

## DIREITO COSMOPOLITA E DIREITOS HUMANOS

Anabela Costa LEÃO<sup>1</sup>

Faculdade de Direito, Universidade do Porto

### INTRODUÇÃO<sup>2</sup>

No seu livro *A cosmopolitan legal order. Kant, constitutional justice, and the European Convention on Human Rights* (Oxford University Press, 2018), Alex Stone Sweet e Clare Ryan partem da conceção kantiana e seus reflexos na teoria constitucional para explicar a emergência do que designam por ordem jurídica cosmopolita (*cosmopolitan legal order*) que, na Europa, se desenvolveu como produto combinado da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (1950) e da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, ordem jurídica esta capaz de realizar a justiça em sentido kantiano<sup>3</sup>.

Como notam Brown e Andenas (2020, p. 492), trata-se de um trabalho de teoria aplicada, que combina a teoria jurídica kantiana com uma análise do Direito Internacional e uma componente empírica, e esse é desde logo um aspeto a reter, pois não abundam os trabalhos de teoria kantiana aplicada (2020, p.493).

Começaremos por analisar a proposta de Sweet e Ryan, revisitando a obra de Kant (I) para, de seguida, refletir sobre alguns modelos de constitucionalismo global assentes em direitos (II). Termina-se com uma breve reflexão acerca das condições de possibilidade de um modelo cosmopolita de direitos humanos e fundamentais capaz de articular unidade e diversidade e assente em dimensões substanciais, institucionais e procedimentais (III).

### I. DE KANT À ORDEM JURÍDICA COSMOPOLITA EUROPEIA, ATRAVÉS DA PROPOSTA DE ALEX STONE SWEET E CLARE RYAN.

<https://doi.org/10.36311/2318-0501.2022.v10n1.p59>

## 1. REVISITANDO A PROPOSTA KANTIANA.

Na sua obra *Paz Perpétua*<sup>4</sup>, Kant apresenta um conjunto de condições que os Estados devem cumprir para ultrapassar a guerra perpétua e atingir a paz. Para Sweet e Ryan (2018, p. 11), apesar de a proposta de Kant ter sido amplamente explorada, transformando as relações internacionais, a prioridade kantiana – um estatuto jurídico para além do Estado – não teve o desenvolvimento merecido, aspeto que lhes interessa precisamente analisar no seu livro. E fazem-no em diálogo com a obra de Kant.

Na *Paz Perpétua*, Kant propõe seis artigos provisórios<sup>5</sup> e três artigos definitivos (2008, p. 8 ss.) para a Paz Perpétua entre os Estados, sendo estes últimos: “[A] constituição civil em cada Estado deve ser republicana”, “[O] direito das gentes deve fundar-se numa federação de Estados livres” e “[O] direito cosmopolita deve limitar-se às condições da hospitalidade universal”. Em especial sobre este terceiro artigo, escreve Kant (2008, p. 20):

Fala-se aqui, como nos artigos anteriores, não de filantropia, mas de direito, e *hospitalidade* significa aqui o direito de um estrangeiro a não ser tratado com hostilidade em virtude da sua vinda ao território de outro. Este pode rejeitar o estrangeiro, se isso puder ocorrer sem dano seu, mas enquanto o estrangeiro se comportar amistosamente no seu lugar, o outro não o deve confrontar com hostilidade.

Apesar do âmbito circunscrito da hospitalidade que Kant propõe – o direito de um estrangeiro “a não ser tratado com hostilidade em virtude da sua vinda ao território de outro” (KANT, 2008, p. 20), não servindo de base a um direito de hóspede, mas (apenas) a um direito de visita (KANT, 2008, p. 21-22) –, ela pode ser entendida em termos mais ou menos amplos. Numa leitura ampla, escrevem Sweet e Ryan, esta hospitalidade é o suporte da moderna conceção de direitos humanos universais. As leis da hospitalidade, definidas de forma restritiva na *Paz Perpétua*, não representariam o pensamento final de Kant sobre a hospitalidade ou sobre a constituição cosmopolita (SWEET e RYAN, 2018, p. 21) e, por isso, o alargamento de codificação dos direitos humanos a partir de meados do século XX ainda se reconduz à proposta kantiana e aos seus três artigos definitivos, tal como os interpretam<sup>6</sup>. Assim, as cartas de direitos e as garantias de proteção judicial integram o núcleo do conceito de democracia constitucional doméstica (correspondendo ao primeiro artigo), as organizações internacionais aprovam cartas de direitos de conteúdo e alcance universal (correspondendo ao segundo artigo) e o conteúdo desses direitos abrange virtualmente todos os aspetos de relação entre os indivíduos e as autoridades públicas (correspondendo ao terceiro artigo) (SWEET e RYAN, 2018, p. 21-22). É também ampla a sua definição de Direito Cosmopolita, que entendem como as relações de Direito entre todas as pessoas e os agentes públicos de Estados pertencentes a uma federação de Estados republicanos, tal como codificadas (ao menos parcialmente) por uma ou mais cartas de direitos aplicáveis, sendo a primeira missão de qualquer ordem jurídica cosmopolita realizar a justiça (SWEET e RYAN, 2018, p. 24).

Sweet e Ryan notam, contudo, que Kant não esclareceu como deve a autoridade pública organizar-se para que uma comunidade se governe de acordo com um princípio de Direito

(2018, p. 31-32). É este vazio – esta indeterminação institucional – que os autores tentam preencher na Parte I do seu livro.

Para Sweet e Ryan (2018, p. 32-33), um sistema de justiça kantiano supõe cinco aspetos: primeiro, um sistema de liberdades recíprocas para todos baseado no direito constitucional positivo, em que a coercibilidade estadual se justifica apenas para permitir a realização do princípio jurídico universal e a legislação beneficia todos (*omnilateral lawmaking*) (2018, p. 32); segundo, os direitos constitucionais estabelecem requisitos positivos de validade dos atos das autoridades públicas (2018, p. 32); terceiro, o Povo, ao estabelecer uma constituição baseada em direitos, coloca as suas liberdades em segurança, gerando obrigações justiciáveis que as entidades públicas têm de respeitar (2018, p. 32); quarto (este, apenas implícito em Kant), um sistema de proteção efetiva de direitos exige um órgão constitucional com poderes fortes e efetivos de controlo judicial (2018, p.32), que controla os atos dos agentes públicos quando fazem e aplicam as leis e “supervisiona ao processo incremental através do qual o Direito Público é construído, reforçando a vontade do legislador constitucional: o Povo” (2018, p. 33); quinto, a teoria constitucional kantiana exige que alguns direitos se expressem em termos absolutos, mas a maior parte possa ser limitada ao abrigo do princípio jurídico universal – ou seja, aquilo que na moderna teoria dos direitos fundamentais se traduz na possibilidade de limitação ou restrição de direitos (e na existência de cláusulas restritivas) com apoio no princípio da proporcionalidade (2018, p. 33).

Para apresentar esta proposta, e uma vez que a teoria constitucional kantiana é vaga no que toca à densificação e proteção dos direitos, os autores têm necessariamente que construir, ainda que guiados por aquela (SWEET e RYAN, 2018, 33 e 43). Para Sweet e Ryan, o objetivo central da teoria constitucional de Kant (exposta sobretudo na *Metafísica dos Costumes*) foi explicar as limitações necessárias que indivíduos e Estados devem aceitar para cumprir a sua obrigação de abandonar o estado de natureza para entrar numa condição de direito civil, ou seja, para garantir a sua liberdade na comunidade. Segundo os autores, a teoria constitucional kantiana assenta em dois princípios fundacionais, a honestidade jurídica (*internal duty of rightful honor*)<sup>7</sup>, que impede que a pessoa seja um meio ao serviço de outros, e o princípio universal de Direito, que limita a coerção do Estado ao necessário para salvaguardar o Direito (2018, p. 34), definido como o conjunto de condições sob as quais a escolha de um pode unir-se à escolha de outro segundo uma lei universal de liberdade<sup>8</sup>. De acordo com o princípio universal de Direito, tal como apresentado na *Metafísica dos Costumes*, “[u]ma ação é conforme ao Direito quando permite ou quando a sua máxima permite fazer coexistir a liberdade do arbítrio de cada um com a liberdade de todos segundo uma lei universal” (KANT, 2005, p. 43).

