XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

DIREITOS HUMANOS, DEMOCRACIA E MOVIMENTOS SOCIAIS I

DANIELA SILVA FONTOURA DE BARCELLOS

FABRÍCIO VEIGA COSTA

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direitos Humanos, Democracia e Movimentos Sociais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI
Coordenadores: Daniela Silva Fontoura de Barcellos; Fabrício Veiga Costa – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-563-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Direitos Humanos. 3. Movimentos Sociais. XI Encontro Internacional do CONPEDI Chile - Santiago (2: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

DIREITOS HUMANOS, DEMOCRACIA E MOVIMENTOS SOCIAIS I

Apresentação

As pesquisas apresentadas neste livro fazem parte do Grupo de Trabalho "Direitos Humanos, Democracia e Movimentos Sociais I", ocorrido no âmbito do XI Encontro Internacional do Conpedi Chile, realizado na cidade de Santiago , entre os dias 13 a 15 de outubro de 2022. O encontro internacional é organizado pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e teve como temática central "Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina.".

Os trabalhos frutos desta edição ressaltam a pluralidade dos temas de direitos humanos, tanto em relação ao seu alcance territorial, como em relação a sua interdisciplinaridade e conexão com temas políticos e jurídicos públicos e privados.

No âmbito internacional e transterritorial destacam-se os trabalhos de Régis Willyan da Silva Andrade e de Gustavo Cruz Madrigrano ("Da inderrogabilidade de direitos no direito comparado latino americano: Tribunal Constitucional Internacional"), de Daniela Menengoti Ribeiro e Flavia Kriki de Andrade ("A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a primeira decisão referente a um transfeminicídio: a pessoa transexual e os direitos da personalidade"), de Natália Cerezer Weber e de Lavinia Rico Wichinheski ("Superação das soberanias para a integração das fronteiras: novos desafios para o constitucionalismo latino-americano") e de Juliana Buck Gianini, Vivian Valverde Corominas e Carlos Topfer Schneider. ("O fortalecimento da democracia ambiental brasileira pelo Acordo de Escazú")

Na esfera política, os desenhos institucionais foram abordados por Larissa Beschizza Cione , Eliana Franco Neme e Raul Miguel Freitas de Oliveira em "Regimes políticos e o semipresidencialismo como sistema proposto no Brasil ". Lucimary Leiria Fraga, Juliana Porciuncula e Dafhini Carneiro da Silva trouxeram "Reflexões sobre cultura, identidades e cidadania participativa: um olhar democrático". Já Fabrício Veiga Costa, Rayssa Rodrigues Meneghetti e Naony Sousa Costa Martins apresentaram "Os direitos fundamentais à privacidade e à igualdade impactados pelas novas tecnologias e pela consequente relativização do tempo e do espaço".

No aspecto jurídico, a dimensão de acesso à justiça fica em evidência mediante o trabalho de Fabrício Veiga Costa, Rayssa Rodrigues Meneghetti e Naony Sousa Costa Martins que

escreveram “Recurso Especial como modalidade de processo coletivo: uma análise a partir do requisito da relevância das questões de direito federal infraconstitucional”. Daniela Silva Fontoura de Barcellos, Rosane Teresinha Porto e Tânia Regina Silva Reckziegel. destacaram “A atuação do Conselho Nacional de Justiça na implementação dos direitos das mulheres previstos na Agenda 2030”.

Cristiano Becker Isaia e Júlio Monti de Assis Brasil Rocha abordaram as consequencias socias da “Implementação do sistema de cotas raciais para ingresso na universidade pública: compreensão a respeito das transformações ocorridas nos últimos 10 anos”.

No que tange aos impactos da pandemia de Covid-19 nos direitos humanos temos a abordagem: de Giovana Carla Atarasi Jurca, Sebastião Sérgio da Silveira e Victória Vitti de Laurentiz em “A pandemia de Covid-19 e a insegurança alimentar no Brasil”, bem como a análise de Silvagner Andrade de Azevedo e de Elda Coelho de Azevedo Bussinguer intitulada “A exigência de passaporte de vacinação contra a covid-19 na perspectiva dos direitos humanos: uma análise da legitimidade da ação do estado a partir da teoria epistemológica de Thomas Kuhn”.

As apresentações dos trabalhos e os respectivos debates demonstraram a qualidade da produção trazida pelos pesquisadores e pesquisadoras, demonstrando a atualidade e a autoridade com que trataram sobre os temas propostos pelo GT “Direitos Humanos, Democracia e Movimentos Sociais I”, o que deixou em nós, coordenador e coordenadora, uma grande satisfação de ter tido a oportunidade de assisti-los.

No mais, nosso encontro durante o evento confirmou a capacidade da pesquisa acadêmica em direito no Brasil de se internacionalizar, tanto pelas temáticas em diálogo com as questões suscitadas em outras nações, como também pela sua qualidade, tal como atestam as contribuições do nosso GT “Direitos Humanos, Democracia e Movimentos Sociais I”.

