porque esse significado da hierarquia já se esgotou e não tem cabimento no Estado constitucional de direito, salvo para as relações entre lei e decreto ou entre normas regulamentares. Quando uma norma supranacional ou um tratado colidem com uma norma interna, por exemplo, esta não se invalida como ocorre ao se aplicar a força de lei que se manifesta sobre um decreto ilegal. Porém, tampouco é possível para a jurisdição constitucional, efetuar um juízo de validade pleno sobre a norma supranacional ou internacional.

É necessário recorrer, portanto, a institutos intermediários entre a *eficácia* e a *validade* entendidas no sentido que lhes é atribuído no Estado legal e no Estado constitucional de direito. Novas figuras que nos permitam entender o funcionamento do controle de constitucionalidade na estrutura do direito constitucional da integração supranacional e, em geral, da relação entre ordenamento interno e ordenamentos externos.

Deste ponto de vista, apresenta-se como especialmente relevante a transformação da eficácia, concebida originalmente através do filtro da força de lei, num mecanismo mais modesto de “inaplicação” ou de aplicação preferencial de normas, como ocorre nas hipóteses de conflito entre ordenamentos, seja ela qualificada como primazia ou como prevalência. Do mesmo modo, podemos falar de uma transformação da validade, entendida a partir da determinação que as normas sobre a produção jurídica geram para estabelecer sua integração ao ordenamento no juízo de constitucionalidade, em uma figura igualmente mais limitada, centrada nos *âmbitos de validade* das normas.

A *eficácia* e a *validade* das normas, na sua formulação original no sistema de fontes do Estado legal e do Estado constitucional de direito, determinavam a expulsão das normas do sistema jurídico. A força de lei o fazia manifestando sua eficácia como norma superior, a Constituição o fazia mediante a invalidação jurisdicional das normas consideradas contrárias à Constituição (no sentido material kelseniano). Nos conflitos entre ordenamento interno e ordenamentos externos não vemos agora essa potencialidade originária de eficácia e validade. As normas internas em conflito com normas externas válidas, deixam de ser aplicadas, porém, não

são expulsas do ordenamento. O mesmo ocorre com as normas externas quando são objeto de controle direto ou indireto por parte da jurisdição constitucional: a eliminação de sua validade não é viável porque a produção dessas normas se situa fora do Estado e as normas sobre a produção interna (Constituição incluída) não têm a capacidade de condicionar sua validade plenamente.

Nas relações entre ordenamentos que implicam normas externas vemos agora uma combinação de eficácia e validade que se produz nos *âmbitos de validade* das normas, implicando uma ocorrência limitada de sua eficácia.²³ O controle de constitucionalidade poderá ser realizado em âmbitos concretos de validade das normas, determinando a restrição destes.²⁴ Os juízes e tribunais não poderão invalidar normas legais em sistemas de jurisdição concentrada, porém, poderão determinar a restrição de seu âmbito temporal de validade, por exemplo, se o conflito puder ser resolvido no futuro, de outro modo. Da mesma maneira, a jurisdição constitucional não poderá invalidar normas externas, no entanto, poderá determinar uma restrição de seu âmbito territorial de validade, para evitar que sua aplicação interna seja contrária à Constituição.

3 Princípio de competência e controle de constitucionalidade

Conforme assinalamos, o controle de constitucionalidade, em sua formulação kelseniana, vem da mão do conceito de “constituição material” (as normas sobre a produção jurídica) e, portanto, do princípio de competência. Ou seja, seu pressuposto é a cisão entre componentes formais e substanciais da fonte sobre a qual se constrói o sistema jurídico no Estado legal de direito: a lei. A lei incorporava, através da força de lei, o componente formal e o substancial do princípio de hierarquia. Impunha-se às fontes inferiores sem limitação alguma, pela mera contradição entre os conteúdos vinculada à sua absoluta superioridade hierárquica, que lhe outorgava a condição formal de norma sobre a produção jurídica

²³ Se uma norma é válida, isto é, se existe e é legítima, essa norma desdobra sua eficácia em quatro âmbitos de validade: territorial, pessoal, material e temporal. O âmbito *material* de validade das normas afeta o conceito de abstração, considerado tradicionalmente como um dos requisitos do fenômeno normativo para as concepções da norma baseadas no conteúdo. O âmbito *temporal* de validade afeta o Direito intertemporal e o direito transitório. Por seu turno, os âmbitos *pessoal* e *territorial* destacam o problema da generalidade das normas e da articulação de ordenamentos diversos dentro de um mesmo ordenamento global. Cfr., sobre esta temática, CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Fuentes del derecho*. Madrid: Tecnos, 1991. Vol. I, apartado 2.5.5.

²⁴ A limitação da validade de uma norma, em referência a sua conformidade com o parâmetro de legitimidade e a sua inserção no ordenamento, não admite graduações possíveis. Uma norma é válida porque é legítima, ou é ilegítima e deve ser considerada inválida. No entanto, a eficácia da norma, manifestada através de seus diversos âmbitos de validade, admite limitações. Deste modo, a norma pode ser temporal, ou ser aplicada num território concreto, ou referir-se a pessoas ou matérias determinadas.

fundamental. No Estado constitucional de direito essa unidade da *vertente formal* com a *substancial* do princípio de hierarquia só é atribuível à Constituição, não à lei, que também estará submetida, em suas relações com outras fontes, à própria Constituição (como é evidenciado pela transformação da reserva de lei, de faculdade em limite ao legislador).

Daí que, na formulação típica do controle de constitucionalidade da lei, o princípio de hierarquia, agora hierarquia da Constituição, continue sendo considerado fundamento do próprio controle, embora soe mais adequado falar de *supremacia*. A supremacia da Constituição, com efeito, é uma formulação que se corresponde com a antiga superioridade hierárquica da lei no Estado legal de direito, porém, não com a atual superioridade hierárquica sobre o decreto no Estado constitucional de direito, ou seja, não com as características atuais do princípio de hierarquia. A supremacia da Constituição incorpora esta integridade da antiga hierarquia do Estado legal de direito, que no contexto da Constituição normativa se dissocia na vertente formal (princípio de competência) e substancial (princípio de hierarquia). A supremacia da Constituição, em suma, *não se projeta somente através de sua posição hierárquica superior, mas também através de uma ordenação competencial que tem relação com a mediação normativa própria das normas sobre a produção jurídica, englobando, assim, os dois princípios fundamentais de estruturação do ordenamento: hierarquia e competência*.

Isto é, no Estado constitucional de direito a Constituição não é somente uma norma hierarquicamente superior, cujos conteúdos se impõem ao resto do ordenamento jurídico em virtude dessa condição. É também a norma que estabelece a ordenação das competências no sistema jurídico e a definição das fontes do Direito e das normas sobre a produção jurídica. É, ao tempo que norma hierarquicamente superior em seus conteúdos, a que regula a produção jurídica e a estrutura formal do ordenamento mediante o princípio de competência. A imagem correta dessa função não é a do topo de uma pirâmide normativa, mas a do *centro do ordenamento jurídico*. A Constituição é o centro da estrutura formal e da ordenação substancial do sistema jurídico. A Constituição regula a produção normativa e os conflitos entre normas, de tal maneira que conflito normativo algum pode lhe ser alheio, e todos têm, portanto, uma dimensão constitucional.

No ordenamento do Estado legal de direito, o controle de constitucionalidade era algo impensável, porque a lei e a Constituição compunham o mesmo universo cultural, tinham uma racionalidade compartilhada e uma fonte comum na soberania popular e nacional. Naturalmente, podia haver diferenciação entre ambas, levando em consideração a distinta natureza dos processos de produção de cada fonte, assim como em função da rigidez constitucional. Porém, o sistema se nor-teava pela ideia de transformação revolucionária da sociedade através da eficácia

da lei, não pela de um controle de uma lei que era inquestionável em si mesma por proceder da soberania popular ou nacional. O princípio de articulação global do sistema era o de hierarquia e as normas contrárias à lei resultavam ineficazes e inválidas.

O controle de constitucionalidade requer uma Constituição material em sentido kelseniano, uma série de normas sobre produção jurídica que estabeleçam fontes e habilitem competências. A determinação da validade das normas que são objeto de controle se baseia em última instância no fato de que as normas sobre produção jurídica regulam as condições de produção daquelas. O *princípio de constitucionalidade* compõe essas normas sobre produção, vinculando o resto das fontes e normas ao respeito a procedimentos formais e também a princípios e valores materiais incorporados à Constituição. Trata-se, portanto, de um princípio de maior densidade e alcance que o princípio de hierarquia, como também o é a supremacia constitucional, da qual este princípio deriva.

Contudo, é habitual referir-se a esta relação entre a Constituição normativa e o resto das normas como uma relação hierárquica.²⁵ Certamente pode-se afirmar isso, já que não há mediação de uma terceira norma superior à própria Constituição e às normas infraconstitucionais que defina o próprio âmbito de validade das normas constitucionais. As normas interpostas ou aquelas que integram o bloco de constitucionalidade realizam essa função mediadora em relação a outras normas infraconstitucionais, porém, não em relação à própria Constituição, porque não condicionam a validade das normas constitucionais. Em todo caso, seria mais correto falar de *supremacia* porque a relação entre as normas constitucionais e o resto das normas do sistema jurídico é mais complexa que a relação hierárquica entre a lei e o decreto que definiu o modo em torno do qual foi construído o princípio de hierarquia no Direito Público.

No que tange ao ordenamento interno, a elaboração do parâmetro de constitucionalidade tem sempre como referência uma norma “de cabeceira”, que deve ser uma norma constitucional. A partir daí, o controle de constitucionalidade pode ser direto ou indireto. Será direto caso se confronte a norma objeto de controle com a norma constitucional. Será indireto caso o parâmetro acomode também outras normas, como é o caso das “normas interpostas” na doutrina italiana²⁶ ou as normas que integram o bloco de constitucionalidade no ordenamento constitucional espanhol.²⁷ Essas normas, procedentes dos Estatutos de Autonomia e de

²⁵ Cfr. LÓPEZ, Tomás Requena. *El principio de jerarquía normativa*. Madrid: Editorial Civitas, 2004.

²⁶ A formulação deste termo não corresponde a Lavagna em 1955. Cfr. sobre o tema, com uma perspectiva crítica, NACCI, Paolo Giocoli. Norme interposte e giudizio di costituzionalità. In: *Scritti su la Giustizia costituzionale in Onore di Vezio Crisafulli* (I). Padova: CEDAM, 1985, pp. 359 ss.

²⁷ Um termo que procede do constitucionalismo francês. Cfr. LLORENTE, F. Rubio; ARAGÓN, M. La Jurisdicción constitucional. In: PREDIERI, Alberto; ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución española*

outras leis, podem amparar a aplicação concreta de um preceito constitucional em virtude de prévias habilitações constitucionais que obriguem a integrá-las no parâmetro de constitucionalidade.

Todavia, a integração do Estatuto de Autonomia no bloco de constitucionalidade não permite defendê-la de um juízo de “estatutoriedade” ou da possível “antiestatutoriedade” das normas, de maneira independente do juízo de constitucionalidade e da eventual inconstitucionalidade das normas. A validade das normas está sempre vinculada, direta ou indiretamente, à Constituição. É também a Constituição que se fragiliza indiretamente pelas normas autonômicas ou estatais contrárias ao bloco de constitucionalidade.²⁸ Certamente, estamos diante de normas sobre a produção jurídica incorporadas ao Estatuto, porém, isso não muda a natureza do controle, que continua sendo de constitucionalidade, embora indireto, por incorporar normas que, como o Estatuto de Autonomia, compõem o bloco de constitucionalidade.