Para os autores, o conceito de Direito Público que Kant apresenta<sup>9</sup> é um conceito de ordem constitucional (SWEET e RYAN, 2018, p. 34). As ideias constitucionais kantianas mais importantes seriam, pois, a liberdade inata<sup>10</sup>, a honestidade jurídica, a definição de Direito e o princípio universal do Direito, o contrato original e o conceito de Estado, a existência de um legislador que corresponde a uma vontade omnilateral<sup>11</sup> (*omnilateral lawmaker*) e a exigência de publicidade (SWEET e RYAN, 2018, p. 35-37).

Os autores entendem que estes princípios têm um importante impacto na teoria e práticas constitucionais contemporâneas (STONE e RYAN, 2018, p. 39-40): por um lado, os conceitos de autonomia e liberdade supõem que todos temos um “direito inalienável a direitos justiciáveis” o que, na linguagem moderna, se reconduz à meta-norma da dignidade da pessoa humana; por outro lado, num Estado, a independência de uma pessoa pode ser sujeita a limitações, desde que justificadas. Ao Direito público, escrevem, cabe articular o âmbito e extensão da liberdade externa de cada pessoa para agir de acordo com os seus fins na sociedade, desde que cumpra as exigências da máxima universal do Direito (2018, p. 39-40).

Como escrevem Sweet e Ryan, a criação de uma condição de direitos ou de um estado jurídico supõe uma vontade omnilateral, ou seja, um legislador que esteja autorizado a legislar de modo compatível com o princípio universal de direito no interesse da coletividade, sendo que este legislador expressa as escolhas em nome e no interesse de todos e não de um grupo particular de pessoas (2018, p. 41), em conformidade com o contratualismo hipotético de Kant (SWEET e RYAN, 2018, p. 42-43)<sup>12</sup>.

Uma vez mais dada a fraca densificação do constitucionalismo kantiano, Sweet e Ryan debruçam-se sobre a questão de saber que componentes de um sistema de justiça constitucional otimizariam a capacidade de uma comunidade para atingir o Direito Público, no sentido kantiano (2018, p. 43). O primeiro passo, escrevem, será conceber os direitos constitucionais como exigências positivas de legalidade (*positive requirements of legality*), pelo que fazer cumprir uma carta de direitos é uma forma de operacionalizar o princípio universal de Direito como critério de legitimidade (2018, p. 45-46). Entendem ainda que a teoria de Kant exige um tribunal constitucional como órgão omnilateral que supervisione a atividade dos agentes públicos, fazendo cumprir o princípio universal do Direito (SWEET e RYAN, 2018, p. 46). Apesar de reconhecerem que é controverso retirar dos imperativos kantianos a exigência funcional de um tribunal guardião, Sweet e Ryan (2018, p. 49 e 51 ss.) entendem que conferir aos tribunais uma função de *trustees* dos direitos não conflitua com o que Kant escreveu sobre o poder legislativo e a justiça (que associou ao poder judicial), fornecendo mesmo uma base robusta de justificação à autoridade para exercer coerção, sendo que o direito à justificação deriva ainda do princípio kantiano da publicidade<sup>13</sup> (SWEET e RYAN, 2018, p. 52).

Este tribunal guardião deve adotar como instrumento de controlo o princípio de proporcionalidade (SWEET e RYAN, 2018, p. 53 ss.), princípio este que pertence por direito a um sistema kantiano de justiça constitucional por três razões, relacionadas entre si : permite aos juízes atribuir um âmbito alargado a qualquer direito qualificado em juízo, na linha de um direito geral de liberdade ou da liberdade inata (*innate freedom*) kantiana, combina com a ideia de justificação dos atos, sobretudo dos atos de restrição de liberdades, e, por último, permite aos tribunais cumprir os seus deveres (SWEET e RYAN, 2018, p. 55 ss.). Os autores deixam aqui duas advertências, uma quanto ao último momento do controlo de proporcionalidade, o chamado balanceamento, outra quanto à existência de meios e fins categoricamente proibidos<sup>14</sup>. Assim, o balanceamento não pode ser entendido como análise custo-benefício em sentido utilitarista estrito, o que brigaria com os ditames kantianos, antes devem sopesar-se duas importantes exigências da ordem constitucional, também elas valores

kantianos: a liberdade individual, traduzida nos direitos, e o dever dos agentes públicos de realizar o Direito Público, cumprindo os fins públicos, ambos subsumíveis no princípio universal de direito (e, portanto, não estritamente incomensuráveis) (SWEET e RYAN, 2018, p. 61). Por outro lado, considerando a legitimidade da intervenção, haverá que, na lógica de uma abordagem kantiana, considerar alguns meios/fins, *e.g.* a tortura, como categoricamente proibidos (SWEET e RYAN, 2018, p. 63).

Em suma, um sistema de justiça constitucional de base kantiana supõe, para Sweet e Ryan e nas suas palavras (2018, p. 70), aceitar as seguintes pretensões, que maximizarão a capacidade de atingir uma condição de direitos (*rightful condition*): (a) que o Povo assegure a sua liberdade sob a forma de uma carta de direitos; (b) que as normas de direitos, como direito positivo, sejam as bases a partir das quais se constrói a liberdade externa de todos; (c) que os agentes públicos têm o “dever de elaborar e fazer cumprir o direito de forma a respeitar os direitos das pessoas sob sua jurisdição”; (d) que uma instituição omnilateral, um tribunal constitucional, supervisione a atividade desses agentes públicos, fazendo cumprir o princípio universal do direito, e (e) que este princípio, operacionalizado através do princípio da proporcionalidade, seja o “critério básico de legitimidade de todo o direito positivo”.

É no Capítulo 3 da sua obra que Sweet e Ryan desenvolvem um sistema de justiça transnacional de base kantiana, estendendo o sistema constitucional apresentado no Capítulo 2 à proteção de direitos além do Estado (2018, p. 73). Como Kant não definiu as estruturas jurídicas necessárias para alcançar a condição de direitos, antes propôs princípios universais e apriorísticos de justiça destinados a fornecer critérios de legitimidade do Direito, os autores visam precisamente desenvolver a análise estrutural de um sistema de direitos para além do Estado de base kantiana, aquilo a que chamam uma ordem jurídica cosmopolita (2018, p.73-74), cujos fundamentos de justiça não se afastam dos da justiça doméstica (2018, p.74-75).

Uma ordem jurídica cosmopolita de tipo kantiano define-se, para os autores, como um “sistema jurídico multinível, transnacional, no qual todos os poderes públicos, em qualquer nível de governança no âmbito do tratado, têm a obrigação de efetivar os direitos fundamentais de qualquer pessoa sob a sua jurisdição, independentemente da nacionalidade ou cidadania” (SWEET E RYAN, 2018, p.81). Uma tal ordem cosmopolita, escrevem, só emerge se os direitos, que se expressam através da norma universal de Direito, limitarem o exercício de toda a autoridade pública, forem justiciáveis, e existir um tribunal transnacional que “supervisione como é que os agentes públicos, incluindo os juízes, desempenham as suas obrigações fiduciárias em cada um dos níveis do regime” (2018, p. 81). Isso confere à ordem jurídica cosmopolita uma configuração institucional peculiar, que combina catálogos de direitos e tribunais domésticos e transnacionais, a que se chama pluralismo constitucional (SWEET E RYAN, 2018, p. 81-82), e é compatível com a estrutura de governo multinível kantiana<sup>15</sup>.