Coordenadores

Daniela Silva Fontoura de Barcellos- Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)

Fabrício Veiga Costa – Universidade de Itaúna (UIT)

DA INDERROGABILIDADE DE DIREITOS NO DIREITO COMPARADO LATINO AMERICANO: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL

ON THE NON-DEROGABILITY OF RIGHTS IN COMPARATIVE LATIN AMERICAN LAW: INTERNATIONAL CONSTITUTIONAL COURT

Régis Willyan da Silva Andrade
Gustavo Cruz Madrigrano

Resumo

O artigo analisará o cenário jurídico-político, a inderrogabilidade de direitos como proposta de efetivação dos Direitos Humanos Fundamentais no âmbito da América Latina, destacando-se o direito à vida. Os objetivos são: analisar as transformações no Estado constitucional que culminaram com um sistema jurídico multinível nas Cartas Constitucionais latino americanas e os novos conceitos de soberania. Adota-se a metodologia analítica documental. Através do diálogo entre as Cortes Constitucionais, busca-se o intercâmbio de elementos constitucionais, com o fito de se criar uma jurisprudência internacional, superando-se assim, os conceitos tradicionais de soberania, buscando-se assim alcançar a efetivação dos Direitos Humanos Fundamentais.

Palavras-chave: Inderrogabilidade, Direitos fundamentais, Cortes constitucionais, Jurisprudência internacional,, Soberania

Abstract/Resumen/Résumé

The article will analyze the legal-political scenario, the non-derogability of rights as a proposal for the realization of Fundamental Human Rights in Latin America, highlighting the right to life. The objectives are: to analyze the transformations in the constitutional State that culminated in a multilevel legal system in the Latin American Constitutional Charters and the new concepts of sovereignty. The documental analytical methodology is adopted. Through the dialogue between the Constitutional Courts, the exchange of constitutional elements is sought, with the aim of creating an international jurisprudence, thus overcoming the traditional concepts of sovereignty, thus seeking to achieve the realization of Fundamental Human Rights

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Non-derogability, Fundamental rights, Constitutional courts, International jurisprudence, Sovereignty

INTRODUÇÃO

A pesquisa assenta na necessidade da criação de um tribunal constitucional internacional, como forma de implementação de um sistema multinível de proteção para que os Direitos Humanos Fundamentais sejam efetivos. Nesse ínterim, adota a metodologia analítica documental, com o objetivo de analisar a viabilidade de estabelecerem-se parâmetros jurídicos que assegurem a caracterização e um sistema multinível de direito, ou seja, com garantias tanto infra como supranacionais, estribado num sólido pavimento de garantias fundamentais aptas a garantirem sua efetividade numa determinada ordem jurídica.

A problemática parte da base dos Direitos Fundamentais, qual seja, a dignidade da pessoa humana, fundamento que orienta uma pluralidade de elementos essenciais e inderrogáveis, sendo suporte para concepção de tais direitos e, ainda, princípio no qual se pautam os principais sistemas constitucionais modernos.

A internacionalização dos Direitos Humanos surge como o novo paradigma ético no intuito de restaurar a lógica do razoável, rompendo com o paradigma do totalitarismo, que negava que a pessoa humana pudesse ser a fonte do direito, emergindo a necessidade de reconstruir os Direitos Humanos, aproximando-se o direito da moral.

O desafio apresentado nesse contexto é o de reestabelecer a ordem internacional com parâmetros que busquem um núcleo inderrogável de direitos, em observância a dignidade da pessoa humana, e que possa apresentar instrumentos capazes de garantir a eficácia destes direitos, por meio da introdução da ética e da moral no estabelecimento de normas tanto globais quanto domésticas e que estimulem o diálogo Interestatal a fim de que possa ser criada uma Constituição Internacional bem como um Tribunal Constitucional capaz de aplicar sanções tanto a indivíduos quanto aos Estados.

No entanto, este conceito de intervenção tem sido um tema de relevante discussão no Direito Internacional, haja vista uma confusão sobre a esfera de atuação, haja vista que alguns sustentam se consistir apenas em assuntos internos, como na mudança forçada da forma de governo, ou se também abrangem os problemas de natureza externa, como a imposição de certas normas em relação à política exterior.

O que se pode perceber é que para se estabelecer um núcleo inderrogável de direitos na esfera global, são necessários sacrifícios, na ordem da delimitação da

soberania estatal, submetendo-se a órgãos ou comissões internacionais que podem aplicar sanções em caso de descumprimento ou violação a direitos e garantias voltados à proteção da pessoa humana.

A atuação e aplicabilidade desses ideais apresentam enormes dificuldades no que tange ao reconhecimento dessa situação jurídica, como a eficácia das normas de direito internacional humanitário, a atuação somente nas situações de emergência humanitária advinda de conflitos armados, e a aspiração de garantir juridicamente o livre acesso das vítimas de catástrofes humanitárias.

Partindo-se dessas premissas, é que se pode analisar a evolução do Constitucionalismo no âmbito da América Latina, destacando-se como cada Estado trata a questão da inderrogabilidade de seus direitos, criando-se assim um núcleo duro, capaz de orientar não apenas a legislação infraconstitucional, mas servir de quadro para emoldurar um Direito Constitucional, capaz ao mesmo tempo respeitar a diversidade e servir de base supranacional.

O desenvolvimento dessa nova modalidade de constitucionalismo coaduna com as perspectivas de um movimento dinâmico, capaz de atender as necessidades de uma sociedade cada vez mais complexa, e que exige dos operadores do direito o discernimento para ultrapassar velhos conceitos ligados a soberania, capaz de auxiliar na solução de conflitos com diferentes estratégias por dois ou mais sistemas jurídicos constitucionais.

Eis o grande desafio dos Direitos Humanos Fundamentais, numa perspectiva multinível, conseguir criar esta ponte capaz de realizar o diálogo entre as cortes constitucionais, mas que seja uma via de mão dupla, e não apenas a imposição de países desenvolvidos face os países em desenvolvimento, que serviram de fundamento para efetivação desses direitos tanto em âmbito infra quanto supranacional, buscando-se assim dar a devida efetividade dos direitos consagrados nas Cartas Constitucionais.