Questões muito diferentes daquelas das normas interpostas ou das normas incorporadas ao bloco de constitucionalidade assomam na construção do parâmetro de constitucionalidade quando se tem que considerar, também, normas internacionais ou supranacionais. As normas internas que integram o bloco de constitucionalidade submetem-se à Constituição e desempenham suas funções de mediação normativa no contexto por ela viabilizado. As normas supranacionais ou internacionais, por seu turno, podem realizar uma função de *mediação normativa* em relação às próprias normas constitucionais. Isto implica uma diferença de *status* importante, porque pode-se gerar um conflito entre o direito internacional ou supranacional e a própria Constituição.

A específica dificuldade decorrente que os tratados impõem para o controle de constitucionalidade já foi apontada por Kelsen, em consonância com sua ideia de uma comunidade jurídica universal à qual devem se submeter os ordenamentos estatais.²⁹ Essa primazia do direito internacional sobre o interno faz com que

de 1978: estudio sistemático. Madrid: Civitas, 1980, p. 844. Cfr. igualmente, MORALES, Angel Garrorena. Acerca de las leyes orgánicas y de su espuria naturaleza jurídica. *Revista de Estudios Políticos (REP)*, n. 13, pp. 169-207, 1980, pp. 201-202, nota 34, e BAQUER, Sebastián Martín-Retortillo. Consideraciones sobre los tribunales constitucionales. *Revista española de derecho administrativo (REDA)*, n. 15, pp. 551-572, 1977, p. 568. Como indica Francisco Rubio Llorente, da literatura jurídica francesa tomou-se só uma expressão que se aplica no ordenamento constitucional espanhol a uma realidade diferente. Cfr. LLORENTE, Francisco Rubio. El bloque de constitucionalidade. *Revista Española de Derecho Constitucional (REDC)*, n. 27, vol. 9, pp. 9-37, 1989, pp. 18-19.

²⁸ Cfr. CALLEJÓN, Francisco Balaguer. El Estado Autonómico en el contexto de la integración Europea. Un comentario a la STC 31/2010, de 28 de junio. *Nuove Autonomie: Rivista Quadrimestrale di Diritto Pubblico*, n. 3, pp. 615-648, 2010, p. 644.

²⁹ “Todas las comunidades jurídicas, desde la Confederación hasta la última asociación de derecho civil, pasando por el Estado federal, el Estado unitario, el Estado federado, la provincia autónoma o la entidad local, son ordenadas por la universal comunidad jurídica internacional en una cadena continua de formas

manifeste seus efeitos sobre a lei ou sobre a Constituição ao não poder ser revogado por um ato unilateral do Estado, que é simplesmente uma das partes contratantes. Por isso, embora o tratado possa ser objeto de controle de constitucionalidade, “o lugar de um tratado internacional no edifício do ordenamento jurídico não se deixa determinar perfeitamente de maneira unívoca”.³⁰

O Estado se compromete internacionalmente, porém, deve fazê-lo nos parâmetros da Constituição e de acordo com as condições por ela estabelecidas. Quando alguma dessas obrigações internacionais entra em contradição com a Constituição, gera-se um desajuste entre Constituição e Estado, no âmbito das relações internacionais, e da integração do tratado internacional no ordenamento interno, porque essa integração está habilitada pela Constituição, porém, não ao ponto de dar lugar a um resultado a ela contrário. Essa contradição nos conduz necessariamente aos procedimentos de reforma da Constituição, assim como aos mecanismos de controle preventivo dos tratados internacionais (no caso da Espanha, previstos no artigo 95 CE).

No que se refere ao direito da União Europeia, a dificuldade se incrementa pelo fato de que a possível contradição com a constituição não é evitada com o controle preventivo dos tratados, podendo ocorrer entre o direito derivado e o direito constitucional, de maneira que se trata de um risco de conflito permanente. Para evitar esse risco foram engendrados diversos institutos, partindo da doutrina dos “contralimites” ou reservas constitucionais, elaborada pelos tribunais constitucionais nacionais (inicialmente o TCFA e a Corte Costituzionale italiana). Essa doutrina foi incorporada ao Direito da União, com o artigo 4.2 do Tratado da União Europeia, estabelecendo que “A União respeitará a igualdade dos Estados membros ante os Tratados, assim como sua identidade nacional, inerente às estruturas fundamentais políticas e constitucionais destes, também no que se refere à autonomia local e regional”.³¹

O respeito à identidade constitucional dos Estados é um mecanismo de flexibilização similar ao da margem de apreciação nacional no contexto do CEDH.³² De fato, o Tribunal de Justiça da União Europeia já invocou esta cláusula do art. 4.2 TUE para modular a aplicação do direito da União quando ocorreu um conflito com

jurídicas” (Hans Kelsen, “Der Wandel des Souveranitätsbegriffs”, 1931, versão espanhola de Miguel Azpitarte Sánchez: KELSEN, Hans. La transformación del concepto de soberanía. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 18, pp. 345-358, 2012, p. 356).

³⁰ KELSEN, Hans. *La garantie juridictionnelle de la Constitution* (La Justice constitutionnelle), cit., p. 264.

³¹ Cfr. VECCHIO, Fausto. *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali: effetti asimmetrici dell'europeizzazione dei controlimiti*. Torino: Giappichelli, 2012.

³² Sobre a margem de apreciação, cfr. ARNAIZ, Alejandro Saiz. Tribunal Europeo de Derechos Humanos y procesos políticos nacionales: democracia convencional y margen de apreciación. *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 42, pp. 221-245, 2018.

as constituições dos Estados-membros.³³ Uma apelação que é essencialmente formal porque se completa com outras referências normativas europeias geralmente, porém, que serve para evitar um conflito potencial que se deve ao fato, antes indicado, de que as normas europeias possam desenvolver uma capacidade de *mediação normativa* em relação ao direito constitucional interno.

Há mais dificuldades para que se consolide no âmbito das jurisdições constitucionais nacionais um reconhecimento similar, em relação ao direito da União àquele que está tendo o TJUE em relação ao direito constitucional nacional. Enquanto o TJUE integra o direito constitucional nacional dentro do parâmetro de controle através dessa cláusula de respeito à identidade constitucional, as jurisdições constitucionais nacionais têm mais reparos para integrar o direito da União dentro do parâmetro de controle de constitucionalidade.³⁴ No caso da Espanha houve alguma tentativa que, posteriormente, não foi confirmada, de maneira que o Tribunal Constitucional continua entendendo o direito da União como direito que pode modular a interpretação da própria Corte (em matéria de direitos fundamentais, de acordo com o artigo 10.2 CE) porém, não como um direito que se integre diretamente no parâmetro de constitucionalidade, gerando assim uma espécie de “bloco da constitucionalidade” externo.³⁵

O mesmo pode ser dito em relação ao CEDH e à jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. É levada em conta enquanto critério de interpretação via art. 10.2 CE, porém, não como instrumento normativo substantivo que possa integrar o parâmetro de constitucionalidade. Isso não significa que não se acate a doutrina do TEDH na Espanha, pelo contrário, especialmente porque o art. 10.2 CE tem, neste caso, uma dimensão muito similar à da *mediação normativa* produzida mediante a integração no bloco de constitucionalidade. Por outro lado, a Espanha não é um Estado com grande número de sentenças condenatórias ou contra o qual tenham sido apresentados muitos recursos.³⁶ É compreensível, deste ponto de vista, que a incidência direta deste direito convencional sobre o

³³ Cfr. CALLEJÓN, Francisco Balaguer. The dialectic relation between the national and the European constitutional identity in the framework of European Constitutional Law. *UNIO – EU Law Journal*. Vol. 3, No. 3, pp. 10-24, 2017. Disponível em: <https://revistas.uminho.pt/index.php/unio/article/view/314/317>. Acesso em: 18 jun. 2022.

³⁴ Embora em matéria de estabilidade orçamentária, por exemplo, essa integração já seja inevitável devido às reformas constitucionais nos Estados-membros, incorporando o direito da União como parâmetro nesse âmbito específico. Cfr. BARRILAO, Juan Francisco Sánchez. *Pluralismo ordinamental y derecho constitucional: El derecho como relaciones entre ordenamientos jurídicos*, cit., p. 131.

³⁵ Cfr. CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Die Einwirkungen des Unionsrechts und der EMRK auf die nationalen Verfassungen. Der Fall Spanien. In: BLANKE, Hermann-Josef; MAGIERA, Siegfried; PIELOW, Johann-Christian; WEBER, Albrecht (Org.). *Verfassungsentwicklungen im Vergleich*. Berlin: Duncker & Humblot, 2021.

³⁶ Cfr. PORTILLA, Francisco Javier Matía. Examen de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo que afectan al Reino de España. *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 42, pp. 273-310, 2018, p. 273 e ss.

ordenamento interno seja inferior ao de outros países europeus, do ponto de vista quantitativo, sem prejuízo de que a doutrina do TEDH deva ser seguida sempre, independentemente do Estado concreto ao qual se refira.³⁷

É preciso ressaltar, em todo caso, que essa integração tampouco mudaria a natureza do controle de constitucionalidade. Isto é, *o controle de constitucionalidade não passa a ser um controle de “europeidade”, no caso do direito da União, ou um controle de “convencionalidade”,³⁸ no ocaso do CEDH*, pelo fato do parâmetro de constitucionalidade integrar também, como normas interpostas àquelas da UE ou às do CEDH, a correspondente jurisprudência do TJUE ou do TEDH. Da mesma forma que ressaltamos antes para o chamado “controle de estatutoriedade”, o que compromete a validade de uma norma no ordenamento interno é uma confrontação com a Constituição, direta (integrando no parâmetro somente normas constitucionais) ou indireta (integrando, também, no parâmetro, normas interpostas, da União ou do CEDH).

4 As normas externas como objeto e como parâmetro de controle

Da perspectiva do controle de constitucionalidade, as normas externas demonstram-se relevantes em dois âmbitos. Por um lado, na questão fundamental da integração do *parâmetro* de constitucionalidade, de sua capacidade de desempenhar uma função de mediação normativa entre o ordenamento externo e o interno. Por outro lado, na sua consideração como *objeto do controle* de constitucionalidade e as consequências que poderia manifestar uma eventual declaração de inconstitucionalidade deste tipo de norma.

No que se refere à integração com o parâmetro de constitucionalidade estamos aqui diante de uma potencial função de *mediação normativa* em virtude da qual o direito externo se integra na ordem constitucional interna para determinar a validade das normas submetidas a controle. Esta possibilidade é expressiva de

³⁷ Cfr. JIMÉNEZ, Argelia Queral. Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 42, pp. 395-424, 2018, p. 395 e ss.

³⁸ Sobre o controle de convencionalidade cfr. ALCALÁ, Humberto Nogueira. El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Iberoamericana de Derechos Humanos. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Vol. 10, n. 19, pp. 221-270, 2013. Cfr. igualmente, QUESADA, Luis Jimena. El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del control de convencionalidad. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*. Nº 15, pp. 41-74, 2010. É interessante também a compilação de jurisprudência contida no *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, nº 7: “Control de convencionalidad”.

umas *relações de confluência* entre ordenamentos que aponta para uma dimensão específica da incidência das normas externas no sistema constitucional.