Segundo Sweet e Ryan, por “cosmopolitismo de direitos” entende-se a estrutura institucional que permite a um “regime convencional fazer justiça segundo uma constituição multinível cosmopolita” (2018, p. 82). O “constitucionalismo plural” é uma característica estrutural do sistema transnacional de proteção de direitos que se produz quando existe simultaneamente “pluralismo de fontes” e “pluralismo jurisdicional” (SWEET E RYAN, 2018,

p. 82-83), fenómeno recente na Europa continental, cuja tradição se baseia na soberania e hierarquia e não no pluralismo (SWEET E RYAN, 2018, p. 83-84). Ora, escrevem os autores, a natureza multinível e pluralista da ordem jurídica cosmopolita significa que os direitos serão garantidos por uma soberania descentralizada, não construída hierarquicamente, sendo que o que torna o sistema constitucional é a “estrutura normativa abrangente: o código de normas e princípios, como a norma universal de direito”, que todos os poderes públicos estão obrigados a promover e respeitar (2018, p. 84). Os autores apontam a 2.<sup>a</sup> metade do século XX e a emergência do “novo constitucionalismo” como momento de viragem: as constituições adotaram catálogos de direitos e mecanismos de proteção judicial e o desenvolvimento do direito da UE levou ao desenvolvimento de um pluralismo constitucional multinível (SWEET E RYAN, 2018, p. 87-91). Acresce a incorporação da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) nos sistemas internos dos Estados Membros e a adoção do Protocolo n.º 11 à Convenção relativo à reestruturação do mecanismo de controlo revisto pela CEDH<sup>16</sup>, permitindo aos particulares interporem recurso depois de esgotados os recursos internos, que teve um papel fundamental permitindo o controlo externo dos sistemas internos de proteção dos direitos (p. 101). Combinadas, a incorporação da CEDH e a adoção do Protocolo n.º 11 fundamentaram a ordem jurídica cosmopolita europeia, sendo o TEDH o tribunal guardião (*trustee court*) deste regime (SWEET E RYAN, 2018, p. 101-102). Para os autores (2018, p. 102), no contexto internacional um tribunal pode ser considerado um guardião se for reconhecido como intérprete autorizado do direito, que aplica para resolver disputas, tiver jurisdição obrigatória sobre os Estados e for impossível para estes, na prática, reverter as decisões do tribunal.

Assim, para Sweet e Ryan, de uma perspetiva kantiana, o sistema europeu que se desenvolveu sob a égide da CEDH apresenta os traços básicos de uma ordem jurídica cosmopolita: é um sistema transnacional multinível de justiça constitucional, cujo objetivo é “permitir a construção de um estado jurídico [*rightful condition*] sob um código de direitos”; este código de direitos é aplicado por um “soberano descentralizado”, uma comunidade de tribunais ligados pelo texto da Convenção; o sistema é pluralista; o TEDH é um tribunal constitucional entre outros tribunais constitucionais, mas detém uma “posição estratégica crucial”, dado que, enquanto tribunal guardião do regime, supervisiona a atividade dos agentes públicos nacionais incluindo os juizes (2018, p. 102-103). Esta ordem jurídica cosmopolita europeia funciona, assim, através da coordenação entre tribunais e “diálogos constitucionais”, facilitados pela adoção de uma abordagem comum à proteção de direitos, que é dada pela análise de proporcionalidade, que o TEDH aplica e impõe aos tribunais nacionais que usem quando aplicam os direitos qualificados da CEDH (2018, p. 103-104). Gera-se assim uma metódica comum de adjudicação de direitos que favorece a coerência e, também, uma dinâmica de encorajamento do controlo da atuação dos legisladores e governos e, por conseguinte, de relativização da soberania estadual (2018, p. 104-108).

## 2. A ORDEM JURÍDICA COSMOPOLITA EUROPEIA E O TEDH COMO JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Como se viu já, para Sweet e Ryan uma ordem jurídica cosmopolita “é um sistema jurídico multinível transnacional no qual (i) os indivíduos são titulares de direitos justiciáveis; (ii) todas as entidades públicas têm o dever de efetivar os direitos fundamentais das pessoas que se encontram sob a sua jurisdição, sem aceção de nacionalidade ou cidadania, e (iii) em que juízes nacionais e transnacionais supervisionam como é que as referidas entidades públicas o fazem” (2018, p. 1). Na Parte II da sua obra, os autores dedicam-se a analisar como está configurada e funciona esta ordem jurídica cosmopolita europeia, com ênfase na constitucionalização do sistema e no papel de guardião do regime desempenhado pelo TEDH, que qualificam como tribunal constitucional.

Como é sabido, a possibilidade ou, por outra, os termos de uma constitucionalização e de um constitucionalismo além do Estado são discutidos<sup>17</sup>. Para Sweet e Ryan, de uma perspectiva kantiana, considerando o Protocolo n.º 11 e a incorporação da CEDH nas ordens jurídicas nacionais, o carácter constitucional do sistema da Convenção é pacífico: “quando um sistema jurídico internacional cumpre os requisitos de uma ordem jurídica cosmopolita presume-se a sua natureza constitucional”, escrevem, tanto mais que Kant definiu como inerentemente constitucional qualquer “conjunto de arranjos estáveis capaz de ajudar uma comunidade a alcançar uma condição jurídica” (2018, p. 117).

Para os autores, é inequívoco que o TEDH desempenha funções que são constitucionais: o tribunal protege os direitos dos indivíduos no e para além do Estado, o que é uma “função de justiça”, supervisiona as instâncias nacionais quando lidam com direitos, o que corresponde a uma “função de monitorização”, e determina com autoridade o conteúdo e âmbito dos direitos da Convenção, o que corresponde à função de criação de direito ou “oracular” - ou seja, em linguagem kantiana, assume responsabilidades omnilaterais de guarda (*omnilateral responsibilities of trusteeship*) (SWEET E RYAN, 2018, p. 118). Esta dimensão constitucional é reforçada pela combinação entre os efeitos do Protocolo n.º 11 e a incorporação da CEDH nas ordens internas, muitas vezes com estatuto constitucional ou supraconstitucional, reforçando as próprias proteções constitucionais internas (2018, p. 118-119).

Sweet e Ryan reconhecem que esta visão “constitucional” do TEDH poderá ser contestada, desde logo porque os juízes do TEDH, ao contrário dos juízes dos tribunais constitucionais nacionais, não têm competência para invalidar os atos estaduais contrários à CEDH, não exercendo, portanto, autoridade “soberana” de direito interno (2018, p. 119). Para os autores, não há razão para negar a um tribunal internacional estatuto constitucional com base na incapacidade do tribunal para exercer autoridade direta na ordem jurídica doméstica (2018, p. 120), tanto mais que, do ponto de vista empírico, a objeção perde força quando se verifica que os tribunais nacionais efetivamente aplicam os direitos da Convenção e aceitam a autoridade do Tribunal de Estrasburgo, verificando-se na prática que o regime traduz uma forma bastante robusta de supremacia judicial (2018, p. 153). A soberania encontra-se descentralizada, operando através de um conjunto de diálogos com os sistemas nacionais

(2018, p. 120), o que na verdade é consistente com a perspectiva de Kant que dispensa, e não pretende, a criação de um Estado global (2018, p.249-250).

No Capítulo V, os autores apresentam uma análise densa de como o TEDH tem ido além de uma abordagem minimalista de direitos, *modus operandi* da soberania descentralizada (SWEET E RYAN, 2018, p. 156). Neste contexto avultam, segundo Sweet e Ryan (2018, p. 156), a articulação entre sistemas jurídicos domésticos e transnacional, através dos efeitos combinados da institucionalização da autoridade do TEDH como guardião dos direitos, da incorporação da Convenção como diretamente aplicável nas ordens domésticas e da difusão do controlo de proporcionalidade como abordagem comum à adjudicação de direitos, dedicando especial atenção ao controlo de proporcionalidade, tal como configurado pelo TEDH, ao critério do consenso e aos princípios da subsidiariedade e margem de apreciação. E não deixam de notar que a margem de apreciação não pode ser vista como decorrência de uma doutrina de deferência para com as autoridades nacionais, que sempre seria contrária a um sistema de justiça de inspiração kantiana (2018, p. 167) – ainda que, na prática, possa funcionar como tal (2018, p. 168). Em suma, escrevem Sweet e Ryan, através do desenvolvimento de princípios gerais, de diálogos com os tribunais domésticos e da análise do consenso, o TEDH desenvolveu um “ativismo maioritário”, estratégia que permitiu ultrapassar a inércia e a abordagem minimalista aos direitos, sendo visível o impacto da jurisprudência de Estrasburgo nos sistemas nacionais, designadamente quando a legislação é mudada para respeitar as decisões do TEDH (2018, p. 202).