1. DA INDERROGABILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS:

O movimento constitucional de proteção dos Direitos Humanos Fundamentais conquistou status globalizado, na medida em que o direito interno passa a buscar soluções

para seus conflitos na jurisprudência estrangeira, através dos tribunais constitucionais, contribuindo para a efetividade de Direitos Humanos Fundamentais.

Ao discorrer acerca do sistema jurídico global, HABERMAS (2001, p. 331-332) enfatiza que,

> Face aos processos de formação da opinião e da vontade em uma esfera pública geral – difusos, mas ainda focalizados na globalização da sociedade – aparece um sistema funcional que se tornou autônomo e que, por seu turno, somente pode ser percebido pela sociedade inteira da perspectiva de um sistema global.

O desenvolvimento dessa moderna modalidade de constitucionalismo coaduna com as perspectivas de um movimento dinâmico, capaz de atender as necessidades de uma sociedade cada vez mais complexa, e que exige dos operadores do direito o discernimento para ultrapassar velhos conceitos ligados a soberania, capaz de auxiliar na solução de conflitos com diferentes estratégias por dois ou mais sistemas jurídicos constitucionais.

Nesse sentido, surgem algumas teorias visando fundamentar essas relações interestatais, com o aproveitamento de legislação estrangeira, dentro de suas Cartas Constitucionais, promovendo o intercâmbio de elementos constitucionais entre agentes supostamente autossuficientes.

Dentre essas teorias que buscam introduzir relações interestatais, pode-se destacar o cross-constitucionalismo[1], como identifica MORAES (2015, p.2-3),

> Pelo aproveitamento ou uso do conhecimento estrangeiro já desenvolvido em torno de princípios compartilhados, por um empreendimento interpretativo comum, em ordem a resolver controvérsias de matriz constitucional que excedam os limites dos territórios nacionais e, simultaneamente, são debatidas por tribunais constitucionais, supranacionais e internacionais.

[1] Este fenômeno jurídico moderno se dá quando uma questão constitucional concreta é discutida simultaneamente em Cortes Constitucionais de países distintos, ou ainda entre tribunais nacionais e tribunais de Organizações Internacionais. São encontradas designações de sinonímia doutrinaria como cross-constitucionalismo, ou ainda fecundação cruzada. Essa teoria foi proposta pelo professor Marcelo Neves e o nome que aparenta inicialmente sugerir uma supraconstitucionalização internacional, propõe na verdade, um diálogo de sistemas jurídico-constitucionais buscando o aprendizado e a validação de suas decisões.Não se trata da criação de um metassistema jurídico, ou uma Constituição Mundial. O transconstitucionalismo de Neves busca uma harmonização de decisões, tendo em vista a particularidade da sociedade moderna, que é globalizada. Pode-se constatar essa transversalidade, quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal cita em seus acórdãos algumas decisões de tribunais estrangeiros (NEVES, 2009, p. 153).

No sentido de se estabelecer uma cooperação entre os Estados para a formação de uma jurisprudência internacional, deve-se partir da concepção de um dialogo constitucional, e não necessariamente de um monólogo, onde neste não há qualquer correspondência dialógica entre os tribunais, enquanto que naquele através de um diálogo transjudicial ocorre o transplante ou transposição estatal de decisões judiciais.

Como disserta BURGORGUE-LARSEN (2011, p. 155-156), tais interações transjudiciais devem partir de um "*dialogue spontané, orchestré, qui peut être formaté comme un dialogue intégré*". Esse diálogo transjudicial é materializado como diálogo vertical construído entre tribunal constitucional, de um lado, e tribunal supranacional ou internacional, de outro, em razão da vinculação daquele a este e por meio deste diálogo e por ostentarem a mesma natureza, de modo a persuadi-los a utilizar a jurisprudência estrangeira.

O que se busca dessa forma é um diálogo que seja espontâneo, integrado as necessidades tanto de âmbito doméstico quanto internacional, a fim de que não se trate apenas de um monólogo, com a importação de direito estrangeiro, mas sim de uma troca de fundamentações, buscando a efetivação dos Direitos Humanos Fundamentais, em caso de violação ou conflitos.

O diálogo entre os tribunais nacionais, na conclusão de VERGOTTINI (2010, p. 7), "*Si tratta di uno dei luoghi comuni più usati del nostro tempo. Tuttavia, vi è una grande differenza tra l'interazione di giurisprudenza, che consiste del dialogo in senso stretto, e la semplice influenza la decisione di una corte costituzionale rispetto ad un altro che è uguale a te*".

A busca pelo diálogo constitucional deve superar a mera influência de um tribunal constitucional sobre outro, para que se possa falar em uma verdadeira interação de jurisprudências, através da qual tal diálogo possa ocorrer no sentido estrito da palavra, e consequentemente, corroborar para a criação de um núcleo inderrogável de direitos.

Como se percebe este é um dos diversos desafios desse novo modelo constitucional, que muito embora dinâmico, deve-se ater a questões não apenas constitucionais, mas culturais, econômicas e sociais, além de romper o paradigma de uma soberania intocável, para dar azo às decisões internacionais como fonte de legitimação de decisões nacionais.

Ademais, deve-se observar o uso da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais, partindo da premissa dos precedentes, assim como o modelo norte-americano utiliza de decisões pretéritas que servirão de modelo para decisões mais recentes, onde através das lições do passado pode-se aplicar para resolução de casos concretos no futuro.