Esta confluência pode estar promovida pelos próprios ordenamentos externos através de mecanismos como a margem de apreciação (TEDH) ou o respeito à identidade constitucional dos Estados (TJUE). Este último princípio, ao qual já nos referimos antes, deu lugar a uma peculiar jurisprudência por parte do TJUE se consideramos que sua origem se situa nos contralimites ou reservas constitucionais dos tribunais constitucionais nacionais em face do direito europeu. Estas reservas constitucionais se configuraram como um limite, como uma fronteira diante do direito da União em relação aos princípios fundamentais do sistema constitucional que deviam ser preservados.

Contudo, como já alertara há alguns anos Angelo Schillaci, havia outra maneira de interpretá-los, como finalmente foi feito pelo TJUE, de forma que, através deles fosse articulada uma relação integradora e não conflitiva entre o direito europeu e o direito interno.³⁹ Esta versão da “identidade constitucional”, operacionalizada pelo TJUE, não tem muita relação com a ideia de “contralimites”, entendidos como núcleo essencial na ordem constitucional interna, que não poderia se ver afetado pelo Direito europeu.

Pelo contrário, trata-se de um mecanismo similar ao da “margem de apreciação”, que apela à identidade nacional “em minúsculo” como afirma Pedro Cruz Villalón, o que sugere que a identidade nacional perde seu caráter absoluto. Desse modo, a “[...] identidad constitucional puede ser alegada, con escasas reservas, por parte de los Estados, pero al coste de tener que competir con una pluralidad de categorías y, en particular, con un juicio de proporcionalidad”.⁴⁰

Como afirma Stelio Mangiameli, “le limitazioni all’applicazione di alcune disposizioni do diritto europeo sono conseguenza dell’interpretazione sistematica dello stesso diritto sovranazionale, rispetto alla quale le disposizioni delle costituzioni nazionali sono assunte non per la loro portata normativa, ma come parte dei fatti rilevanti per l’applicazione dei principi europei, anche quando questi

³⁹ Com efeito, como indicava A. Schillaci, os contralimites podem ser não somente instrumentos de defesa da ordem constitucional interna, mas também “instrumentos de apertura y cauces de la integración material”, de tal maneira que “las reservas de constitucionalidad, hasta ahora indicadas como momentos de oposición irreducible, y aporía interna a las relaciones entre sistemas, acaban traduciéndose en instrumento de garantía, y cauce de representación de las exigencias específicas de cada comunidad” (Cfr. SCHILLACI, Angelo. Caminos de la integración material: la “comunitarización” de los “contralimites” en la decisión Société Arcelor Atlantique et Lorraine del Conseil d’État. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Vol. 4, n. 8, pp. 323 ss., 2007).

⁴⁰ Cfr. VILLALÓN, Pedro Cruz. La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos. In: CALLEJÓN, Francisco Balaguer; VILLALÓN, Pedro Cruz; GROSSI, Pierfrancesco *et al.* (Org.). *Scritti in onore di Antonio D’Atena*. Milano: Giuffrè Editore, 2015, Tomo I, pp. 739, 742. Cfr., igualmente RUGGERI,

sono corrispondenti nei contenuti a nozioni adoperate dalle norme costituzionali nazionali”.⁴¹

Em definitivo, poderíamos afirmar que o TJUE não está aplicando aqui estritamente os contralimites como tais, nem sequer “europeizados” porque, na realidade, não define a identidade constitucional como tal, e sim até que ponto determinadas particularidades do ordenamento constitucional podem modular a aplicação do Direito Europeu. Que essas particularidades sejam necessariamente parte integrante da “identidade constitucional” é algo mais que discutível. Isto não implica dizer que não o possam ser (por exemplo, no caso da dignidade da pessoa em relação à Alemanha) porém, essa condição não é a relevante para o TJUE, já que, inclusive se não fossem parte da “identidade constitucional” poderiam ser utilizadas para modular a aplicação do princípio de primazia.

O importante, no entanto, do ponto de vista da temática que estamos abordando, é que os tribunais externos utilizem (seja apelando à margem de apreciação ou à identidade nacional) instrumentos normativos dos sistemas jurídicos estatais como normas mediadoras integradas no seu parâmetro de enjuizamento. Em particular, no que tange à identidade nacional, como indica Miguel Azpitarte, sendo uma categoria autônoma do Direito da União, configura-se, também, “un mandato normativo que obriga al Tribunal de Justicia a interpretar la realidad constitucional del Estado miembro que la alega”.⁴² É viável, portanto, que um ordenamento receba normas de outro para modular os âmbitos de validade de suas próprias normas.⁴³ Neste caso, o âmbito territorial de validade em relação a determinados Estados.

No que se refere às normas externas como objeto de controle nos encontramos aqui ante a questão dos limites nas relações entre ordenamentos, que já não são de confluência (como nas hipóteses de integração do parâmetro de controle) e sim de *relações de conflito*. Isto é, caso se sugira o controle de uma norma externa é porque há uma provável lesão da Constituição, o que, no caso do direito

Antonio. *Primato do diritto sovranazionale versus identità costituzionale?* (Alla ricerca dol'araba fenice costituzionale: i “controleimiti”), 2016, disponível em: <https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/04/ruggeri.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2022 e GAMBINO, Silvio. Identidad constitucional nacional, derechos fundamentales e integración europea. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Vol. 9, n. 18, pp. 55-94, 2012.

⁴¹ MANGIAMELI, Stelio. L'Unione Europea e l'identità degli Stati membri. In: CALLEJÓN, Francisco Balaguer; VILLALÓN, Pedro Cruz; GROSSI, Pierfrancesco *et al.* (Org.). *Scritti in onore di Antonio D'Atena*. Milano: Giuffrè Editore, 2015, Tomo III, p. 1839.

⁴² SÁNCHEZ, Miguel Azpitarte. Identidad nacional y legitimidad del Tribunal de Justicia. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 39, pp. 413-448, 2017, p. 445.

⁴³ No mais, tanto o direito constitucional nacional como o direito convencional derivado do CEDH e da jurisprudência do TEDH (independentemente de que este último acabe se integrando diretamente no ordenamento da União ao se cumprir a previsão do artigo 6.2 TUE e a União aderir ao CEDH) desenvolvem uma *função hermenêutica* e uma *função normativa* própria no ordenamento da UE: cfr. CALLEJÓN, Francisco Balaguer. La méthodologie du droit constitutionnel européen. In: CALLEJÓN, F. Balaguer; PINON, S.; VIALA, A. (Coord.).

européu, nos levaria à questão dos contralimites ou reservas constitucionais. O desdobramento desta temática não levaria muito longe, desdobramento que implica necessariamente a capacidade de adaptação da Constituição e a questão dos limites à reforma, isto é, as disposições intangíveis, cláusulas pétreas ou cláusulas de eternidade.⁴⁴

A questão que agora nos interessa tem a ver com a configuração do controle de constitucionalidade quando esse tipo de normas se apresente como *objeto de controle*, seja direto ou indireto. No que tange à possibilidade de um controle por parte dos juízes e tribunais ordinários, não se aplica no caso da Espanha. Devem se limitar a propor a arguição de inconstitucionalidade ao Tribunal Constitucional em relação aos tratados ou eventualmente em face do direito europeu, assim como a questão prejudicial ao TJUE em relação ao direito europeu.

No que se refere ao Tribunal Constitucional, já nos referimos à dificuldade implicada no controle dos tratados. Ainda mais difícil resulta o controle do direito europeu, sobre o qual o recente pronunciamento do TCFA, de 5 de maio de 2020, ao qual nos referiremos mais adiante, deu lugar à abertura de um procedimento de infração por parte da Comissão Europeia.⁴⁵

Le droit constitutionnel européen à l'épreuve de la crise économique et démocratique de l'Europe. Paris: Institut Universitaire Varenne, 2015.

⁴⁴ Sobre estas questões, cfr. CALLEJÓN, Francisco Balaguer. La reforma constitucional en el contexto de la pluralidad de espacios constitucionales de dimensión europea. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Sexagésimo aniversário, número comemorativo 1948-2008, pp. 29-61, 2008, ou, mais recentemente, CALLEJÓN, Francisco Balaguer. European Integration and Limitation of the Power of Constitutional Reform. In: ARNOLD, Rainer (Ed.). *Limitations of National Sovereignty through European Integration*. Dordrecht: Springer, 2016, pp. 15-25 e CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale visti dalla Spagna. In: LANCHESTER, Fulco. *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*. Padova: Cedam, 2017, pp. 85-112.

⁴⁵ A Comissão enviou uma comunicação à Alemanha no dia 9 de junho de 2021 com o seguinte teor: "Primazia do Direito da União: a Comissão envia uma carta de notificação a Alemanha por descumprir os princípios fundamentais do Direito da União. A Comissão Europeia decidiu hoje enviar uma carta de notificação a Alemanha por violação dos princípios fundamentais do Direito da União, concretamente os princípios de autonomia, primazia, eficácia e aplicação uniforme do Direito da União, assim como o respeito às competências do Tribunal de Justiça, consagradas no artigo 267 do TFUE. No dia 05 de maio de 2020, o Tribunal Constitucional Federal alemão prolatou sua sentença sobre o programa de compras de valores do setor público (PSPP, em sua sigla em inglês) do Banco Central Europeu (BCE), segundo a qual dito programa constituía uma extrapolação no exercício de facultades por parte do BCE e ia além de suas competências. Nessa mesma sentença, o Tribunal Constitucional alemão também qualificou de extrapolação no exercício de facultades uma sentença do Tribunal de Justiça (a sentença no assunto Weiss e outros), sem, portanto, remeter o assunto a dito Tribunal. Por conseguinte, o Tribunal alemão privou a sentença do Tribunal de Justiça de seus efeitos legais na Alemanha, infringindo assim o princípio de primazia do Direito da União. Este é o motivo pelo qual agora se promove o procedimento de infração. Mediante Ordem de 29 de abril de 2021, o Tribunal Constitucional alemão rechaçou os recursos que pretendiam lograr uma ordem de execução da sentença de 5 de maio de 2020. Não obstante, a Ordem de 29 de abril de 2021 do Tribunal Constitucional alemão não soluciona as violações ao princípio de primazia do Direito da União. A Comissão considera que a sentença do Tribunal Constitucional alemão constitui um precedente grave, tanto para a prática futura do próprio Tribunal como para os tribunais supremos e constitucionais de outros Estados-membros. A Alemanha dispõe agora de dois meses para responder às

Contudo, não se pode excluir esse controle da perspectiva da lógica do direito constitucional interno, embora fosse recomendável prudência num âmbito no qual a apelação ao diálogo entre tribunais apresenta-se como absolutamente procedente.⁴⁶ De se produzir um controle desta natureza, a integração do parâmetro com normas externas seria necessária para favorecer uma decisão equilibrada, que leve em consideração o contexto ordenamental. Seu resultado nunca poderia ser um ajuizamento pleno da validade da norma externa, e sim um juízo parcial sobre seu *âmbito de validade territorial*.