No Capítulo 6, Sweet e Ryan exploram a “jurisprudência cosmopolita” do TEDH, analisando três ramos desta jurisprudência com recurso a uma profusão de casos decididos pelo Tribunal: o primeiro concretiza o princípio kantiano da hospitalidade, abrangendo a expulsão, extradição e o tratamento de refugiados, o segundo estende a proteção a pessoas cujos direitos tenham sido violados por Estados que não são parte da Convenção, ou por Estados exercendo jurisdição fora do território da Convenção, e o terceiro abrange os diálogos com outros regimes convencionais relativos a obrigações de proteção de direitos, diálogos estes que sugerem que o pluralismo constitucional é uma “propriedade emergente da estrutura do direito internacional além da Europa” (SWEET e RYAN, 2018, p. 204). Para os autores (2018 p. 245-246), o Tribunal institucionalizou elementos do princípio kantiano da hospitalidade na sua jurisprudência sobre *non-refoulement*, interpretou de forma expansiva o conceito de jurisdição estatal, procurou preencher os lapsos na proteção conferida pelos tribunais domésticos a não cidadãos e desenvolveu novos princípios e regras que os tribunais nacionais se viram na necessidade de respeitar e incorporar. O Tribunal, concluem, está posicionado para ajudar a construir a “constituição global emergente” da qual a CEDH é parte (2018, p. 246).

A terminar a obra, os autores concluem que a ordem cosmopolita global europeia, tal como a descreveram, parece ser um ponto médio entre o tipo de federação que Kant considera na *Paz Perpétua* e um sistema mais hierárquico de proteção de direitos (2018, p. 250). A constitucionalização do direito global, escrevem, é um processo histórico que supõe a evolução de três variáveis jurídicas: (i) a institucionalização dos direitos humanos como *higher law*, (ii) que os direitos, como exigências positivas de legalidade, geram deveres dos agentes públicos

para todos os indivíduos sob a sua jurisdição, e (iii) a construção de *constitutional commons*, ou seja, normas, procedimentos e disposições que permitem a uma poliarquia de tribunais fazer justiça na ausência de um Estado global, com base no respeito e consideração mútuas. Quando estes traços estão presentes e se desenvolvem de forma “simbiótica e articulada”, escrevem, o processo de constitucionalização tem condições para progredir (2018, p. 258).

### 3. PERSPETIVAS DE DISCUSSÃO: DIREITOS HUMANOS, SOBERANIA E LEGITIMIDADE

Segundo Brown e Andenas (2020, p. 490-491)<sup>18</sup>, a proposta de Sweet e Ryan tem de ser enquadrada no contexto do confronto entre dois movimentos antitéticos na teoria e prática do Direito Internacional do século XXI: o interesse pelo cosmopolitismo jurídico e pelo constitucionalismo global, por um lado, e a defesa do neo soberanismo e da autodeterminação estadual, por outro<sup>19</sup>. Para estes autores (2020, p. 492), a proposta de Sweet e Ryan surge como uma espécie de “via média”, uma ordem jurídica cosmopolita europeia capaz de operar “no e para além do Estado” – uma ordem jurídica que interseta, para transcender, quer o direito nacional quer o direito internacional, oferecendo um constitucionalismo de base estadual e autodeterminada com um “propósito cosmopolita kantiano”, potencialmente capaz de satisfazer os cosmopolitistas e os seus críticos. Esta análise, que tem a particularidade ou mesmo a originalidade de ser um exercício de teoria aplicada, pode contribuir para reforçar a pluralidade de ordens jurídicas existentes em direção a uma condição cosmopolita significativa, reforçando a sua base teórica, escrevem (2020, p.492 e 493).

Brown e Andenas (2020, p. 494 ss.) identificam e analisam diferentes críticas à proposta de Sweet e Ryan, umas relacionadas com a questão da fidelidade da proposta ao projeto kantiano, outras que parecem sobretudo dirigidas à configuração desta ordem jurídica cosmopolita europeia. Apesar de um balanço globalmente positivo, não deixam de ser identificados aspetos menos consensuais ou discutidas aparentes debilidades do projeto em si e/ou da sua conformidade com a proposta kantiana.

Um aspeto suscetível de controvérsia é, desde logo, o entendimento de direitos humanos apresentado e a sua compatibilidade com a ideia de direitos humanos em Kant, escrevem Brown e Andenas (2020, p. 497-498). Como notam os autores (2020, p. 497), pode sustentar-se que não podemos simplesmente associar a moderna linguagem dos direitos humanos e o direito público kantiano, uma vez que Kant não estaria especificamente preocupado com a proteção de direitos individuais, ou, em alternativa – e aqui se incluem Sweet e Ryan – enfatizar-se que há relações fortes entre as “fundações metafísicas” das condições legítimas de justiça em Kant e os modernos direitos humanos. Segundo Brown e Andenas, a questão de saber se é possível (e em que termos) uma “leitura de direitos humanos” de Kant é e permanecerá controvertida e, por conseguinte, em aberto, mas isso não invalida que, explorando uma conceção kantiana de direito cosmopolita, se investigue se “os direitos humanos são um método razoável para organizar politicamente Estados e indivíduos numa condição jurídica de direito público” (2020, p. 498).

Acresce a crítica à abordagem reconstitutiva adotada. Como se trata de uma proposta que, partindo de Kant, se propõe preencher alguns aspetos vazios na teoria kantiana, existe o risco de o conteúdo acrescentado ultrapassar ou desrespeitar a lógica interna do pensamento kantiano, notam Brown e Andenas (2020, p. 498-500). Para estes autores, a crítica é redutora, pois nada impede que “se parta de Kant para ir além de Kant”, ou que se pense de forma imaginativa sobre as suas ideias cosmopolitas inacabadas, acabando por propor uma “terceira via” que permite pensar de forma criativa a emergência de uma ordem cosmopolita (2020, p. 500). O próprio Kant, escrevem, “sugeriu uma natureza evolutiva do desenvolvimento político em direção ao reino dos fins” (2020, p. 498). A questão é, pois, sustentam (2020, p. 500), determinar se este tipo de abordagem aplicada, em articulação com perspetivas mais tradicionais, tem alguma coisa a dizer.

Um segundo universo de críticas dirige-se à efetividade e legitimidade da ordem cosmopolita, sendo na verdade comum a muitas propostas de sistemas de proteção de direitos. Uma dúvida prende-se com a possibilidade de realização efetiva do modelo a uma escala global. Brown e Andenas (2020, 502) salientam que a ordem jurídica cosmopolita não está ainda plenamente desenvolvida, mas há inegavelmente uma ordem jurídica em nascimento e suscetível de expansão com base na qual podemos aprender e pensar criativamente o surgimento de uma constituição global, e que a ideia de um “processo iterativo de transição” corresponde à perspetiva de Kant sobre o desenvolvimento da ordem cosmopolita (2020, p. 501).

Outro conjunto de preocupações dirige-se ao balanço que esta ordem cosmopolita tem de fazer entre o poder de adjudicação dos direitos de carácter universal dos tribunais de guarda dos direitos e o papel da soberania estadual, escrevem Brown e Andenas (2020, p. 494). Aqui se incluem aqueles que sustentam que Sweet e Ryan concederam demasiado espaço ao Estado na sua proposta de constitucionalismo plural (Brown e Andenas, 2020, p. 494) enfraquecendo o potencial cosmopolita do TEDH (2020, p. 504).