Eis o grande desafio dos Direitos Humanos Fundamentais, numa perspectiva multinível, conseguir criar esta ponte capaz de realizar o diálogo entre as cortes constitucionais, mas que seja uma via de mão dupla, e não apenas a imposição de países desenvolvidos face os países em desenvolvimento.

Considerando que o Direito interno é aberto, dinâmico, e suscetível de interagir com outros ordenamentos jurídicos, deve ser capaz de construir um modelo teórico, segundo MORAES (2015, p. 7-8) "*que franquie aos tribunais nacionais critérios objetivos de seleção de precedentes estrangeiros que podem, ou mesmo devem, ser utilizados pela justiça constitucional*".

Os tribunais constitucionais nacionais se vinculam ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, haja vista que as decisões prolatadas pelos tribunais internacionais ou supranacionais, como da Corte de Justiça, do Tribunal Penal Internacional, da Organização das Nações Unidas, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, da Organização dos Estados Americanos, do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, da Organização do Conselho da Europa, devem ser utilizados por todos ou aqueles Estados que se submetem a sua jurisdição, através da ratificação de tratados internacionais.

No sistema judicial norte-americano, o grau de persuasão utilizado na aplicação de decisões estrangeiras em âmbito doméstico, como ilustra ZARING (2006, p. 320 e 324),

> *The foreign court most cited by the federal courts is, by a substantial margin of 34% of the jurisprudential references, the High Court of Canada. Do not forgets that, in particular, three federal agencies have the practice of citing foreign decisions: the District Court of Southern New York, Manhattan, the District Court of New York's East, Brooklyn, and the Court of Appeals for the second circuit, set in the same way in New York.*

Desta forma, destaca-se que mesmo uma grande potência como os Estados Unidos da América, em pelo menos três órgãos federais: o Juizado Distrital do sul de Nova York,

do Brooklyn, e o Tribunal de Apelação, tem a práxis de citar decisões estrangeiras, a fim de fundamentar suas decisões.

2. DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL:

A dignidade da pessoa humana fundamentada nos arts. 1°, *initio*, 22 e 23, n° 3, da Declaração Universal dos Direitos Humanos[2] e, particularmente os arts. 1°, III, e 226, §7°, *in fine*, da Constituição da República do Brasil, funcionam como diretrizes para as democracias contemporâneas, onde a supremacia constitucional busca salvaguardar as distribuições tanto horizontais, quanto vertical do poder político.

Nesse sentido, o movimento constitucional da pós-modernidade, relativo ao controle de constitucionalidade supranacional, como descreve CURTIS (2012, p.17), pauta-se na "*Commonwealth*[3]*, which is identified by the conferral of jurisdiction for review or not to adjudicate a constitutional justice body, political or judicial, another national state*".

A jurisprudência estrangeira, como base para formação de um sistema multinível[4] de proteção dos Direitos Humanos Fundamentais é relevante, para determinar o sentido, o alcance e o conteúdo das normas constitucionais que estabelecem os poderes internacionais do governo nacional, contornando assim a legislação doméstica através da opinião internacional.

---

[2] Declaração Universal dos Direitos Humanos, arts. 1°, *initio*, 22 e 23, n° 3: "Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao desenvolvimento da sua personalidade. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, meios de proteção social" (MORSINK, 2000, p. 281-320)

[3] Commonwealth of Nations (em português: Comunidade das Nações), normalmente referida como Commonwealth e anteriormente conhecida como a Commonwealth britânica, é uma organização intergovernamental composta por 53 países membros independentes. Todas as nações membros da organização, com exceção de Moçambique (antiga colônia do Império Português) e Ruanda (antiga colônia do Império Belga), faziam parte do Império Britânico, do qual se desenvolveram. Os Estados-membros cooperam num quadro de valores e objetivos comuns, conforme descrito na Declaração de Singapura. Estes incluem a promoção da democracia, direitos humanos, boa governança, Estado de Direito, liberdade individual, igualitarismo, livre comércio, multilateralismo e a paz mundial.[1] A Commonwealth não é uma união política, mas uma organização intergovernamental através da qual os países com diversas origens sociais, políticas e econômicas são considerados como iguais em status.

[4] Que possa atuar tanto em âmbito infra quanto supranacional.

Para compreender a criação de uma justiça constitucional internacional, mister destacar alguns marcos que foram fundamentais para que se pudesse relativizar o conceito de soberania, para que então, decisões estrangeiras pudessem ter efetividade junto as normas domésticas, e servissem como fonte para fundamentar as decisões dos tribunais internos.

A justiça constitucional internacional foi inaugurada pelo Tribunal do Império Austro-Húngaro, organizado para o julgamento de conflitos de atribuições entre dois Estados-Federados, ou entre esses e órgãos estatais, e de recursos dos cidadãos por violação dos direitos políticos garantidos pela Constituição, em 1867, passando pelo Tratado de Versalhes pós Primeira Guerra até a queda do Muro de Berlim, com a globalização da justiça constitucional.

A despeito da evolução dos tribunais constitucionais internacionais, posiciona-se FAVOREU (1994, p. 78),

> Los tribunales constitucionales son instituciones creadas saber, específica y exclusivamente, las controversias constitucionales, situados fuera del sistema judicial e independientes de las autoridades públicas y. Los cortes supremas o cámaras constitucionales de los mismos pueden ser incluso jurisdicciones constitucionales, pero no son los tribunales constitucionales. Los tribunales constitucionales no necesariamente se encuentran fuera de la estructura del poder judicial, que es la razón por la justicia constitucional puede ser ejercida por los miembros de los órganos que forman la estructura judicial de papel al mismo tiempo que la corte constitucional.