5 A abertura da jurisdição concentrada e seus limites

Nos sistemas de jurisdição concentrada, o controle da validade constitucional das leis é realizado exclusivamente pelo Tribunal Constitucional, por princípio. Este monopólio tem a ver com o valor que o ordenamento atribui às fontes com valor de lei e o fato de que os juízes e tribunais ordinários estejam submetidos ao império da lei. O valor de lei implica um regime jurídico próprio para as fontes legais, que se sintetiza justamente na sua sujeição exclusiva ao controle do Tribunal Constitucional no tocante à sua validade. No ordenamento espanhol este regime jurídico foi questionado por alguns autores com argumentos que não parecem suficientes para que se chegue a uma conclusão diferente.⁴⁷

O pluralismo de ordenamentos permitiu certa abertura da jurisdição concentrada. Ao não ser aplicável o princípio de hierarquia nas relações entre ordenamentos, e ao requerer o princípio de competência um juízo de validade das leis para o qual juízes e tribunais não estão constitucionalmente habilitados, estes poderão deixar de aplicar, em determinadas condições, leis contrárias a normas externas. Da parte da doutrina espanhola falou-se de “mutação constitucional” para se fazer referência à transformação que parecia sugerir a posição do juiz em face da lei no caso de contradição com o direito europeu.⁴⁸ Por outro lado,

questões formuladas pela Comissão”. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/inf_21_2743.

⁴⁶ Sobre esta temática, cfr. RÍOS, Juan Antonio Xiol. El diálogo entre tribunales: o Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional de España. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Vol. 17, nº 33, 2020; GIBERT, Rafael Bustos. XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Nº 95, pp. 13-63, 2012. Cfr. igualmente, MENEZES, Paulo Brasil. *Diálogos Judiciais entre Cortes Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

⁴⁷ Cfr. CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Manual de Derecho Constitucional*, cit., Vol. I, pp. 154 e ss.

⁴⁸ Cfr. MACHADO, Santiago Muñoz. *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*. Madrid: Alianza Editorial, 1993. Cfr. igualmente, CALLEJÓN, Francisco Balaguer. La constitucionalización de la Unión Europea y la articulación de los ordenamientos europeo y estatal. In: HERRERA, Miguel Ángel García (Dir.). *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*. Bilbao: Universidad do País Vasco, 1997, pp. 593-612. Cfr. igualmente, RANDAZZO, Alberto. *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 2017.

o Tribunal Constitucional rechaçou a condição constitucional dos conflitos entre direito interno e direito europeu, determinando que esses conflitos não tinham natureza constitucional com caráter geral (sem prejuízo de que pudessem manifestá-la pontualmente no caso de violação de preceitos constitucionais substantivos).⁴⁹

Nem uma coisa nem outra pode se endossada. Para começar, a posição do juiz ante a lei não mudou, porque este não realiza um controle de sua validade nem a anula, limita-se a deixar de aplicá-la quando colide com normas europeias válidas. Isso não significa que esse conflito careça de natureza constitucional. Conforme já indicamos, a Constituição é o centro do ordenamento jurídico, e nenhum conflito normativo interno pode se subtrair a sua condição constitucional porque, em última instância, sempre terá relação com as normas sobre a produção jurídica estabelecidas pela Constituição. No caso do direito europeu, é evidente que é aplicado na Espanha em virtude de uma habilitação constitucional prévia, estabelecida no artigo 93 CE, de maneira que, qualquer violação de seus preceitos válidos por parte de uma norma interna é também uma lesão ao artigo 93 CE. Não pode ser de outro modo, salvo que a Constituição renuncie a regular o ordenamento jurídico e a dotá-lo de unidade.

Que tipo de controle realiza o juiz para determinar que não se aplique uma lei contrária ao direito europeu válido? A resposta é simples: um controle sobre âmbitos de validade concretos, que afeta unicamente a eficácia da norma. Não se trata de um controle de constitucionalidade pleno, como aquele realizado pelo Tribunal Constitucional sobre as normas com valor de lei. É um controle limitado ao *âmbito de validade temporal* da norma, que determina que não seja aplicado (salvo se no futuro mudem as circunstâncias, seja porque as normas europeias desaparecem em virtude do princípio de subsidiariedade ou por deixarem de ser incompatíveis com as normas internas).

No que se refere aos tratados internacionais, esse tipo de controle foi incorporado à legislação espanhola na matéria, que parte de uma compreensão correta da natureza da relação entre ordenamentos. Dado que o tratado não é só uma fonte do ordenamento interno, mas que procede, também, de outro ordenamento, não se pode falar de relação hierárquica entre os preceitos do tratado e as normas internas, seja qual for a posição destas últimas no sistema jurídico espanhol. Todos os tratados devem ser cumpridos porque implicam obrigações internacionais do Estado que não podem ser evitadas sem que se incorra em responsabilidade. A *Lei 25/2014, de 27 de novembro, de Tratados e outros Acordos Internacionais*, expressa esta obrigação em seu artigo 31, indicando que “As

⁴⁹ Cfr. SÁNCHEZ, Miguel Azpitarte. La autonomía del ordenamiento de la Unión y las “funciones esenciales” de su sistema jurisdiccional. *Teoría y Realidad Constitucional*. Nº 32, pp. 225-257, 2013.

normas jurídicas contidas nos tratados internacionais validamente celebrados e publicados oficialmente prevalecerão sobre qualquer outra norma do ordenamento interno em caso de conflito com elas, salvo as normas de nível constitucional”.

Esta prevalência ou primazia dos Tratados (que não hierarquiza, o que implicaria um impacto sobre a validade da norma interna contraditória com eles e não seu mero afastamento) condiz com o sistema de fontes espanhol, embora a previsão legal, como é lógico, só possa vincular as normas infralegais, não o próprio legislador, que poderia modificá-la no futuro. Desta perspectiva, o correto é que seja o Tribunal Constitucional aquele a definir a relação entre os Tratados e o ordenamento interno, com capacidade de vincular também o legislador.

Assim o fez o TC espanhol na Sentença 140/2018, de 20 de dezembro de 2018, FJ 6, na qual se indica que “a constatação de um eventual desajuste entre um convênio internacional e uma norma interna com nível de lei não implica juízo sobre a validade da norma interna, e sim sobre sua mera aplicabilidade, razão pela qual não se coloca um problema como sendo o de uma depuração de normas inválidas no ordenamento, mas o de uma questão de determinação da norma aplicável à solução de cada caso concreto, aplicação esta que deverá ser livremente considerada pelo juiz ordinário”.

Estas possibilidades de intervenção de juízes e tribunais nas normas de nível legal e outras que possam ser contempladas (por exemplo, no caso da Espanha, em aplicação do art. 82.6 CE em relação aos decretos legislativos ou do 149.3 CE em relação à prevalência do direito estatal sobre o autonômico, na interpretação feita pelo TC em relação à legislação básica estatal e à legislação de desenvolvimento autonômico) não excluem, em nenhum caso, a intervenção do Tribunal Constitucional, seguindo os procedimentos oportunos, no que tange ao controle de constitucionalidade das normas internas.⁵⁰

O controle de validade realizado pelo TC sobre estas normas internas incompatíveis com normas externas é pleno, pode anular a norma e, inclusive, dentro dos limites que lhe permita o ordenamento, retroagir os efeitos da anulação, estabelecendo, assim, os efeitos *ex tunc* de sua sentença. Não se limita, portanto, a atuar sobre a eficácia da norma, impedindo sua aplicação e a impactar seu âmbito de validade temporal, como ocorre com o controle dos juízes e tribunais, podendo afetar todos os âmbitos de validade da norma.

Trata-se, portanto, de um controle de constitucionalidade no que se integra necessariamente no parâmetro das normas europeias ou das normas dos tratados, que desempenham uma função de mediação normativa, gerando um bloco de

⁵⁰ Como indica muito bem Ricardo Alonso. Cfr. GARCÍA, Ricardo Alonso. El control de convencionalidad: cinco interrogantes, cit., pp. 43 e ss.

constitucionalidade externo. Continua sendo um controle de constitucionalidade, não muda sua natureza, não é realmente um controle de “europeidade” ou de convencionalidade, porque não questiona a validade das normas internas baseando-se exclusivamente no direito europeu ou no convencional, mas o faz baseando-se na Constituição, mediante um controle indireto de constitucionalidade que integra normas interpostas.

Por seu turno, embora o conflito tenha natureza constitucional, os juízes e tribunais não realizam um controle de constitucionalidade pleno que se estenda à neutralização da validade da norma legal, como tampouco realizam um controle de validade da norma europeia. No caso de que apreciem uma possível nódoa de validade na norma europeia terão que promover a questão prejudicial ao TJUE. Se a norma europeia for válida, então a norma interna é inconstitucional por aplicação do artigo 93 CE, ao lesionar o direito europeu, e deve ser inaplicada mediante a limitação de seu âmbito de validade temporal.

Questão distinta se suscita se não ocorre uma contradição entre a norma legal e a europeia (com a correspondente infração do artigo 93 CE) e os juízes e tribunais entenderem que a aplicação da norma legal, apesar de exigida pelo direito europeu válido, pode colidir com outros preceitos constitucionais. Nesse caso, dever-se-á promover a questão de inconstitucionalidade na medida em que a aplicação indireta do direito europeu possa dar lugar a um resultado contrário à Constituição. Não realizam, assim, um controle de constitucionalidade nem sequer parcial, mas limitam-se a ativar um processo constitucional, uma faculdade compartilhada com outras instituições, que tampouco realizam um controle de constitucionalidade quando promovem o processo constitucional. O mesmo pode ser dito quando se trata de uma norma legal que possa ser exigida pela aplicação de tratados dos quais possa derivar um resultado contrário à Constituição.

O processo constitucional pode ser promovido diretamente contra os tratados através de um controle repressivo (ademais do preventivo, que a Constituição Espanhola contempla no seu artigo 95), embora a declaração de inconstitucionalidade não implique nulidade do tratado,⁵¹ obviamente, mas tão só seu afastamento no ordenamento interno. A posição do TC é, assim, similar, no controle de constitucionalidade do Tratado, à posição do juiz ordinário ante a lei. A declaração de inconstitucionalidade somente pode afetar a eficácia do tratado, seu *âmbito de validade territorial* neste caso, determinando seu afastamento no âmbito interno, o que pode provocar a correspondente responsabilidade internacional do Estado,

⁵¹ Cfr., a respeito BARRILAO, Juan Francisco Sánchez. *Pluralismo ordinamental y derecho constitucional: El derecho como relaciones entre ordenamientos jurídicos*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters, 2021, p. 130, com referência à STC 155/2005.

salvo se uma reforma constitucional elimine a contradição entre a norma constitucional afetada e o tratado internacional.

No caso do direito europeu a situação é diferente. Nem todos os tribunais constitucionais europeus aceitam a possibilidade de declarar inconstitucional uma norma europeia e menos ainda de “anulá-la” para o ordenamento interno (o que, a rigor, representa uma limitação de seu âmbito territorial de validade). Os conflitos produzidos até agora com o TJUE não foram especialmente relevantes, salvo no caso da decisão do TCFA de 5 de maio de 2020, muito mais pelo seu potencial efeito negativo de futuro do que por sua incidência concreta.⁵² Do ponto de vista constitucional resta claro, no entanto, que corresponde ao Tribunal Constitucional realizar o controle de constitucionalidade de toda norma que seja aplicável no ordenamento jurídico.

O problema é que a impugnação de uma norma europeia válida teria as mesmas limitações que aquela realizada em sede de tratados internacionais. Não suprimiria a validade da norma europeia, mas suspenderia sua aplicação na ordem interna, a limitação de seu âmbito territorial de validade. Não seria realmente um controle de validade pleno, como na impugnação das leis internas, e sim um controle de eficácia, limitado à validade territorial da norma. O mesmo cabe ser dito do parâmetro de controle, que não pode se basear no direito europeu. No caso de que permaneçam dúvidas sobre a validade da norma europeia, o adequado seria dirimi-las previamente, promovendo a questão prejudicial ante o TJUE.