Nesta linha de preocupações, articulada com o receio de infidelidade à proposta kantiana, Sadurski sustenta que levar a sério a abordagem kantiana exigiria analisar de que forma o TEDH escrutina – ou melhor, *não escrutina* – as razões apresentadas pelos Estados para justificar as suas ações ou normas (2020, p. 515). Segundo o autor, os objetivos ou fins para a legislação ou para decisões individuais de autoridade são cruciais de um ponto de vista kantiano (2020, p. 515). As razões para agir devem ser moralmente corretas para que uma ação seja moralmente valiosa, sendo a autodeterminação individual vista como a liberdade para determinar os nossos próprios fins (2020, p. 515-516). Transpondo a questão das razões para agir e dos fins para a esfera coletiva, uma perspetiva kantiana do TEDH exigiria dar atenção ao escrutínio feito pelo tribunal das razões apresentadas pelos Estado Membro quando alega defender os direitos da Convenção (2020, p. 516). Para Sadurski, o TEDH não leva a sério o teste da legitimidade dos fins estaduais, preferindo antes analisar a atuação do Estado sob o prisma da análise da proporcionalidade, porventura para evitar colisões frontais com o Estado (2020, p. 519 e p. 520-521) – aspeto de que Sweet e Ryan dão conta, mas não desenvolvem no seu livro, parecendo mesmo adotar uma perspetiva deferente para com o legislador (2020, p. 520).

Mas avultam também aqui, acrescentaríamos nós, a questão do entendimento a dar à soberania e à possibilidade de esta ser construída sem referência ao Estado, com que (ainda) se debate a teoria do constitucionalismo, e a questão de saber a quem cabe a “guarda dos direitos”, se ao legislador se ao juiz.

Benhabib (2020, p. 508) discute se e em que medida a proposta de Sweet e Ryan direciona para os tribunais e para a supremacia judicial muitas questões essenciais da filosofia kantiana, negligenciando a sua dimensão republicana, de acordo com a qual o poder constituinte do povo como legislador é fundamental<sup>20</sup>. Para Benhabib, a afirmação de Sweet e Ryan de que o povo, como legislador, legislou a supremacia judicial suscita algumas questões centrais na teoria democrática e constitucional. Como escreve Benhabib (2020, p. 508), uma teoria cosmopolita tem de poder dar resposta à questão da legitimidade democrática, seja da fiscalização jurisdicional em geral, seja dos tribunais internacionais de direitos. Para a autora, estas questões de legitimidade estão implicitamente respondidas no livro de Sweet e Ryan através do que designa por “constitucionalismo dialógico” (BENHABIB, 2020, p. 508). Ou seja, os direitos, enquanto dimensão do princípio universal de direito, não são fixos nem imutáveis, evoluindo através de diálogos entre tribunais constitucionais, legisladores nacionais e outros tribunais de guarda (BENHABIB, 2020, p. 512). Este constitucionalismo dialógico não desrespeita nem silencia a voz dos representantes do povo, antes sustenta que os direitos das pessoas são mais bem representados num sistema multinível de garantia judicial que estabelece diálogos com os tribunais e os legisladores nacionais, escreve (2020, p. 512). A réplica do constitucionalismo dialógico aos críticos da *judicial review* assenta, em suma, nas palavras da autora, no seguinte:

o constitucionalismo dialógico não negligencia a autoridade do legislador, antes a situa numa conversação em curso com a autoridade judicial, seja doméstica seja transnacional; (ii) tais conversações permitem aumentar a proteção dos direitos e por isso não visam cristalizar os direitos no tempo, e (iii) as constituições também têm uma função de representação da continuidade intergeracional do povo, enquanto as legislaturas estão limitadas pelos ciclos eleitorais (Benhabib, 2020, p. 513).

## II. MODELOS DE CONSTITUCIONALISMO GLOBAL ASSENTE EM DIREITOS

A proposta de Sweet e Ryan, apresentada em traços largos, reconduz-se ao universo dos modelos de constitucionalismo global assentes em direitos. É o caso, entre outros, do modelo anteriormente proposto por Kai Möller em *The global model of constitutional rights* (2012).

Möller nota que, após a II GGM e com o desenvolvimento de modelos de fiscalização da constitucionalidade, se desenvolveu com especial sucesso um modelo de direitos constitucionais, primeiro na Europa e depois globalmente, a que ele chama o modelo global de direitos constitucionais. Este assenta numa conceção expansiva dos direitos, vendo-os como simultaneamente protegendo um vasto leque de interesses e sendo suscetíveis de limitação através do balanceamento e da proporcionalidade (2012, p. 1). Esta perspetiva contrasta com uma outra conceção de direitos, oriunda da filosofia moral e política, nos termos da qual os direitos protegem apenas um conjunto limitado de interesses, aqueles que são especialmente importantes, gozando de uma especial força normativa (2012, p. 1). Para Möller, este modelo

global de direitos constitucionais carece de um suporte teórico que responda de forma integrada à relação entre a concepção de direitos perfilhada e a sua relação com a democracia e a separação de poderes, teoria esta que se propôs apresentar no seu livro (2012, p. 1), e que descreve como assentando numa concepção moral dos direitos (no sentido de assente numa moralidade política), reconstrutiva e geral (2012, p. 1-2).

O autor identifica o que designou por “narrativa dominante da filosofia dos direitos fundamentais”, que sustenta que os direitos (i) cobrem apenas certos interesses especialmente importantes dos indivíduos, (ii) impõem exclusivamente ou primariamente obrigações negativas aos Estados, (iii) têm eficácia entre os cidadãos e o seu governo (e não entre particulares) e (iv) são dotados de uma especial força normativa, o que significa que apenas poderão ser sujeitos a contrapeso (se o forem) em circunstâncias excepcionais (Möller, 2012, p. 2). Ora estas características estão em erosão (o que é especialmente visível quanto ao tipo de obrigações e quanto à eficácia) e já não se verificam num modelo global de direitos constitucionais, que se caracteriza (i) pela inflação<sup>21</sup> ou expansão de direitos e por uma concepção ampla de direitos (*prima facie*), (ii) pela existência de obrigações positivas e pela aceitação progressiva de direitos sociais, (iii) pelo reconhecimento da eficácia horizontal (ou seja, entre particulares) e (iv) pelo uso das doutrinas do balanceamento e da proporcionalidade (2012, p. 22-23).

Möller ressalva que o modelo é *global* não no sentido em que é aceite em qualquer jurisdição, mas no sentido em que é atrativo em geral e não apenas para certas regiões do mundo, *e.g.* a Europa, sendo mais atrativo à escala global do que modelos concorrentes, como o modelo dos EUA (2012, p. 15). Os indicadores da sua atratividade global são, para o autor, a convergência do arsenal doutrinal usado globalmente em torno da eficácia horizontal, do reconhecimento de obrigações positivas e do recurso ao balanceamento e proporcionalidade e as ligações históricas que explicam como é que as ideias e os conceitos viajaram entre jurisdições. Algumas destas ideias e conceitos são europeus, como é o caso da eficácia horizontal ou da proporcionalidade, originárias do direito alemão, mas viajaram para outras jurisdições, na Europa e no mundo, pelo já não será correto falar num modelo europeu, mas sim num modelo global de direitos (2012, p. 16). O modelo é também *constitucional*, apesar de incluir a par de Estados a CEDH, que não é tecnicamente uma constituição mas um tratado, pois o TEDH desempenha uma função muito semelhante à dos tribunais de fiscalização da constitucionalidade domésticos, ao que acresce o facto de o autor preferir a terminologia “direitos constitucionais” a “direitos fundamentais” ou “direitos humanos”, por transmitir melhor a ideia de que estamos perante direitos jurídicos com um estatuto reforçado face à demais legislação, sendo aplicados por tribunais constitucionais (independentemente de serem supremos tribunais, tribunais constitucionais especializados ou tribunais internacionais como o TEDH) (2012, p. 16-17). Finalmente, a abordagem é *reconstrutiva* pois é uma teoria da prática constitucional de direitos à volta do mundo, não uma teoria filosófica insensível à prática, nas palavras do autor (2012, p. 20). Esta abordagem permite aproveitar a riqueza e a prática acumulada na adjudicação de direitos e ajudar na resposta à questão da legitimidade da justiça constitucional (2012, p.20-21)<sup>22</sup>.