A criação desses tribunais constitucionais internacionais busca conhecer, exclusivamente, de controvérsias constitucionais, situadas fora do aparato judicial e independente deste e dos poderes públicos, ou seja, matérias que possam não ser contempladas pela Carta Constitucional, ou se contempladas não implementadas ou efetivadas.

Há que se fazer uma distinção entre os tribunais constitucionais internacionais e a suprema corte em âmbito nacional, haja vista que estes podem até ser jurisdições constitucionais, mas não são tribunais constitucionais, enquanto que aqueles não obrigatoriamente estão situados fora da estrutura do Poder Judiciário, razão pela qual a justiça constitucional pode ser exercitada pelos organismos integrantes da estrutura judiciária que façam o papel, concomitantemente, de tribunal constitucional.

As questões complexas, que não figuram no rol de direitos e garantias fundamentais positivadas nas Cartas Políticas, devem ser solucionadas a partir de princípios, enquanto enunciados normativos, com maior grau de abstração e generalidade, prevendo os valores fundamentais do ordenamento jurídico, destinados à atividade produtiva, interpretativa e aplicativa das regras descritas pela Constituição, obedecendo-se, por vezes, o critério ou método da ponderação.

A fim de legitimar soluções as questões complexas envolvendo o Direito Internacional, conceitua HABERMAS (1997, p. 279-305),

> O Direito que pretenda ser legítimo, ao menos, precisa estar em consonância com os princípios morais que reivindiquem validade geral, para além de uma comunidade jurídica, eis que os direitos fundamentais e os princípios do Estado de Direito são respostas à pergunta sobre como institucionalizar a democracia.

Nesse sentido, visando à eficácia das normas constitucionais, corroborando com tais preceitos e técnicas para solução de conflitos, caminha a teoria da argumentação jurídica, como articulação de meios e técnicas para provocar, a partir de premissas verossímeis conclusões relativas, com a adesão voluntária da comunidade jurídica pela força dos argumentos.

Acerca dessas teorias que buscam solucionar conflitos entre princípios fundamentais, há que se destacar a teoria da nova retórica, como ensina MARINI (2003, p. 23),

> Os princípios gerais de Direito são considerados como tópicos aos quais as autoridades jurisdicionais podem recorrer no processo argumentativo de fundamentação das decisões, com a diferenciação entre os lugares comuns, que correspondem ao senso comum, e os lugares específicos, que compreendem os pontos de partida compartilhados por determinados ramos do conhecimento.

A interpretação constitucional, como espécie do gênero interpretação jurídica, pode ser identificada pela superioridade hierárquica, caráter político, conteúdo específico e, destacadamente, natureza da linguagem, através da implementação de normas jurídicas providas de maior abertura e densidade, com a necessidade de uma operação de concretização, na qual é conferida ao intérprete a liberdade de conformação.

A normatividade dos princípios, através da positivação dos Direitos Fundamentais nos Pactos Sociais, buscando à solução de possíveis conflitos entre princípios, como destaca MORAES (2014, p. 33),

> Devem ser solucionados pelo critério ou método da ponderação em decisões suscetíveis de controle da racionalidade do discurso por técnicas de argumentação jurídica, de tal modo a aproximar as normas constitucionais da realidade fática que lhes é subjacente, revela que o Direito Constitucional do Séc. XXI não deixa de ser, de certa forma, o Direito Constitucional sem Constituição.

Todas essas transformações convergem para o atual cenário do movimento constitucional, destacando sua dinamicidade e globalização com uma ascensão institucional na organização dos Poderes do Estado moderno, por força do qual os magistrados são chamados à implementação das garantias fundamentais consagradas na Carta Política.

O ponto de convergência da judicialização da política e do ativismo judicial encontra-se no quadro da valorização das atividades do magistrado, onde por meio dos diálogos constitucionais, identifica-se o protagonismo, e por vezes, a supremacia, do Poder Judiciário, que em decorrência da judicialização de relações de natureza social e política, opera o efeito do ativismo judicial.

A utilização de jurisprudência estrangeira no ordenamento jurídico interno, ao ser definido como a utilização de precedentes, muito embora esta decisão tenha sido emitida por um tribunal nacional, estas ao serem recepcionadas em âmbito doméstico assumem valor persuasivo, devendo ser usadas, como observa MACCORMICK (1997, p. 522) como, "*preterit decisions that serve as models for more recent decisions*" tendo em vista a "*applying lessons from the past to resolve concrete cases of present and future*".

Do ângulo do tribunal receptor, os precedentes estrangeiros podem ser utilizados como *holding*[5] ou *ratio decidendi*[6], de forma a justificar racionalmente os fundamentos das decisões sobre questões constitucionais que permeiam os sistemas jurídicos contemporâneos, corroborando para a criação de um moderno modelo que pode ser denominado de Constitucionalismo Multinível, aberto, dinâmico, e suscetível de interagir com outros ordenamentos jurídicos, através do qual são observadas não apenas as questões jurídicas, mas também questões sociais e culturais na formação do pacto social.

Os tribunais constitucionais podem ser persuadidos, na análise de casos concretos, pelo Direito estrangeiro, haja vista que as decisões oriundas de cada tribunal nacional de justiça constitucional, seja única ou de cúpula, como as Cortes ou Tribunais Constitucionais, da Itália e da Espanha, a Suprema Corte dos Estados Unidos, e o Supremo Tribunal Federal, do Brasil, são usadas pelos Estados de onde são emanadas, como fonte interpretativa e de fundamentação de suas decisões em caso de conflito de princípios constitucionais.