Aquilo que não pode fazer o TC é incorporar o próprio direito europeu ao parâmetro de controle para determinar a inconstitucionalidade de uma norma europeia. Pode fazê-lo em relação ao controle de constitucionalidade de uma norma interna destinada a aplicar o direito europeu, porque, nesse caso, o parâmetro está integrado também (embora isto não tenha sido aceito pelo TC espanhol) pelo

⁵² Cfr. sobre esta sentença: VILLALÓN, P. Cruz. ‘Exit’ Karlsruhe’. *El País*, 23 de maio de 2020; AZPITARTE, M. El Tribunal Constitucional alemán oscurece el futuro. *El País*, 5 de maio de 2020; ESTEVE, Joaquín Sarrión. El retorno de los límites constitucionales a la primacia: a propósito del reciente rugido del guardián de la Constitución alemana. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Vol. 17, nº 34, 2020. Cfr. igualmente: KELEMEN, R. Daniel; ECKHOUT, Piet; FABBRINI, Federico, PECH, Laurent; UITZ, Renáta. National Courts Cannot Override CJEU Judgments. *Verfassungsblog.de*, 26 de maio de 2020. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/national-courts-cannot-override-cjeu-judgments/>. Acesso em: 19 jun. 2022, subscrito por diversos acadêmicos, entre eles V. Pereira da Silva, J. Ziller, D-U. Galetta, V. Constantinesco, M. Kotzur y C. Closa; GALETTA, Diana-Urania. Karlsruhe über alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronunzia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze. *Federalismi.it*, n. 14, pp. 166-178, 2020. Disponível em: <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=42380>. Acesso em: 19 jun. 2022; FERRARO, Luigi. La Corte di Karlsruhe e il Programma di acquisto dei titoli pubblici da parte della BCE (PSP): principio democratico versus solidarietà? *Rivista AIC*. Nº 3, pp. 280-311, 2021; CHINER, María Jesús Montoro; PONTÓN, Francisco José Rodríguez. ¿Un intersticio en el diálogo nunca interrumpido? (a propósito de la sentencia do Tribunal Constitucional Federal de Alemania, de 5 de mayo de 2020). *Revista española de derecho administrativo*. Nº 210, pp. 11-44, 2021.

direito europeu, já que a razão de ser da norma se situa, conforme indicamos antes, numa *mediação normativa* externa que pode incidir sobre o direito interno, como é o caso do direito europeu. Essa incorporação do direito da União é necessária inclusive para determinar se a possível declaração de inconstitucionalidade da norma interna de transposição do direito europeu dá margem ao legislador para produzir outra norma que possa ser coerente com a Constituição, ao tempo em que se fizesse possível a aplicação do direito europeu.

6 Parâmetros de controle de constitucionalidade

O parâmetro de constitucionalidade tipo, o que serve de modo aos demais, é o que se configura quando o controle de constitucionalidade se realiza de maneira direta entre o preceito constitucional e a norma objeto de controle. Por exemplo, se uma norma legal contraria o princípio de igualdade e a proibição de discriminação, a decisão do TC, por complexa que possa ser na realização do juízo de constitucionalidade (em relação aos princípios que devam se aplicar, como o de proporcionalidade) opera sobre um parâmetro simples, que pode estar integrado somente pela norma constitucional. Ainda assim, na realização de seu labor jurisdicional, o Tribunal pode extrair normas das disposições constitucionais e das legais,⁵³ o que lhe permitirá fazer o juízo de constitucionalidade levando em consideração todo o potencial interpretativo oferecido pela diferenciação entre disposição e norma.⁵⁴

A disposição constitucional pode ser a mesma, como ocorre também com a legal, porém, o TC pode extrair normas diferentes dela. Isto é perceptível claramente nas mudanças doutrinárias. No caso da Espanha, entre a STC 5/1981 e as SSTC 118/1996 e 61/1997, há uma interpretação diversa da disposição constitucional, a regra de supletividade do artigo 149.3 CE, que conduz a duas concepções do ordenamento jurídico espanhol radicalmente diferentes, uma que se apresentava como específica do Estado autonômico e outra que se configurava materialmente como uma ordenação federal das relações entre ordenamento estatal e autonômico. A disposição constitucional não foi alterada, porém, as normas que o TC dela extraiu eram totalmente contraditórias.

O parâmetro de controle não se limitou a um controle direto de constitucionalidade, já que o TC baseou sua mudança de orientação na distinta configuração

⁵³ Cfr. CALLEJÓN, Francisco Balaguer. La función normativa de las sentencias constitucionales. *Criterio y Conducta*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, nº 4, 2008, pp. 15-35.

⁵⁴ Cfr. CRISAFULLI, Vezio. Disposizione (e norma). In: *Enciclopedia del diritto (EdD)*. Milano: Giuffrè ed., 1964. Tomo XIII.

do Estado autônomo derivada da ampliação estatutária de competências e da crescente homogeneidade competencial entre as Comunidades Autônomas. Isso implicava uma remissão aos Estatutos de Autonomia para declarar inconstitucional e inválida uma lei estatal por lesionar as competências das Comunidades Autônomas (pela primeira vez na então breve história constitucional da Constituição de 1978). Até esse momento, a declaração de inconstitucionalidade não se via unida à perda de validade da norma estatal, mas a seu afastamento nos territórios onde os Estatutos não haviam incorporado uma competência específica ou onde o legislador autônomo não havia feito uso de sua competência. Desse modo, o TC realizava um controle não sobre a validade, e sim sobre a eficácia, no âmbito territorial de validade neste caso.

O parâmetro de controle condicionou os efeitos do controle neste caso porque, a partir da incorporação dos Estatutos de Autonomia, o TC estabeleceu uma doutrina inicial que limitava o controle à eficácia das normas e sua não aplicação em determinados territórios. Posteriormente mudou sua doutrina e realizou um controle pleno de constitucionalidade das normas estatais que conduziu a uma cassação de validade. Esta mudança deu lugar a uma intensa polêmica que não podemos reproduzir aqui,⁵⁵ entre outros motivos porque aquilo que nos interessa são duas coisas mais concretas. Por um lado, evidenciar como a configuração do parâmetro de constitucionalidade pode conduzir à modulação do controle de constitucionalidade realizado pelo TC. Por outro lado, ressaltar como *o controle sobre âmbitos de validade específicos das normas (ao invés de um controle pleno de validade) tem sido realizado pelo TC espanhol inclusive no âmbito da relação entre ordenamentos internos, devido às características específicas do Estado Autônomo*.

Na verdade, as condições de pluralidade de ordenamentos determinam também uma pluralidade de parâmetros de constitucionalidade que dependem em grande medida de como se configuram os diversos “blocos de constitucionalidade”, para defini-los de alguma maneira. Porém, ao mesmo tempo, a configuração do parâmetro de constitucionalidade também determina o tipo de controle de constitucionalidade a ser realizado e, em particular, se se trata de um controle pleno, que questione a validade das normas, ou se se trata de um controle limitado de constitucionalidade que afete unicamente âmbitos concretos de validade como podem ser o territorial, no exemplo antes mencionado, ou o temporal. Em definitivo, se é um controle que afeta a validade ou se seu resultado incide sobre a eficácia das normas.

⁵⁵ Cfr. CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Las relaciones entre el ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos. Una reflexión a la luz de la regla de supletoriedad. *Revista de Derecho Político*. Nº 44, pp. 285-305, 1998.

Um controle constitucional sobre a eficácia das normas é algo difícil de compatibilizar com a jurisdição concentrada tal como é entendida habitualmente. A razão de ser do controle de constitucionalidade neste modo consiste em depurar o ordenamento jurídico de normas que possam ser contrárias à Constituição, o que implica, em princípio, um juízo sobre a validade dessas normas. Que esse juízo de validade tenha sido concebido na doutrina kelseniana com um resultado essencialmente revogatório (efeitos *ex nunc*, das sentenças, Tribunal Constitucional como *legislador negativo*) por motivos de segurança jurídica, não implica que seja um juízo que atue sobre a eficácia da norma e não sobre sua validade. A norma é expulsa integralmente do ordenamento jurídico inclusive se é num momento posterior à declaração de inconstitucionalidade.⁵⁶

A função primordial do Tribunal Constitucional não consiste em determinar a não aplicação das normas contrárias à Constituição ou em realizar um controle parcial de sua constitucionalidade sobre algum de seus âmbitos de validade. Se assim o faz é devido às condições de pluralidade de ordenamentos nas quais deve operar, que incidem sobre o parâmetro de constitucionalidade e sobre os efeitos possíveis da declaração de inconstitucionalidade. O TC pode integrar normas procedentes do direito europeu ou do direito convencional no parâmetro de constitucionalidade ou pode submetê-las a controle de constitucionalidade. Porém, o que não pode é realizar um juízo de validade sobre essas normas, porque a perda desta qualidade não pode se estabelecer a partir da Constituição, sendo determinada em função do direito europeu ou do direito internacional aplicável.

7 Classes de controle em função do parâmetro, do objeto e do órgão de controle

Vimos como *o controle de constitucionalidade tem características diferentes em função do parâmetro de constitucionalidade (se integra ou não normas procedentes de outros ordenamentos), do objeto de controle (se são normas internas ou externas) e do órgão de controle (se é realizado pelo Tribunal Constitucional ou pelos juízes e tribunais ordinários)*. Estas diferenças têm relação com a pluralidade de ordenamentos e com a necessidade de adaptar as categorias tradicionais

⁵⁶ “El ideal de la seguridad jurídica exige que en general, no se atribuya efecto alguno a la anulación de una norma general irregular más que *pro futuro*, es decir, a partir de la anulación. Inclusive, es necesario pensar en la posibilidad de no permitir la entrada en vigor de la anulación sino hasta la expiración de un cierto plazo. Así como puede haber razones válidas para hacer preceder la entrada en vigor de una norma general –ley o reglamento, por ejemplo– de una *vacatio legis*; asimismo podría haberlas para no dejar sin vigencia una norma general anulado sino hasta la expiración de un cierto plazo a partir de la sentencia de anulación” (KELSEN, Hans. La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle), cit., p. 270).

a essa nova realidade. No caso da Espanha, o Tribunal Constitucional é também um Tribunal do direito europeu e do direito convencional, e o mesmo acontece com os juízes e tribunais ordinários. Não se limita a julgar as normas de acordo com os preceitos constitucionais *porque a Constituição ampliou o sistema normativo ao realizar uma remissão a outros ordenamentos cujas normas se integram no ordenamento jurídico espanhol.*

O controle de constitucionalidade é diferente, em efeito, dependendo de como se configure o parâmetro de controle, o objeto do controle e o órgão que o realiza. Se o objeto de controle são normas que procedem exclusivamente do ordenamento interno, o controle de constitucionalidade do TC pode ser pleno, suprimindo a validade da norma impugnada. Conforme vimos, isto não foi sempre assim, já que o TC espanhol determinou durante muitos anos que não lhe correspondia realizar um controle de validade das normas estatais, mas tão só um controle de sua eficácia (de seu âmbito de validade territorial) em determinadas Comunidades Autônomas. Porém, em geral, o critério para determinar a plenitude do controle de constitucionalidade depende da origem interna ou externa das normas que dele são objetos.