Causa ou efeito desta expansão dos modelos assentes em direitos é a expansão do princípio da proporcionalidade nos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais como princípio de controlo em caso de limitação de direitos fundamentais (Leão, 2021). Esta expansão está associada a uma “cultura global de justificação”, baseada na noção de que o Estado deve justificar todas as suas ações, que de que falam Elyia e Porat (2013, p. 7 e 103 ss.), especialmente quando estão em causa limitações das liberdades fundamentais.

Na perspetiva do constitucionalismo cosmopolita de Somek, para quem o caso da CEDH é paradigmático de uma transformação constitucional, a proteção dos direitos fundamentais é a tarefa central de uma constituição cosmopolita, tornando uma ordem jurídica legítima do ponto de vista dos *outsiders*, que não intervieram na sua formação (2020, p. 489). O constitucionalismo cosmopolita emergente baseia-se, para o autor, em três ideias: (i) o exercício da autoridade estadual tem de ser legítimo também do ponto de vista daqueles que não são cidadãos; (ii) uma constituição deve consagrar direitos fundamentais e a representação dos *insiders* para facilitar a representação de todos, incluindo dos *outsiders*, e (iii) a autoridade da constituição não depende apenas da sua aprovação por um povo independente, mas também do reconhecimento por outros povos com o mesmo tipo de projeto. Simultaneamente, qualquer sistema constitucional cosmopolita tem de deixar espaço para a particularidade (2020, p. 467-468). O sistema da CEDH pôs em causa algumas ideias do constitucionalismo tradicional e trouxe uma nova visão da autoridade constitucional – ao tornar a proteção dos direitos fundamentais uma questão de interesse comum e submeter a conduta dos Estados à jurisdição obrigatória do TEDH, alterou também a natureza das constituições desses Estados, que se transformaram numa constituição cosmopolita (2020, p. 469). Mais radicalmente, Somek entende que o diálogo na adjudicação dos direitos se estende a todos os países membros através da ação de um tribunal internacional e da sua jurisprudência, pelo que em última análise “o povo já não é o detentor exclusivo do seu próprio direito constitucional” (2020, p. 478). O sistema da CEDH demonstra como o projeto cosmopolita pode ser concretizado de forma descentralizada, dando relevância a dimensões particulares e sem um Estado mundial (2020, p. 469).

### III. REFLEXÕES FINAIS: PENSAR UM MODELO COSMOPOLITA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Terminamos com algumas reflexões sobre as condições de possibilidade – *rectius*, de legitimidade – de um modelo cosmopolita de direitos humanos e fundamentais. Este modelo terá, a nosso ver, de articular dimensões de unidade e de diversidade ou, por outra, de universalismo e de particularismo, o que não é impossível, como vimos, numa perspetiva cosmopolita. Retomando Corradetti (2020, p. 525), como conceber a legitimidade de uma autoridade jurídica que simultaneamente articule os poderes estaduais e a autoridade cosmopolita sem recorrer a um Estado mundial, que o próprio Kant afastou?

A análise desenvolvida da ordem jurídica cosmopolita europeia e de sistemas cosmopolitas ou globais de direitos humanos mostra que, na construção de um modelo cosmopolita de direitos,

há que considerar dimensões substanciais, institucionais e procedimentais, necessariamente ligadas entre si.

De um ponto de vista substancial, o que subjaz às perspetivas cosmopolitas é a possibilidade de uma ordem assente nos direitos humanos como critério de legitimação. Assim o é na perspetiva de Sweet e Ryan, designadamente com apoio nos princípios kantianos da liberdade inata, da honestidade jurídica e, em especial, no princípio universal do Direito, que são a base de uma ordem constitucional cosmopolita (Corradeti, 2020, p. 527). Mas o modelo proposto pelos autores supõe simultaneamente dimensões de controlo e garantia, exigindo uma leitura da soberania que se afasta dos modelos clássicos e que, como vimos *supra*, pode ser discutida à luz da perspetiva kantiana. A perspetiva do “novo constitucionalismo” adotada por Sweet e Ryan com fundamento na teoria kantiana afasta o dogma da soberania legislativa: “os direitos trunfam as leis”, as cartas de direitos limitam o exercício da autoridade legislativa e as constituições consagram “a supremacia judicial, não legislativa” (2020, p. 567).

Na perspetiva de Somek (2020), os direitos humanos fornecem mesmo uma alternativa de representação à representação política – o que, note-se, não torna esta última irrelevante. Com efeito, os direitos humanos têm um forte potencial de legitimação na medida em que representam todos, *insiders* e *outsiders*, e não apenas aqueles que têm direitos políticos perante um determinado Estado (e, por conseguinte, participam, diretamente ou através dos seus representantes, na elaboração das normas que se lhes aplicam). A representação dos governados pode fazer-se através de direitos e não necessariamente através da participação política, através de uma representação virtual (Somek, 2020, p. 477). Trata-se de uma visão cosmopolita que permite incluir os *outsiders* sem necessidade de os tornar *insiders* (2020, p. 477). Esta representação virtual requer que cidadãos e estrangeiros sejam tratados de forma igual (a discriminação é uma forma de exclusão, de não representação), pelo que um sistema constitucional cosmopolita tem de consagrar, para Somek, um princípio de não discriminação em função da nacionalidade, que o sistema da CEDH, precisamente, consagra (2020, p. 478).

De um ponto de vista substancial, coloca-se igualmente a questão de saber *que* direitos serão objeto de proteção, sobretudo tendo em conta a expansão dos direitos de que fala Möller (2012), e como e a quem – a que poder(es) ou órgão(s) – caberá delimitar o seu âmbito de proteção. Assim, o património comum que nutre as conceções cosmopolitas de proteção de direitos supra analisadas terá de abranger, não apenas os direitos, mas a própria metódica de aplicação desses direitos (os *constitutional commons* de que falam Sweet e Ryan), aí incluídos o princípio da necessidade de justificação para a restrição de direitos ou o princípio da proporcionalidade (com a sua metódica de aplicação), tal como destacado por vários autores que colocam este princípio no centro da ideia de Estado de Direito e dos seus modelos de justiça global.

Mas suscitam-se igualmente questões de separação e interdependência de poderes, enquadradas por diferentes conceções democráticas de legitimidade e de soberania, que se cruzam com questões de justiça intergeracional (no sentido em que a interpretação do enunciado normativo se abre às questões de justiça de diferentes gerações). Com efeito, o pluralismo que caracteriza a ordem jurídica cosmopolita não é apenas um pluralismo de fontes, mas um

pluralismo de níveis de proteção e de órgãos de proteção, como Stone e Ryan demonstram, obrigando não apenas à articulação entre dimensões internacionais ou transnacionais e internas, mas também entre diferentes poderes, ou seja, entre o poder legislativo e o poder judicial, reeditando neste contexto a velha discussão sobre quem está mais bem posicionado e detém maior legitimidade para a “guarda dos direitos”. Em todo o caso, será porventura redutor analisar a questão da proteção dos direitos à escala global apenas pela via do diálogo jurisprudencial<sup>23</sup>. A perspectiva do cosmopolitismo dialógico de Benhabib, vista supra, concilia, em alguma medida, legislador e juiz.