Nesse sentido, como afirma BHUIYAN (2007, p. 4), é necessário a distinção entre a utilização de elementos estrangeiros e o uso de elementos internacionais,

> There are two types of law in question in this debate: the foreign law and international law. These two types of law are, at times, confused by the doctrine, so that the cases involving the international conventions and treaties, the evidence are different from those cases that only involve domestic issues and cite foreign laws simply to support the grounds of decisions the constitutional court. The cases in which international conventions and treaties are used with binding effect can not be confused with the cases in which foreign legal sources are used with persuasive effectiveness.

Desta forma, importante fazer uma distinção entre o direito estrangeiro e o direito internacional, uma vez que são diferentes dos casos que envolvem meramente questões domésticas e citem leis estrangeiras simplesmente para apoiar os fundamentos das

---

[5] As holdings são sociedades não operacionais que tem seu patrimônio composto de ações de outras companhias. São constituídas ou para o exercício do poder de controle ou para a participação relevante em outras companhias, visando nesse caso, constituir a coligação. Em geral, essas sociedades de participação acionária não praticam operações comerciais, mas apenas a administração de seu patrimônio. Quando exerce o controle, a holding tem uma relação de dominação com as suas controladas, que serão suas subsidiárias. (CARVALHOSA, 2009, p. 14). Fazendo uma aplicação constitucional do conceito, pode-se entender como a questão de saber se uma lei é inferior à Constituição Nacional, que se estende a jurisdição do Tribunal Internacional, a hierarquia é válida quando à Constituição Nacional não estender essa jurisdição.

[6] A *ratio decidendi* (também conhecido pela forma abreviada de "*ratio*") refere-se à "razão para a decisão" e é um princípio de direito comum que demonstra a razão para um caso.

decisões de um tribunal constitucional, sendo assim, os casos em que convenções e tratados internacionais são usados com eficácia vinculante não podendo se confundir com os casos em que fontes legais estrangeiras são usadas com eficácia persuasiva.

Embora a dignidade da pessoa humana sobre a qual versam os arts. 1°, *initio*, 22 e 23, n° 3, da Declaração Universal dos Direitos do Homem[7] e, mais especificamente os arts. 1°, inc. III, e 226, § 7°, *in fine*, da Constituição da República de 1988[8] funcione como valor supremo dos ordenamentos jurídicos das democracias contemporâneas, salvaguardando as distribuições horizontal e vertical do poder político, onde as questões constitucionais que são levadas aos tribunais constitucionais utilizam-se da jurisprudência estrangeira, dentre as quais está inserida a tutela processual dos Direitos Humanos Fundamentais.

Um dos temas aos quais se dedica a pós-modernidade do Direito Constitucional, sobremodo, como elucida CURTIS (2012, p. 17), na "*Commonwealth on the control extranational constitutionality, which is identified by the conferral of jurisdiction for review or not to adjudicate a constitutional justice body, political or judicial, another national state*".

Este talvez seja um dos grandes desafios na criação de um tribunal constitucional internacional, pois, além das diferenças jurídicas, sociais e culturais, para a criação de um núcleo comum e inderrogável de direitos em âmbito internacional, há dificuldade em se relativizar o conceito de soberania, a fim de que um tribunal estrangeiro tenha competência para rever uma decisão de mérito proferida por um tribunal doméstico.

A jurisprudência estrangeira é relevante, como destaca RAMSEY (2004, p. 71), para "*determine the meaning, scope and content of constitutional norms establishing the international powers of the national government "in this way," directing them to*

---

[7] Declaração Universal dos Direitos Humanos, arts. 1°, *initio*, 22 e 23, n° 3: "All people are born free and equal in dignity and rights. Everyone, as a member of society, has the right to social security and realization, through national effort and international cooperation and in accordance with the organization and resources of each State, of the economic, social and cultural rights indispensable for his dignity and development of his personality. Everyone who works has the right to just and favorable remuneration ensuring for himself, and his family an existence compatible with human dignity, and supplemented, if necessary, social protection means". MORSINK, 2000, p. 281-320.

[8] Constituição da República Federativa do Brasil, arts. 1°, inc. III, e 226, § 7°, *in fine*: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre de decisão do casal." TAVARES (2012, p. 320).

circumvent the domestic powers of the national government from the perspective of international opinion".

Ao utilizar uma decisão estrangeira como fonte de fundamentação de uma decisão em âmbito doméstico, mister ressaltar o seu sentido, alcance e o conteúdo destas normas constitucionais, estabelecendo-se assim os poderes internacionais do governo nacional, passando pelo crivo da opinião internacional.

Na evolução da Justiça Constitucional, que foi inaugurada pelo Tribunal do Império Austro-Húngaro, organizado para o julgamento de conflitos de atribuição entre dois Estados-Federados, ou entre estes e órgãos estatais, e de recursos dos cidadãos por violações dos direitos políticos garantidos pela Constituição, em 1867, destacando-se em quatro fases[9].

A primeira fase, dispersada entre a celebração do Tratado de Versalhes e o início da Segunda Guerra Mundial, expressada, como observa VILLALÓN (1987, p. 94, 124, 133 e 218), "*la creación de los tribunales constitucionales de Checoslovaquia de 1920, Austria, 1920, y Liechtenstein, 1921, y las garantías Corte Española 1931*".