Se o objeto de controle são normas legais internas de transposição do direito europeu, a declaração de inconstitucionalidade da norma interna, unida à perda de sua validade, poderia sugerir o afastamento da aplicação do direito europeu. Isto não impede um controle de constitucionalidade pleno da norma legal interna da perspectiva da lógica do ordenamento constitucional, porém, o dificulta na medida em que possa gerar uma distorção nas relações entre ordenamento europeu e ordenamento nacional. Por outra parte, um controle direto de constitucionalidade do direito da União não poderia em caso algum ser um controle pleno, porquanto nunca fulminaria a validade da norma europeia, mas tão só o impacto sobre âmbitos concretos de impugnação da validade (o âmbito territorial) e o afastamento de sua aplicação no ordenamento interno.

No caso do parâmetro de controle incorporar normas de direito europeu para impugnar uma norma interna que impeça a aplicação do próprio direito europeu, o TC pode realizar um controle pleno de constitucionalidade na medida em que a determinação da condição de inválida das normas internas não gere uma distorção entre ordenamento europeu e ordenamento interno. Em todo caso, essa declaração de perda de validade se baseia num controle de constitucionalidade que deriva da habilitação ao direito da União prevista no artigo 93 CE com independência de que se utilize o direito europeu como norma interposta integrada num bloco de constitucionalidade externo.

No que se refere aos tratados, podem ser feitas observações similares. Por um lado, o parâmetro de constitucionalidade pode integrar o direito convencional para realizar um controle de normas ou de atos internos que continua sendo de

constitucionalidade, não de convencionalidade, porque seu objeto e seu sentido último é a adequação da norma interna à Constituição, embora essa adequação se realize em função do direito convencional, na medida em que a violação desse direito se constitua também em infração ao preceito constitucional habilitante (no caso espanhol, o artigo 96 CE, sem esquecer que, conforme indica Enrique Guillén, há um segundo fundamento específico para o CEDH⁵⁷). Esse é um controle pleno de constitucionalidade no qual a declaração de inconstitucionalidade pode implicar a perda de validade da norma ou do ato interno objeto de controle.

Por outro lado, o próprio direito convencional pode ser objeto de controle por parte do TC, tanto preventiva como repressivamente. No primeiro caso o controle é pleno na medida em que o que se decide é se o Estado pode ratificar ou não o tratado ou se é necessária a reforma constitucional prévia para que se produza tal ratificação. Portanto, não há limites externos à declaração de inconstitucionalidade.

Pelo contrário, se o controle se realiza quando o tratado internacional já está em vigor, não pode ser pleno porque não pode dar lugar à subtração da validade do tratado. Portanto, tratar-se-ia de um controle parcial no qual a declaração de inconstitucionalidade só pode operar sobre a eficácia do tratado no ordenamento interno, isto é, afetando um âmbito de validade específico, o territorial neste caso, já que o tratado deixaria de ser aplicável no ordenamento espanhol. Isso sem prejuízo da responsabilidade internacional que correspondesse ao Estado pelo descumprimento do tratado.

No que se refere ao órgão de controle, cabe levar em consideração, num sistema de jurisdição concentrada, a capacidade dos juízes e tribunais para decidir sobre o afastamento da aplicação de normas legais em casos de conflito entre ordenamentos. Uma capacidade que deriva necessariamente da contradição indireta entre a Constituição e as normas legais contrárias ao direito europeu ou ao internacional (a questão específica das normas legais autonômicas em relação à prevalência do direito estatal no caso do ordenamento espanhol é de natureza diferente, embora deva ficar claro que a doutrina do TC parte da base de que o afastamento de sua aplicação só procede quando não há um problema competencial que afete a validade das normas, porque nesse caso, deve ser o próprio TC a intervir com

⁵⁷ “La segunda fuente constitucional, en mi opinión mas contundente y precisa, que exige el establecimiento de un sistema interno de ejecución de sentencias del TEDH es el derecho a la tutela judicial efectiva. Aquí nos situamos en la perspectiva de los derechos, no de las fuentes, como en el caso anterior, y emplazamos a la persona como centro capaz de exigir obligaciones al Estado. No es ya la comunidad internacional la que impele a cumplir con el tratado; es la persona cuyos derechos se garantizan la que obliga al Estado, como responsable primero, a que ejecute la sentencia” (LÓPEZ, Enrique Guillén. Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una perspectiva de derecho constitucional europeo. *Teoría y Realidad Constitucional*. Nº 42, pp. 335-370, 2018, p. 363).

um controle pleno de constitucionalidade e é necessário propor a arguição de inconstitucionalidade⁵⁸).

No que diz respeito ao direito europeu válido, os juízes e tribunais como órgãos de controle, têm que aplicá-lo com preferência ao direito interno. Porém, o controle que realizam sobre as normas legais contraditórias ao direito constitucional não é um controle de constitucionalidade pleno porque os juízes e tribunais não têm a capacidade de declarar a supressão de validade das normas legais, devendo limitar-se a estabelecerem sua ineficácia, restringindo seu âmbito temporal de validade. O mesmo cabe ser afirmado em relação ao direito convencional. As normas legais internas contraditórias dos tratados internacionais não podem ser invalidadas pelos juízes e tribunais, que devem se limitar a estabelecer uma limitação em seu âmbito temporal de validade, determinando a aplicação preferencial dos tratados internacionais.

Conclusões

O controle de constitucionalidade apresenta perfis específicos nos sistemas de pluralidade de ordenamentos que incorporam normas procedentes de ordenamentos externos, seja como parte do parâmetro, seja como objeto do controle. *O juiz constitucional converte-se, também, em juiz supranacional e internacional, numa complexa relação entre Constituição e Estado no contexto global que lhe obriga a abrir a perspectiva constitucional para além da Constituição estatal.* Esta complexidade remete, só até certo ponto, a um esquema geral de relação com as normas externas. O direito internacional não é equiparável ao supranacional e, dentro deste, tampouco são suscetíveis de unificação conceitual as experiências de pluralidade de ordenamentos e as de pluralidade constitucional.

Da perspectiva do controle de constitucionalidade, as normas externas são relevantes em dois âmbitos. Por um lado, em sua consideração como *objeto* do controle de constitucionalidade e nas consequências jurídicas deste. Por outro lado, na questão fundamental da *integração do parâmetro* de constitucionalidade, de sua capacidade para realizar uma função de *mediação normativa* entre o ordenamento externo e o interno.

No que se refere a sua consideração como objeto do controle e às consequências desse controle, temos que nos concentrar na análise das *técnicas de relação entre ordenamentos*. Desta perspectiva, faz-se necessário partir da impossibilidade de aplicar o princípio de hierarquia tal e como se configurou historicamente

⁵⁸ Cfr., a este respeito, CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Manual de Derecho Constitucional*, cit., Vol. I, p. 499.

no Estado legal de direito no qual manifesta uma força imanente em relação à própria lei, derivada da unificação, nesta fonte, da vertente substancial e formal do ordenamento jurídico. *A lei era expressão da soberania e nela sintetizava essa que agora consideraríamos norma sobre a produção jurídica fundamental do sistema (vertente formal) e a capacidade de se impor sobre qualquer outra fonte através de sua força específica (vertente substancial).* Essa unidade se rompe no sistema kelseniano, que depois será implantado no Estado constitucional de direito.

Porém, *essa ruptura gera dois princípios inconciliáveis, que somente agora confluem na própria Constituição, já não na lei (submetida a condições de validade específicas).* Por um lado, o *princípio de hierarquia*, que continua se projetando em determinados âmbitos do ordenamento através da força normativa das normas superiores, que se desdobra diretamente sobre as inferiores. Por outro lado, o *princípio de competência*, que define as condições de produção de outras normas através de uma *mediação normativa* que implica sempre a referência a uma terceira norma no caso de conflito normativo. *A supremacia da Constituição se projeta através de sua posição hierárquica superior, porém, também através de uma ordenação competencial que tem relação com a mediação normativa própria das normas sobre a produção jurídica, agregando, assim, os dois princípios fundamentais de estruturação do ordenamento do Estado constitucional: hierarquia e competência.* A imagem da Constituição no Estado constitucional não é a do topo de uma pirâmide, *a Constituição é o centro do ordenamento jurídico.* A Constituição é o centro da estrutura formal e da ordenação substancial do sistema jurídico.

Se a relação hierárquica entre normas é direta e a relação competencial é mediada por uma terceira norma (norma sobre a produção jurídica), é fácil compreender que o princípio de hierarquia nunca poderá ser aplicado, em sentido estrito, à relação entre ordenamentos. Com efeito, as relações entre normas de distintos ordenamentos são sempre relações mediadas por normas sobre a produção jurídica. Por suas próprias características, competência e validade nos conduzem necessariamente a uma *mediação normativa*, já que remetem a uma terceira norma que é a que define as competências e as condições de validade das normas que podem ser produzidas dentro de cada âmbito competencial. Essa mediação normativa se expressa também na configuração do controle de constitucionalidade num ordenamento complexo com pluralidade de ordenamentos (em estruturas territorialmente descentralizadas). Sua finalidade última no Estado constitucional está voltada para a *determinação da validade* das normas que entram em conflito com as normas sobre a produção jurídica do sistema.

Porém, do mesmo modo que a normatividade da Constituição encontra seu mais firme desenvolvimento no Estado nacional, também a validade, como categoria estreitamente vinculada à Constituição normativa alcança sua plenitude sob

essa forma estatal, especialmente quando nela se configuram fórmulas de distribuição territorial do poder e de garantia jurisdicional dos direitos fundamentais. Estas fórmulas se manifestam, habitualmente, através do controle de validade. No entanto, *a projeção supranacional do Estado e a extensão do poder estatal a organizações supranacionais em contextos de integração política, estão sugerindo novas formas de organizar as relações entre os ordenamentos jurídicos, que já não se articulam através do pleno controle de validade dos atos e não determinam a perda de sua validade e sua anulação.*

Não podemos recuperar tampouco a noção de eficácia para estes novos âmbitos de relação entre ordenamentos e os conflitos normativos que neles ocorrem. Não cabe falar de eficácia no sentido de hierarquia porque esse sentido da hierarquia já se esgotou e não tem cabimento no Estado constitucional de direito. Quando uma norma supranacional ou um tratado colidem com uma norma interna, por exemplo, esta não se vê invalidada como ocorre quando se aplica a força de lei que incide sobre um decreto ilegal. Porém, tampouco é possível realizar um juízo de validade pleno por parte da jurisdição constitucional sobre a norma supranacional ou internacional.

É possível recorrer, portanto, a institutos intermediários, entre a eficácia e a validade, entendidos no sentido que lhes é atribuído no Estado legal e no Estado constitucional de direito. *Novas figuras que nos permitam entender o funcionamento do controle de constitucionalidade no quadro do direito constitucional da integração supranacional e, em geral, da relação entre ordenamento interno e ordenamentos externos.*

Desta perspectiva, cobra especial relevância a transformação da eficácia concebida originalmente através do filtro da força de lei num mecanismo mais modesto de não *aplicação* ou de aplicação preferencial de normas, como ocorre nas hipóteses de conflito entre ordenamentos, seja ele compreendido como primazia ou como prevalência. Do mesmo modo, podemos falar de uma transformação da validade entendida a partir da determinação que as normas sobre a produção jurídica geram a fim de estabelecer a inserção no ordenamento quando do juízo de constitucionalidade, numa figura igualmente mais limitada e centrada nos *âmbitos de validade* das normas.