A proteção dos direitos que resulta de um diálogo a várias vozes coloca questões de legitimidade e exige determinadas condições institucionais. Tal como resulta da prática da adjudicação de direitos humanos e é sustentado, de um ponto vista teórico, por perspectivas de base kantiana como as aqui apresentadas, este constitucionalismo “global” ou “cosmopolita” assente nos direitos não é uma ordem jurídica que se desenvolve para além e independentemente do Estado, ou mesmo em substituição deste – antes, o Estado é um dos níveis da proteção jurídica cosmopolita dos direitos (ou, de outra perspectiva, “proteção jurídica multinível”), que não se compreende senão como *ordem pluralista*.

Um modelo cosmopolita de proteção e direitos (e, nesse sentido, constitucional) tem, por conseguinte, de ser capaz de conciliar unidade e diversidade<sup>24</sup>. Expedientes de articulação como a margem de apreciação e a subsidiariedade não são a negação, mas antes condição de possibilidade, de uma ordem cosmopolita<sup>25</sup>, e formas de realização da ideia de “soberania descentralizada” proposta por Sweet e Ryan. Como escreve Corradetti, a perspectiva de Sweet e Ryan faz justiça à poliarquia e aos arranjos institucionais que permitem articular soberania nacional e diálogos entre Estados, como a margem de apreciação e a proporcionalidade, que promovem o desenvolvimento do cosmopolitismo kantiano (2020, p. 504-505).

Finalmente, às dimensões materiais e institucionais vistas acrescem necessárias dimensões procedimentais. O direito de queixa a um órgão internacional, sobretudo nos termos e com a amplitude com que é consagrado no sistema da CEDH, mesmo com as limitações que possa ter (e note-se, não se trata aqui da exaustão de recursos internos, mas ao facto de as decisões do TEDH terem de ser executadas pelos órgão do Estado), tão enfatizado por Sweet e Ryan, não deixa de se reconduzir a “um direito cosmopolita em sentido kantiano”, “um direito que considera indivíduos como cidadãos do mundo e não apenas de um Estado particular, que dá um poder individual contra um Estado ou dá a fóruns internacionais poder contra indivíduos, apesar de seus Estados”, como escreve Sckell (2017, p. 199 e 204 ss.).

**Resumo:** No seu livro *A cosmopolitan legal order. Kant, constitutional justice, and the European Convention on Human Rights* (Oxford University Press, 2018), Alex Stone Sweet e Clare Ryan partem da conceção kantiana e seus reflexos na teoria constitucional para explicar a emergência do que designam por ordem jurídica cosmopolita (*cosmopolitan legal order*) que, na Europa, se desenvolveu sob a égide da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (1950) e da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Esta ordem jurídica cosmopolita, para os autores, é um sistema jurídico multinível transnacional no qual os indivíduos são titulares de direitos justiciáveis, cabendo a todas as entidades públicas o dever de efetivar os direitos fundamentais daqueles que se encontram sob a sua jurisdição, sob supervisão de juízes nacionais e transnacionais.

Neste trabalho, parte-se da análise desta proposta para, de seguida, refletir sobre alguns modelos de constitucionalismo global assentes em direitos como o modelo proposto por Kai Möller em *The global model of constitutional rights* (Oxford University

Press, 2012). Termina-se com uma análise crítica das condições de possibilidade de um modelo cosmopolita de direitos humanos e fundamentais capaz de articular unidade e diversidade e assente em dimensões substanciais, institucionais e procedimentais.

**Palavras-chave:** cosmopolitismo, direitos humanos e fundamentais, constitucionalismo global, ordem jurídica cosmopolita, proteção multinível.

**Abstract:** In their book *A cosmopolitan legal order. Kant, constitutional justice, and the European Convention on Human Rights* (Oxford University Press, 2018), Alex Stone Sweet and Clare Ryan start from the Kantian conception and its reflexes in constitutional theory to explain the emergence of what they call a “cosmopolitan legal order” which, in Europe, developed under the aegis of the European Convention on Human Rights (1950) and the jurisprudence of the European Court of Human Rights. According to the authors, this cosmopolitan legal order is a transnational multilevel legal system in which individuals hold justiciable rights and all public officials bear the obligation to fulfill the fundamental rights of those within their jurisdiction, under the supervision of both domestic and transnational judges.

This work starts from the analysis of this proposal and then reflects on some models of global constitutionalism based on rights, such as the model advanced by Kai Möller in *The global model of constitutional rights* (Oxford University Press, 2012). It ends with a critical analysis of the conditions of possibility of a cosmopolitan model of human and fundamental rights capable of articulating unity and diversity and based on substantial, institutional, and procedural dimensions.

**Keywords:** cosmopolitanism, fundamental rights, global constitutionalism, cosmopolitan legal order, multilevel protection.

## REFERÊNCIAS

BENHABIB, Seyla. Dialogic constitutionalism and judicial review. *Global Constitutionalism*, v. 9, n. 3, p. 506-514, 2020. doi:10.1017/S204538172000012X

BROWN, Garret Wallace; ANDENAS, Mads. The European Convention of Human Rights as a Kantian cosmopolitan legal order. *Global Constitutionalism*, v. 9, n. 3, p. 490-505, 2020. doi:10.1017/S2045381720000131

CORRADETTI, Claudio. A rationale for the legitimacy of the world legal order: Kant’s idea of a cosmopolitan will. *Global Constitutionalism*, v. 9, n. 3, p. 523-530. doi:10.1017/S2045381720000106

DOBNER, Petra e LOUGHLIN, Martin (eds). *The twilight of constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press: 2010.

ELYIA, Moshe Cohen e PORAT, Iddo, *Proportionality and constitutional culture*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

GRIMM, Dieter, O papel da Constituição no Século XXI. In *40.º Aniversário da Constituição da República Portuguesa*. Lisboa: Tribunal Constitucional, 2016, p. 29 ss.

KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

KANT, Immanuel. *Paz Perpétua*. Tradução Artur Morão. UBI, 2008. Disponível em [http://www.lusosofia.net/textos/kant\\_immanuel\\_paz\\_perpetua.pdf](http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf)

LEÃO, Anabela Costa. O princípio da proporcionalidade e os seus críticos. In LOPES, Dulce; COUTINHO, Francisco Pereira; BOTELHO; Catarina Santos (Org.). *O princípio da proporcionalidade. XIII Encontro de Professores de Direito Público*. Coimbra: Instituto Jurídico/ FDUC, p. 127-159, 2021. DOI: [www.doi.org/10.47907/clq2021\\_2](http://www.doi.org/10.47907/clq2021_2)

LEÃO, Anabela Costa. *Constituição e interculturalidade: da diferença à referência*. Dissertação de doutoramento apresentada à FDUNL. 2013.

MÖLLER, Kai. *The global model of constitutional rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

SADURSKI, Wojciech. Legislative aims and the Kantian supranational court: A comment on Alec Stone Sweet and Clare Ryan, A Cosmopolitan Legal Order. *Global Constitutionalism*, v. 9, n. 3, p. 515-522, 2020. doi:10.1017/S204538172000009X

SCKELL, Soraya Nour. O cosmopolitismo de Kant: Direito, política e natureza. *Estudos Kantianos*. Marília. v. 5, n. 1, p. 199-214, 2017. doi: <https://doi.org/10.36311/2318-0501.2017.v5n1.14.p199>

SOMEK, Alexander. Cosmopolitan constitutionalism: The case of the European Convention. *Global Constitutionalism*, v. 9, n. 3, p. 467-489, 2020. doi:10.1017/S204538172000007

SWEET, Alex Stone; RYAN, Clare. *A cosmopolitan legal order. Kant, constitutional justice, and the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2018.

SWEET, Alex Stone; RYAN, Clare. Kant, cosmopolitanism and systems of constitutional justice in Europe and beyond. *Global Constitutionalism*, v. 9, n. 3, p. 562-580, 2020.

## NOTAS / NOTES

<sup>1</sup> Anabela Costa Leão is currently Assistant Professor at FDUP and Integrated Researcher at CIJE-FDUP. Graduated in Law from FDUP - Faculty of Law of the University of Porto (2000) and PhD in Law from Universidade Nova de Lisboa (2014), with a thesis in Public Law entitled “Constituição e Interculturalidade: da diferença à referência” [*Constitution and Interculturality: from difference to reference*]. Her main areas of research and publication are Constitutional Law, Fundamental Rights, Political Science and Political Philosophy, with an emphasis on cultural and religious diversity issues, migrants’ rights, and vulnerability.