Os conflitos que marcaram o século XX, além de representarem um salto significativo da humanidade no que tange à evolução armamentista, também foi marcado pela evolução e transformação dos Estados, onde pode-se constatar que o Constitucionalismo, pós revolução francesa, caracterizado pelo liberalismo extremo, trouxe inúmeras violações à dignidade humana, tornando a vida um princípio descartável.

A segunda fase, disposta entre a primeira metade da década de 1940 e a segunda metade da década de 1960, é exprimida, segundo PEGORARO (2004, p. 112), "*los tribunales constitucionales de Alemania, Austria, 1945, Alemania, 1951, Italia, 1956, Chipre, 1960, Turquía en 1961 y Yugoslavia en 1963 y, en cierto modo, el Consejo Constitucional de Francia de 1959*".

Esse período representou o declínio dos regimes totalitários, representando também uma dura crítica ao positivismo puro, haja vista que, com o final da primeira guerra e pautados nessa ideologia, ditadores como Mussolini e Hitler, conseguiram disseminar um sentimento de ódio e repressão na Europa do século XX.

---

[9] Pode-se analisar esta evolução, na obra de FAVOREAU (1994, p. 78).

A terceira fase, disseminada entre a primeira metade da década de 1970 e a segunda metade da década de 1980, sendo exteriorizada, nos ensinamentos de Dominique ROUSSEAU (2002, p. 15-16), "*los tribunales constitucionales de España, Portugal 1978, 1982 y Bélgica en 1984 y, en cierto modo, por el Tribunal Especial de Grecia de 1975*".

Essa fase, representa o período da guerra fria, onde a busca pela corrida armamentista, no intuito de se possuir a tecnologia das bombas nucleares, coadunam com o sentimento de se criar um núcleo inderrogável de direitos, para que atrocidades, como a ocorrida com os judeus na Segunda Guerra Mundial, não ocorressem mais, culminando com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

A quarta e última fase, dissipada entre a queda do Muro de Berlim e a globalização da justiça constitucional, representada, na visão de SEGADO (2004, p. 32-33),

> Los tribunales constitucionales de Hungría de 1990, Bulgaria, 1991, Croacia, 1991, Rusia 1991, Albania en 1992, Eslovaquia en 1992, Estonia, 1992, República Checa, 1992, Rumania de 1992 Eslovenia, 1993 Lituania, Moldova 1993, 1995, Letonia, 1996, Ucrania y Bielorrusia en 1996, en 1997, y el Tribunal Supremo de Polonia de 1997.

Esta última fase representa a redemocratização de muitos países que passaram por ditaduras militares, o que representou em outras palavras, uma série de restrições a direitos fundamentais, pautados na ideia de uma segurança nacional, caracterizando assim um período de retrocesso da proteção desses direitos até as novas Cartas Constitucionais que buscam não apenas relacionar mas efetivar os direitos consagrados em seus pactos sociais.

Sobre essa evolução, pode-se destacar que os tribunais constitucionais são instituições criadas para conhecer, especial e exclusivamente, das controvérsias constitucionais, situados fora do aparato judicial e independente destes e dos poderes políticos, onde os tribunais constitucionais não obrigatoriamente estão situados fora da estrutura do Poder Judiciário, razão pela qual a justiça internacional pode ser exercida por organismos integrantes da estrutura judiciária, e que atuem, concomitantemente, como tribunal constitucional.

A persuasão racional da jurisprudência estrangeira está relacionada ao Direito Constitucional contemporâneo, ou como aponta CARBONELL (2003, p. 13), "*novo*

Direito Constitucional, entendido como teoria, ideologia ou método de investigação dos sistemas jurídicos de hoje, com vistas à superação da antinomia entre naturalismo e positivismo jurídicos".

A partir da superação das concepções jusnaturais e juspositivistas, depara-se com um novo paradigma jurídico pautado na interface entre a Filosofia do Direito e a Filosofia da Política, orientando-se ao estabelecimento de uma nova grade de inteligibilidade da compreensão das relações entre direito, moral e política, harmonizando-os pelo fio condutor da questão da ordem jurídica legítima.

Ademais, no campo da Teoria do Direito, une-se pela análise da importância da principiologia constitucional, racionalidade do processo argumentativo no discurso filosófico e hermenêutica jurídica na compreensão do funcionamento do direito nas sociedades democráticas, e que em consequência, como ensina HABERMAS (1997, p. 279-305),

> O Direito que pretenda ser legítimo, ao menos, precisa estar em consonância com os princípios morais que reivindiquem validade geral, para além de uma comunidade jurídica, eis que os direitos fundamentais e os princípios do Estado de Direito são respostas à pergunta sobre como institucionalizar a democracia.

Para a teoria da nova retórica, os princípios gerais de Direito são considerados como tópicos aos quais as autoridades jurisdicionais podem recorrer no processo argumentativo de fundamentação das decisões, com a diferenciação entre os lugares comuns, que correspondem ao senso comum, e os lugares específicos, que compreendem os pontos de partida compartilhados por determinado ramo do conhecimento.

Partindo-se dessas premissas, é que se pode analisar a evolução do Constitucionalismo no âmbito da América Latina, destacando-se como cada Estado trata a questão da Inderrogabilidade de seus direitos, criando-se assim um núcleo duro, capaz de orientar não apenas a legislação infraconstitucional, mas servir de quadro para emoldurar um Direito Constitucional Internacional, que possa ao mesmo tempo respeitar a diversidade e servir de base supranacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Na arcada da vertente pesquisa estão os direitos fundamentais, sua formação e o estribo no preceito da dignidade da pessoa humana, bastião acostado no prenúncio dos princípios fundamentais da República brasileira, insculpido no texto constitucional vigente. Investigar tais conceitos cientificamente, mesmo que se tenha a maior alteza de propósitos, torna-se uma nobre e escarpada missão diante do fato de serem incontáveis e infindáveis os mananciais que sobre ela vertem palavras e ensinamentos.