A *eficácia* e a *validade* das normas em sua formulação original no sistema de fontes do Estado legal e do Estado constitucional de direito, determinavam a expulsão das normas do sistema jurídico. Assim o fazia a força de lei, impondo sua eficácia como norma superior, assim o fazia a Constituição mediante a invalidação jurisdicional das normas consideradas contrárias à Constituição (no sentido material kelseniano). *Nos conflitos entre ordenamento interno e ordenamentos externos não vemos agora essa potencialidade de eficácia e validade.* As normas

internas são afastadas, porém, não são expulsas do ordenamento. O mesmo acontece com as normas externas, quando são objeto de controle direto ou indireto, por meio da jurisdição constitucional: a perda de sua validade não é viável porque a produção dessas normas se situa fora do Estado e as normas sobre a produção interna (Constituição incluída) não têm a capacidade de condicionar sua validade em plenitude.

Nas relações entre ordenamentos que implicam normas externas vemos agora uma combinação de eficácia e validade que se produz nos *âmbitos de validade* das normas e que implicam uma incidência limitada de sua eficácia. O controle de constitucionalidade poderá ser realizado sobre âmbitos concretos de validade das normas, determinando a *restrição destes*. Os juízes e tribunais não poderão invalidar normas legais nos sistemas de jurisdição concentrada, porém, sim, poderão determinar a *restrição de seu âmbito temporal de validade*, por exemplo, se o conflito puder ser resolvido no futuro de outro modo. Da mesma forma, a jurisdição constitucional não poderá invalidar normas externas, porém, poderá determinar uma *restrição de seu âmbito territorial de validade*, para evitar que sua aplicação interna seja contrária à Constituição.

No que se refere à integração das normas supranacionais ou internacionais no parâmetro de constitucionalidade, a sua capacidade para realizar uma função de *mediação normativa* entre ordenamento externo e interno, surgem questões muito diferentes daquelas suscitadas pelas normas interpostas ou pelas normas que se incorporam ao bloco de constitucionalidade no âmbito interno. As normas internas que integram o bloco de constitucionalidade estão submetidas à Constituição e realizam sua função de mediação normativa dentro do quadro da Constituição. Em sentido contrário, as normas supranacionais ou internacionais podem realizar *uma função de mediação normativa em relação às próprias normas constitucionais*. Isto sugere uma diferença de *status* importante porque podem gerar um conflito entre o direito internacional ou supranacional e a própria constituição.

Os tribunais externos utilizam (seja apelando à margem de apreciação ou à identidade nacional) instrumentos normativos dos sistemas jurídicos estatais como normas mediadoras que se integram no seu parâmetro de impugnação. É viável, portanto, que um ordenamento receba normas de outro para modular os âmbitos de validade de suas próprias normas, neste caso, o âmbito territorial de validade em relação a determinados Estados.

No caso dos tribunais constitucionais estatais, trata-se de um controle de constitucionalidade, em cujo parâmetro se integram necessariamente as normas europeias ou as normas dos tratados, que se configuram como normas interpostas e geram um bloco de constitucionalidade externo. Continua sendo um controle de constitucionalidade, não muda sua natureza, *não é realmente um controle*

de “*europicidade*” ou de *convencionalidade*, porque não impugna a validade das normas internas, baseando-se exclusivamente no direito europeu ou no convencional, mas o faz baseando-se na Constituição, mediante *um controle indireto de constitucionalidade que integra normas mediadoras*.

Por seu turno, os juízes e tribunais não realizam propriamente um controle de constitucionalidade, embora o conflito tenha natureza constitucional, como tampouco realizam um controle de validade da norma europeia. No caso em que apreciem um possível problema de validade na norma europeia terão que propor a questão prejudicial ao TJUE. Se a norma europeia for válida então a norma legal interna será inconstitucional por aplicação do artigo 93 CE, ao lesionar o direito europeu, não devendo ser aplicada e vendo limitado seu âmbito temporal de validade. Caso se trate de normas incorporadas a tratados internacionais validamente celebrados, o mecanismo de controle é similar, continua sendo um conflito de natureza constitucional que determina a inconstitucionalidade da norma interna por ser contrária ao artigo 96 CE, porém, não o comprometimento de sua validade, mas o seu afastamento mediante a restrição de seu âmbito temporal de validade.

No que tange ao Tribunal Constitucional, certamente, *a função primordial de um Tribunal Constitucional não consiste em determinar a não aplicação das normas contrárias à Constituição ou em realizar um controle parcial de sua constitucionalidade sobre algum de seus âmbitos de validade*. Se assim o faz, é devido às *condições de pluralidade de ordenamentos* nas quais deve operar, e que incidem sobre o parâmetro de constitucionalidade e sobre os efeitos possíveis da declaração de inconstitucionalidade. O TC pode integrar normas procedentes do direito europeu ou do direito convencional no parâmetro de constitucionalidade ou pode submetê-las a controle de constitucionalidade. Porém, *o que não pode é realizar uma impugnação plena da validade dessas normas, porque a perda de sua validade não pode ser estabelecida a partir da Constituição, mas será determinada em função do direito europeu ou do direito internacional aplicável*. Tem que limitar seu controle, portanto, aos âmbitos de validade das normas, determinando a restrição destes, como fazem os juízes e tribunais em relação às normas legais contrárias ao direito europeu ou ao convencional.

Dessa perspectiva, poderíamos afirmar que a validade das normas, que se associava diretamente ao controle de constitucionalidade no Estado constitucional, foi relativizada nas condições de pluralidade de ordenamentos que derivam da integração supranacional e da aplicação do direito convencional. Em seu lugar, os âmbitos de validade das normas aparecem agora como um mecanismo de limitação e de flexibilização do controle de constitucionalidade no contexto das relações entre ordenamentos.

Constitutionality control and relations between legal systems

Abstract: The control of constitutionality presents specific profiles in pluralist legal systems that incorporate norms from external systems as part of the *parameter* or as the *object* of control. The constitutional judge also becomes a supranational and international judge, in a complex relationship between constitution and State in the global context that forces him to open his constitutional perspective beyond the state constitution. The relations between norms of different legal systems are always *mediated* by rules on legal production, by competence norms that determine their validity. By their very nature, competence and validity necessarily lead us to *normative mediation*, since they refer to a third norm that defines the competences and conditions of validity of the norms that can be produced within each area of competence. But just as the normativity of the constitution finds its strongest development in the national state, so too validity, as a category closely linked to the normative constitution, reaches its fullness under that state form. However, the supranational projection of the State and the extension of State power towards supranational organizations in contexts of political integration are giving rise to new ways of articulating relations between legal systems, which do not manifest themselves through the full control of the validity of acts and do not determine their invalidity and annulment. It is now necessary to resort to intermediate institutes between efficacy and validity understood in the sense attributed to them in the legal State and in the constitutional State of law. New figures that allow us to understand the functioning of the control of validity in the framework of the constitutional law of supranational integration and, in general, of the relationship between internal and external legal systems. In the conditions of constitutional pluralism and diversity of legal systems inherent to the constitutional law of supranational integration, the control of validity does not find a reference based on a common constitution. The national constitution is only one part, as it is supranational law. The Kelsenian paradigm cannot be realized under these conditions. The new paradigm is based on a combination of elements typical of the legal state of law and the constitutional state of law, a kind of synthesis that changes, however, its original meaning. On the one hand, validity will not be fully determinable by all jurisdictional instances (each of them can only operate on its own sphere of validity). On the other hand, in order to avoid an existential conflict between legal systems, the control is no longer carried out on the validity of the norms in full but is limited to the areas of validity of the norms, in particular the temporal validity, but also the territorial validity. Efficacy thus becomes a principle that completes the validity in the context of the relations between legal systems proper to the constitutional law of supranational integration.

Keywords: Control of constitutionality. Pluralism of legal systems. Validity. Efficacy. Hierarchy. Competence. Ambits of validity. Normative mediation.

Contents: Introduction – **1** The rupture of the hierarchical principle in the constitutional state – **2** The relations between jurisdictions and the concept of normative mediation – **3** Jurisdiction principle and constitutionality control – **4** External rules as object and parameter of control – **5** The opening of concentrated jurisdiction and its limits – **6** Parameters of constitutionality control – **7** Classes of control, according to the parameter, the object and the organ of control – Conclusions – References

Referências

ALCALÁ, Humberto Nogueira. El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Iberoamericana de Derechos Humanos. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Vol. 10, n. 19, pp. 221-270, 2013.

ARNAIZ, Alejandro Saiz. Tribunal Europeo de Derechos Humanos y procesos políticos nacionales: democracia convencional y margen de apreciación. *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 42, pp. 221-245, 2018.

- AZPITARTE, M. El Tribunal Constitucional alemán oscurece el futuro. *El País*, 5 de maio de 2020.
- BAQUER, Sebastián Martín-Retortillo. Consideraciones sobre los tribunales constitucionales. *Revista española de derecho administrativo (REDA)*, n. 15, pp. 551-572, 1977.
- BARRILAO, Juan Francisco Sánchez. *Pluralismo ordinamental y derecho constitucional: el derecho como relaciones entre ordenamientos jurídicos*, con Prólogo de Paolo Ridola. Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters, 2021.
- BARRILAO, Juan Francisco Sánchez. *Pluralismo ordinamental y derecho constitucional: El derecho como relaciones entre ordenamientos jurídicos*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters, 2021.
- CALAHORRO, Augusto Aguilar. *La dimensión constitucional del principio de primacía*. Madrid: Thomson Reuters, 2015.
- CALLEJÓN, Francisco Balaguer (Coord.). *Manual de derecho constitucional*. 16ª ed. Madrid: Tecnos, 2021. Vol I.
- CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *A Projeção da Constituição Sobre o Ordenamento Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Die Einwirkungen des Unionsrechts und der EMRK auf die nationalen Verfassungen. Der Fall Spanien. In: BLANKE, Hermann-Josef; MAGIERA, Siegfried; PIELOW, Johann-Christian; WEBER, Albrecht (Org.). *Verfassungsentwicklungen im Vergleich*. Berlin: Duncker & Humblot, 2021.
- CALLEJÓN, Francisco Balaguer. El Estado Autónomo en el contexto de la integración Europea. Un comentario a la STC 31/2010, de 28 de junio. *Nuove Autonomie: Rivista Quadrimestrale di Diritto Pubblico*, n. 3, pp. 615-648, 2010.
- CALLEJÓN, Francisco Balaguer. El pluralismo constitucional como contribución del proceso de integración europea al constitucionalismo global. In: BENEYTO, José María (Dir.). *Contribuciones de la integração Europeia a la gobernanza global*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2014.
- CALLEJÓN, Francisco Balaguer. European Integration and Limitation of the Power of Constitutional Reform. In: ARNOLD, Rainer (Ed.). *Limitations of National Sovereignty through European Integration*. Dordrecht: Springer, 2016, pp. 15-25.
- CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Fuentes del derecho*. Madrid: Tecnos, 1992. Vol. II.
- CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Fuentes del derecho*. Madrid: Tecnos, 1991. Vol. I.
- CALLEJÓN, Francisco Balaguer. La constitucionalización de la Unión Europea y la articulación de los ordenamientos europeo y estatal. In: HERRERA, Miguel Ángel García (Dir.). *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*. Bilbao: Universidad do País Vasco, 1997, pp. 593-612.
- CALLEJÓN, Francisco Balaguer. La función normativa de las sentencias constitucionales. *Criterio y Conducta*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, nº 4, 2008.
- CALLEJÓN, Francisco Balaguer. La méthodologie du droit constitutionnel européen. In: CALLEJÓN, F. Balaguer; PINON, S.; VIALA, A. (Coord.). *Le droit constitutionnel européen à l'épreuve de la crise économique et démocratique de l'Europe*. Paris: Institut Universitaire Varenne, 2015.
- CALLEJÓN, Francisco Balaguer. La reforma constitucional en el contexto de la pluralidad de espacios constitucionales de dimensión europea. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Sexagésimo aniversario, número conmemorativo 1948-2008, pp. 29-61, 2008.
- CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Las relaciones entre el ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos. Una reflexión a la luz de la regla de supletoriedad. *Revista de Derecho Político*. Nº 44, pp. 285-305, 1998.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale visti dalla Spagna. In: LANCHESTER, Fulco. *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*. Padova: Cedam, 2017, pp. 85-112.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Perfis metodológicos del Derecho Constitucional europeo. *La cidadinanza Europeia*, nº 1/2015.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. The dialectic relation between the national and the European constitutional identity in the framework of European Constitutional Law. *UNIO – EU Law Journal*. Vol. 3, No. 3, pp. 10-24, 2017. Disponível em: <https://revistas.uminho.pt/index.php/unio/article/view/314/317>. Acesso em: 18 jun. 2022.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Validad y vigencia de las normas. In: *Diccionario histórico judicial de México: ideas e instituciones*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoría general del derecho*. Madrid: Editora Revista de Direito Privado, 1941, versão espanhola de POSADA, Carlos G.