<sup>2</sup> Este artigo foi elaborado no âmbito do Projeto *Cosmopolitanism: Justice, Democracy and Citizenship without Borders* (Projeto FCT com a referência PTDC/FER-FIL/30686/2017). O texto parte, com algumas alterações, da comunicação apresentada em 22 de setembro de 2021 no IX Kant Multilateral Colloquium “Justice, peace and cosmopolitan values”, 22 a 24 de setembro 2021, Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa.

<sup>3</sup> Neste texto, todas as traduções para português, à exceção daquelas em que é expressamente mencionado o nome do tradutor, são da responsabilidade da autora.

<sup>4</sup> Usamos a seguinte tradução portuguesa: Immanuel Kant, *Paz Perpétua* (trad. Artur Morão), UBI, 2008, pp. 4-8, [http://www.lusosofia.net/textos/kant\\_immanuel\\_paz\\_perpetua.pdf](http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf)

<sup>5</sup> KANT, 2008, p. 4-8.

<sup>6</sup> V. Sweet e Ryan (2018, p. 12-21).

<sup>7</sup> Como escreve Kant, na tradução de José Lamego “A honestidade jurídica (*honestas iuridica*) consiste no seguinte: em afirmar o seu valor como homem na relação com os outros – dever que se exprime pela proposição: ‘Não te convertas para os demais num simples meio, mas sê para eles, ao mesmo tempo, um fim’. Este dever será explicitado mais adiante como uma obrigação derivada do direito da humanidade na nossa própria pessoa” (KANT, 2005, p.53).

<sup>8</sup> Como escreve Kant, na tradução de José Lamego (2005, p. 43): “O Direito é, pois, o conjunto das condições sob as quais o arbítrio de cada um pode conciliar-se com o arbítrio de outrem segundo uma lei universal de liberdade”; “Uma ação é conforme ao Direito quando permite ou quando a sua máxima permite fazer coexistir a liberdade de cada um com a liberdade de todos segundo uma lei universal”; “se, portanto, a minha ação ou, em geral, o meu estado pode coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal, quele que me coloca impedimentos comete perante mim um ato injusto; pois que esse impedimento (essa resistência) não pode coexistir com a liberdade segundo leis universais”.

<sup>9</sup> Como se lê em Kant, na tradução de José Lamego (2005, p. 175 [311]): “O conjunto de leis que precisam de ser universalmente promulgadas para produzir um estado jurídico é o Direito público. - Este é, portanto, um sistema de leis para um povo, quer dizer, para um conjunto de povos, que, achando-se entre si numa relação de influência recíproca, necessitam do estado jurídico sob uma vontade que os unifique, ou seja, de uma constituição (*constitutio*), para se tornarem participantes daquilo que é o Direito”.

<sup>10</sup> Segundo Kant, na tradução de José Lamego “[o]s direitos, enquanto faculdades (morais) de obrigar os outros, quer dizer, como fundamento legal (*titulum*) em relação a estes, cuja divisão suprema é a classificação em direito inato e direito adquirido, sendo o primeiro o direito relativo ao que cabe a cada um por natureza, independentemente de qualquer ato jurídico; o segundo é aquele para o qual tal ato é requerido. Há um e um só direito inato. A liberdade (a independência em relação a um arbítrio compulsivo de outrem), na medida em que pode existir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal, é este direito único, originário, que corresponde a todo o homem em virtude da sua humanidade. – A igualdade inata, quer dizer, a independência, que consiste

em não se ser obrigado por outros a mais do que, reciprocamente, os podemos obrigar; por conseguinte, a qualidade do homem de ser o seu próprio senhor (*sui iuris*), ao mesmo tempo a de ser um homem íntegro (*iustus*), porque não cometeu ilícito algum com anterioridade a qualquer ato jurídico; por último, também a faculdade de fazer aos outros aquilo que os não prejudica no que é seu, se eles o não quiserem tomar como tal (...) – todas estas faculdades encontram-se já ínsitas no princípio da liberdade inata e não se distinguem verdadeiramente dela (...)” (KANT, 2005, [237-238], p.155-157).

<sup>11</sup> Segundo Kant, na tradução de José Lamego “(...) porque a vontade unilateral (e também a vontade bilateral, na medida em que é particular) não pode impor a cada um uma obrigação, que em si é contingente, sendo para tal necessária uma vontade omnilateral não contingente, mas *a priori*, necessariamente unificada, portanto, e, por isso, legisladora; porque só em conformidade com este seu princípio é possível o acordo do arbítrio livre de cada um com a liberdade de todos os outros, por conseguinte, um direito em geral e, assim, um meu e teu exteriores” (KANT, 2005, [263], p.96).

<sup>12</sup> “Em especial, vd. Kant (2005, [315-316], p.182).

<sup>13</sup> Sweet e Ryan ressaltam que a interpretação deste princípio é controversa, mas entendem que se associa a uma ideia de justificação ou de apresentação de razões (2018, p. 52-53).

<sup>14</sup> Para uma análise do princípio, suas fases e apreciação crítica, entre outros, v. Leão (2021).

<sup>15</sup> Corradetti *apud* Sweet e Ryan, 2018, p. 82 em nota.

<sup>16</sup> Aprovado em 1994, entrou em vigor em 1998 na ordem jurídica internacional e em Portugal. Disponível em <https://gdcc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/rar21-1997.pdf>

<sup>17</sup> *Inter alia*, Dobner e Loughlin (2010) e Grimm (2016).

<sup>18</sup> A obra de Sweet e Ryan em análise serviu de mote para um simpósio da revista *Global Constitutionalism*, publicado em 2020, com contributos de diversos autores, para o qual se remete, sintetizados no texto *The European Convention of Human Rights as a Kantian cosmopolitan legal order*, de Brown e Andenas (2020), que seguiremos de perto.

<sup>19</sup> Os autores (2020, p. 491) admitem que esta polarização pode não ser tão nítida, mas que há em geral na prática uma tensão entre globalização e globalismo, por um lado, e particularismo e sentimento antiglobalização, por outro, este último acelerado por movimentos populistas nos EUA e na Europa.

<sup>20</sup> Respondendo às críticas, Sweet e Ryan (2020, p. 565 ss.).

<sup>21</sup> O autor usa inflação de direitos não em sentido pejorativo, mas neutro, denotando a proteção crescente de interesses relativamente triviais como direitos *prima facie*, de que é exemplo a jurisprudência do TEDH que, ao abrigo do artigo 8.º da CEDH (direito à vida privada) tem protegido diversos interesses, desde o direito a não ser afetado de forma direta e séria por ruído e poluição (caso *Hatton*) a dados pessoais, fotografia, amostras de DNA, decisões em matéria sexual e decisões procriativas (2012, p. 3-4).

<sup>22</sup> O autor identifica dois tipos de teorias reconstrutivas: reconstrução moral e reconstrução *zeitgeist*, que é moralmente neutra. Como Möller procura avaliar a legitimidade moral da prática de aplicação de direitos, a sua teoria é moral (2012, p. 22).

<sup>23</sup> Remete-se para o que se escreveu em Leão (2013, *maxime* pp. 111 ss.)

<sup>24</sup> Neste sentido Somek (2020).

<sup>25</sup> Para Somek (2020, p. 483), a questão estará em determinar que entendimento da margem de apreciação é consistente com uma constituição cosmopolita, questão a que não se responde de forma empírica, analisando a jurisprudência do TEDH, pois é uma questão intrinsecamente normativa: remete-nos para a questão de saber o que deve ser uma constituição cosmopolita. Para lhe responder, o autor recorre a Kant e às suas ideias sobre uma federação de repúblicas.

Date of submission: 07/06/2022

Date of acceptance: 25/06/2022