A dignidade enquanto valor postado é, enfim, objeto de inserção e reconhecimento nas Declarações mundiais que nasceram com a missão de declarar o pronto respeito que deve o Estado prestar ao indivíduo, este detentor de direitos e garantias fundamentais. Esse é, sem dúvida, um dos primeiros e mais relevantes marcos decorrentes da inclusão da dignidade da pessoa humana como um princípio geral a ser incluído no âmbito das diversas culturas existentes.

Não pairam dúvidas que o núcleo estruturante dessa ordem processual garantista reside no princípio da dignidade da pessoa humana. Estando abrigado no texto constitucional como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, esse princípio implica que toda atuação do Poder Público tem que ser avaliada tendo em vista o respeito ao indivíduo, sob o risco de ser transgredida a dignidade da pessoa humana. E aviltá-la releva o descompromisso estatal com a ordem jurídica de direitos fundamentais e, conseguintemente, se tem a necessária estampa de uma ordem que contenha instrumentais aptos a lhes dar efetividade.

Desta forma, pode-se perceber que a ampliação do espaço idealizado tradicionalmente para o judiciário bem como para os tribunais constitucionais, na tutela da Constituição e sua supremacia, vão além das disposições do legislador negativo, mas deve ater-se a abertura semântica das constituições, através de sua contemplação principiológica dos Direitos Humanos, da supremacia da Carta Constitucional, da vinculação do poder legislativo aos Direitos Fundamentais consagrados, tanto em âmbito doméstico quanto internacional, e ainda para retirar do cenário político a efetivação desses direitos, para não ficar sujeito a interesses pessoais.

A proteção aos Direitos Humanos, desta forma, conta com uma relação de complementariedade entre os sistemas interno e internacional, cabendo àqueles a

responsabilidade primária de assegurar tais direitos e a este a atuação de modo complementar, quando a proteção nacional se mostrar inexistente ou ineficaz. Ademais as violações a estes direitos podem ocorrer tanto por indivíduos quanto pelos próprios Estados, que afirmam os direitos em suas Cartas Constitucionais, mas ou não o reconhecem ou não o efetivam.

Por fim, mesmo com a existência e atuação tanto dos sistemas regionais quanto do sistema global de proteção dos direitos humanos, há que se estabelecer um diálogo entre as Cortes Constitucionais de cada Estado a fim de se criar um núcleo inderrogável de direitos capaz de observar as diferenças culturais, sociais, étnicas e econômicas, culminando com a criação de uma Constituição Internacional e quiçá de um Tribunal Constitucional Internacional.

REFERÊNCIAS

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. *L'identité constitutionnelle saise par les juges em Europe*. Paris: A. Pedone, 2011.

BHUIYAN, S., *National Law* in WTO Law: *Effectiveness and Good Governance in the World Trading System*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de Sociedades Anônimas*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CURTIS, Lionel G. *The commonwealth of nations*. London: Forgotten Books, 2012.

FAVOREAU, Louis. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentals.* Madrid: Tecnos, 1984. p.1, e *Los tribunales constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1994.

HABERMAS, Jurgen. *Para a Reconstrução do Direito: os princípios do Estado de Direito*. In:_____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II.

_____. *Der Philosophishe Diskurs der Moderne: zwolf Vorlesungen.* Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2001.

MACCORMICK, Donald N.; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: comparative study.* Brookfield: Ashgate Publishing, 1997.

MARINI, Alarico. *Teoria e técnica dell'argomentazione giuridica*. Milano: Giuffre, 2003.

MORAES, Guilherme Peña de. *Desafios e Perspectivas do Direito Constitucional do Século XXI.* In: DINIZ, José J. (Org.). *Concretização constitucional no século XXI: desafios e perspectivas*. Campina Grande: Faculdade Maurício de Nassau, 2014.

_____. *Constitucionalismo multinacional: uso persuasive da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2015.

MORSINK, Johannes. *Universal Declaration of Human Rights*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2000.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PEGORARO, Lucio. *La justicia constitucional: una perspectiva comparada.* Madrid: Dykinson, 2004.

RAMSEY, Michael D. *International Materials and Domestic Rights: reflections on Atkins and Lawrence*. American Journal of International Law, n° 98, 2004.

ROUSSEAU, Dominique. *La justicia constitucional en Europa*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

SEGADO, Francisco Fernández. *Del control político al control jurisdiccional*. Evolución y aportes a la justicia constitucional em América Latina. In: *Anuário de derecho constitucional latino-americano*. Uruguai: Konrad Adenauer Stiffung, 1997.

TAVARES, André Ramos. *Constituição do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva: 2012.

_____. *Justiça constitucional e democracia na América Latina*. Coordenação André Ramos Tavares; apresentação do tema Francisco Fernándes Sagado. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. *Teoria da justiça constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2005.

VERGOTTINI, Giuseppe de. *Il dialogo transnazionale fra le corti*. Napoli: Editorale Scientifica, 2010.

VILLALÓN, Pedro C. *La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidade*. 1918-1939. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

ZARING, David T. *The Use of Foreign Decision by Federal Courts: an empirical analysis*. Journal of Empirical Legal Studies, n° 3, 2006.