CHINER, María Jesús Montoro; PONTÓN, Francisco José Rodríguez. ¿Un intersticio en el diálogo nunca interrumpido? (a propósito de la sentencia do Tribunal Constitucional Federal de Alemania, de 5 de mayo de 2020). *Revista española de derecho administrativo*. Nº 210, pp. 11-44, 2021.

CRISAFULLI, Vezio. Disposizione (e norma). In: *Enciclopedia del diritto (EdD)*. Milano: Giuffrè ed., 1964. Tomo XIII.

CRISAFULLI, Vezio. Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Vol. 10, n. 4, pp. 776-810, 1960.

DEBBASCH, Charles; PONTIER, Jean-Marie. *Les Constitutions de la France*. Paris: Dalloz, 1983.

ESPOSITO, Carlo. *La validità delle leggi: studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1964. Ristampa inalterata della ed. del 1934.

ESTEVE, Joaquín Sarrión. El retorno de los límites constitucionales a la primacía: a propósito del reciente rugido del guardián de la Constitución alemana. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Vol. 17, nº 34, 2020.

FERRARO, Luigi. La Corte di Karlsruhe e il Programma di acquisto dei titoli pubblici da parte della BCE (PSPF): principio democratico versus solidarietà? *Rivista AIC*. Nº 3, pp. 280-311, 2021.

GALETTA, Diana-Urania. Karlsruhe über alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronuncia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze. *Federalismi.it*, n. 14, pp. 166-178, 2020. Disponível em: <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=42380>. Acesso em: 19 jun. 2022.

GAMBINO, Silvio. Identidad constitucional nacional, derechos fundamentales e integración europea. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Vol. 9, n. 18, pp. 55-94, 2012.

GARCÍA, Ricardo Alonso. O controle de convencionalidad: cinco interrogantes. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Vol. 40, nº 119, pp. 13-51, 2020.

GIBERT, Rafael Bustos. XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Nº 95, pp. 13-63, 2012.

HÄBERLE, Peter. ¿Tienen España y Europa una Constitución? *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 12, jul.-dez. de 2009. Versão espanhola de Miguel Azpitarte Sánchez.

HÄBERLE, Peter. Europa – eine Verfassungsgemeinschaft? In: HÄBERLE, Peter. *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999.

HÄBERLE, Peter. Universaler Konstitutionalismus aus nationalen und völkerrechtlichen Teilverfassungen – sieben Thesen. Versão espanhola de Francisco Balaguer Callejón. *Derecho Público*, n. 54, 2013.

- JIMÉNEZ, Argelia Queralt. Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 42, pp. 395-424, 2018.
- KELEMEN, R. Daniel; EECKHOUT, Piet; FABBRINI, Federico, PECH, Laurent; UITZ, Renáta. National Courts Cannot Override CJEU Judgments. *Verfassungsblog.de*, 26 de maio de 2020. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/national-courts-cannot-override-cjeu-judgments/>. Acesso em: 19 jun. 2022.
- KELSEN, Hans. *Allgemeine Theorie der Normen*. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1979.
- KELSEN, Hans. *Esencia y valor de la democracia*. Tradução: LUENGO TAPIA, Rafael; LEGAZ LACAMBRA, Luis. Barcelona: Editora Labor, 1934.
- KELSEN, Hans. La garantía jurisdiccional de la Constitución (la Justicia Constitucional). Tradução: TAMAYO E SALMORÁN, Rolando. Revisão: GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid, n. 15, pp. 249-300, 2011.
- KELSEN, Hans. La transformación del concepto de soberanía. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 18, pp. 345-358, 2012.
- KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2ª ed. Viena: Verlag Franz Deuticke, 1960, reimpressão de 1967.
- KELSEN, Hans. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. 2ª ed. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1929.
- LABAND, Paul. *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*. 5ª ed. Tübingen: Aalen Scientia Verl., 1964, tomo II. 1911, reimpressão.
- LLORENTE, F. Rubio; ARAGÓN, M. La Jurisdicción constitucional. In: PREDIERI, Alberto; ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución española de 1978: estudio sistemático*. Madrid: Civitas, 1980.
- LLORENTE, F. Rubio; ARAGÓN, M. El bloque de constitucionalidade. *Revista Española de Derecho Constitucional (REDC)*, n. 27, vol. 9, pp. 9-37, 1989.
- LÓPEZ, Enrique Guillén. Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una perspectiva de derecho constitucional europeo. *Teoría y Realidad Constitucional*. Nº 42, pp. 335-370, 2018.
- LÓPEZ, Tomás Requena. *El principio de jerarquía normativa*. Madrid: Editorial Civitas, 2004.
- MACHADO, Santiago Muñoz. *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*. Madrid: Alianza Editorial, 1993.
- MANGIAMELI, Stelio. L'Unione Europea e l'identità degli Stati membri. In: CALLEJÓN, Francisco Balaguer; VILLALÓN, Pedro Cruz; GROSSI, Pierfrancesco et al. (Org.). *Scritti in onore di Antonio D'Atena*. Milano: Giuffrè Editore, 2015, Tomo III, pp. 1811-1845.
- MENEZES, Paulo Brasil. *Diálogos Judiciais entre Cortes Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- MERKL, Adolf. Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento (I). *Revista de derecho constitucional europeo*, n. 2, pp. 235-262, 2004.
- MERKL, Adolf. *Il duplice volto del diritto: il sistema kelsiano e altri saggi*. Milano: Giuffrè Editore, 1987.
- MERKL, Adolf. Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento (II). *Revista de derecho constitucional europeo*, n. 3, pp. 301-326, 2005.
- MODUGNO, Franco. *Legge-Ordinamento Giuridico, Pluralità degli Ordinamenti*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1985.
- MORALES, Angel Garrorena. Acerca de las leyes orgánicas y de su espuria naturaleza jurídica. *Revista de Estudios Políticos (REP)*, n. 13, pp 169-207, 1980.

- NACCI, Paolo Giocoli. Norme interposte e giudizio di costituzionalità. In: *Scritti su la Giustizia costituzionale in Onore di Vezio Crisafulli* (I). Padova: CEDAM, 1985.
- PERASSI, Tomaso. *Introduzione alle Scienze Giuridiche*. Padova: CEDAM, 1967 (1922, reimpresso).
- PIZZORUSSO, Alessandro. *Delle Fonti del Diritto. Commentario del Codice Civile, art. 1-9*. Bologna-Roma: Nicola Zanichelli Editore e Soc. Ed. Do Foro Italiano, 1977.
- PORTILLA, Francisco Javier Matía. Examen de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo que afectan al Reino de España. *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 42, pp. 273-310, 2018.
- QUESADA, Luis Jimena. El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del control de convencionalidad. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*. Nº 15, pp. 41-74, 2010.
- RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; CASTRO, Bruno Denis Vale. Tratados internacionales de protección de los derechos humanos: Su impacto en el ordenamiento jurídico brasileño. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 24, 2015. Tradução: CALAHORRO, Augusto Aguilar.
- RANDAZZO, Alberto. *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 2017.
- RÍOS, Juan Antonio Xiol. El diálogo entre tribunales: o Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional de España. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Vol. 17, nº 33, 2020.
- ROMANO, Santi. *L'ordinamento giuridico*. 2ª ed. Firenze: Sansoni, 1962.
- ROMANO, Santi. *L'ordinamento giuridico: studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto: parte prima*. Pisa: Tipografia editrice cav. Mariotti, 1917.
- ROMANO, Santi. *L'ordinamento giuridico: studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*. Pisa: Spoerri, 1918.
- RUGGERI, Antonio. *Primato do diritto sovranazionale versus identità costituzionale?* (Alla ricerca dol' araba fenice costituzionale: i "controleimiti"), 2016, disponível em: <https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/04/ruggeri.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2022.
- SÁNCHEZ, Miguel Azpitarte. *El Tribunal Constitucional ante el control del Derecho Comunitário derivado*. Madrid: Editora Cívitas, 2002.
- SÁNCHEZ, Miguel Azpitarte. Identidad nacional y legitimidad del Tribunal de Justicia. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 39, pp. 413-448, 2017.
- SÁNCHEZ, Miguel Azpitarte. La autonomía del ordenamiento de la Unión y las "funciones esenciales" de su sistema jurisdiccional. *Teoría y Realidad Constitucional*. Nº 32, pp. 225-257, 2013.
- SCHILLACI, Angelo. Caminos de la integración material: la "comunitarización" de los "contralímites" en la decisión Sociéte Arcelor Atlantique et Lorraine del Conseil d'État, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Vol. 4, n. 8, pp. 323 ss., 2007.
- SCHILLACI, Angelo. *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordenamenti*. Napoli: Jovene Editore, 2012.
- SCHILLACI, Angelo. *Obblighi internazionali e parametro di costituzionalità*. Granada: Editorial de la Universidad de Granada, 2008.
- SOURIOUX, Jean Louis. Source du droit en droit privé. *Archives de Philosophie du Droit*. Tomo 27, 1982.
- VECCHIO, Fausto. *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali: effetti asimmetrici dell' europeizzazione dei controlimiti*. Torino: Giappichelli, 2012.
- VILLALÓN, P. Cruz. 'Exit' Karlsruhe'. *El País*, 23 de maio de 2020.

VILLALÓN, P. Cruz. La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos. *In: CALLEJÓN, Francisco Balaguer; VILLALÓN, Pedro Cruz; GROSSI, Pierfrancesco et al. (Org.). Scritti in onore di Antonio D'Atena*. Milano: Giuffrè Editore, 2015, Tomo I, pp. 729-745.

ZANOBINI, Guido. *Gerarchia e parità fra le fonti*. Padova: CEDAM, 1939.

ZANOBINI, Guido. *Scritti vari di Diritto Pubblico*. Milan: Dott. A. Giuffrè Editore, 1955.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Controle de constitucionalidade e relações entre ordenamentos. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 16, n. 46, p. 77-120, jan./jun. 2022.

Recebido em: 20.06.2022

Aprovado em: 20.06.2022

Cota convite