

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

**TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

ADRIANA SILVA MAILLART

RENATA ALBUQUERQUE LIMA

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Adriana Silva Maillart; Renata Albuquerque Lima – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-555-

3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração.
XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

A presente coletânea é formada por artigos selecionados para integrar o Grupo de Trabalho “Teoria da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica” no XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (realizado entre 15 de novembro e 17 de novembro de 2017, em São Luís). Vale lembrar que a seleção se deu a partir do eficiente sistema double blind review (“duplo cego”), apto a assegurar isenção e idoneidade na seleção dos artigos que ora apresentamos.

Devido a vários artigos versarem sobre a análise da Teoria de Justiça de John Rawls, resolvemos dedicar a primeira parte desta obra para tratar dos sete artigos que analisaram esta Teoria.

Fernando César Lopes Cassionato e Daniela Menengoti Ribeiro abordam em seu artigo “A escolha na ‘posição original’ de John Rawls: o idealismo de um utilitarista crítico no utilitarismo”, os princípios desta teoria, os fundamentos de sua argumentação e os argumentos favoráveis à defesa do princípio da diferença, refletindo sobre as falhas ao não compensar as desigualdades naturais (falha reconhecida pelo autor) e a consequência de certas escolhas subsidiarem injustamente outras.

Já, José Eduardo Ribeiro Balera, no texto “A teoria do direito de John Rawls: uma leitura a partir das críticas de Ronald Dworkin, examina os argumentos de Ronald Dworkin ao tratamento de Rawls como um teórico do direito, seus pressupostos metodológicos e substantivos, resgatando questões como a ideia de legalidade na filosofia rawlsiana e as implicações da relação entre direito e moral, retomando as críticas à denominada “doutrina da razão pública”, relevantes ao procedimento deliberativo judicial.

Em, “John Rawls: breves noções de consenso sobreposto e a democracia deliberativa”, Roberto Alcântara De Oliveira Araújo e Flávia Moreira Guimarães Pessoa encontram em John Rawls (teoria da justiça como equidade e do liberalismo igualitário) o reconhecimento da existência de um pluralismo de doutrinas filosóficas/morais da sociedade, decerto incompatíveis, mas redutíveis na revelação do consenso fundamental, por meio de argumentos que justifiquem as escolhas sociais.

O texto, elaborado por Heloisa Sami Daou e José Claudio Monteiro de Brito Filho, “John Rawls e Amartya Sen: paralelo entre a teoria de justiça como equidade e a justiça focada nas

realizações” apresenta e compara duas distintas teorias da justiça, a teoria da justiça como equidade de John Rawls e a teoria da justiça focada nas realizações de Amartya Sen, de modo a destacar suas afinidades e divergências.

Emanuel Adilson Gomes Marques e Adriana Silva Maillart analisam as ideias de justiça de John Rawls como ideários que privilegiam o Estado Democrático de Direito, como essenciais à inclusão e diminuição das desigualdades materiais que vai ao encontro da missão da Defensoria Pública brasileira, objetivando demonstrar que a atuação da Defensoria Pública, por meio de ações afirmativas adotadas em políticas públicas, atinge os ditames de justiça proposto na Teoria de Rawls.

No artigo “O liberalismo-igualitário de John Rawls como perspectiva de igualdade de oportunidades para transexuais”, Fabiana Barbosa Marra propõe uma atuação estatal de modo a mitigar desigualdades decorrentes de padrões hegemônicos de gênero, utilizando a perspectiva de igualdade de oportunidades de Rawls.

E, fechando os temas referentes à Teoria de John Rawls, Anna Caroline Ferreira Lisboa pauta-se na perspectiva crítica relacionada à organização familiar na Teoria de Justiça de Rawls para construir o texto “A instituição familiar na Teoria da Justiça de John Rawls: uma análise necessária do ambiente de desigualdade de gênero”.

No artigo “A extensão da licença-paternidade e a falta de critérios na utilização de princípios no Brasil”, João Ricardo Holanda do Nascimento e Juraci Mourão Lopes Filho discorrem sobre a teoria interpretativista de Dworkin e argumentativa de Alexy, que pretendem inserir uma nova ideia de princípios no Direito, comprovando a má utilização nos casos de extensão da licença-paternidade, causadora de um sincretismo de teorias.

Rodrigo Maia Bachour e Bárbara Altoé Puppim realizam uma análise retórica dos argumentos utilizados nos Projetos de Lei e Propostas de Emenda Constitucional relativos à tentativa de efetivação dos interinos, à luz das lições de João Maurício Adeodato, no artigo “Uma análise retórica das propostas de emenda constitucional e projetos de lei sobre cartórios”.

Em “A globalização e os direitos humanos em rede: o direito alienígena como ferramenta hábil a fundamentar decisões do Poder Judiciário – o diálogo entre cortes”, Daniel Gomes de Souza Ramos aborda os encontros e desencontros de uma nova visão acerca dos direitos humanos internacionalizado, a partir do momento em que o julgador utiliza uma norma para a solução de um caso concreto.

O texto “A eficiência da decisão judicial e a vinculação dos precedentes, de Geraldo Neves Leite e Andre Beckmann de Castro Menezes, analisa decisões do STF envolvendo a vinculação dos precedentes à luz de três concepções diferentes de precedentes, desenvolvidas no direito estadunidense por Frederick Schauer, Ronald Dworkin e Richard Posner, compreendidos no artigo como regras, princípios e diretrizes políticas.

A necessidade de equilíbrio argumentativo no processo e a fundamentação com base em precedentes no Código de Processo Civil, recai sobre o artigo 489, §1º, VI do Código de Processo Civil, para avaliar se a sua interpretação literal é adequada ao que se espera de um sistema precedentalista, pesquisa elaborada por Gisele Santos Fernandes Góes e Arthur Laércio Homci Da Costa Silva.

Desejamos que você leitor, como nós, tenha a oportunidade de aprender e refletir a partir das abordagens expostas nos interessantes artigos que integram esta obra, que contribuem, sobremaneira, para fomentar a discussão sobre a Teoria da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica no Brasil. Oportunidade em que também aproveitamos para externar nossos agradecimentos e parabenizar a todos os autores pela excelência dos artigos apresentados ao XXVI Congresso do CONPEDI.

Florianópolis/Fortaleza, 23 de novembro de 2017.

Profa. Dra. Renata Albuquerque Lima - UVA

Profa. Dra. Adriana Silva Maillart - UNINOVE

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A GLOBALIZAÇÃO E OS DIREITOS HUMANOS EM REDE – O DIREITO ALIENÍGENA COMO FERRAMENTA HÁBIL A FUNDAMENTAR DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO – O DIÁLOGO ENTRE AS CORTES

GLOBALIZATION AND HUMAN RIGHTS - THE ALIEN RIGHT TOOL AS SKILLED TO BASE POWER JUDICIAL DECISIONS - DIALOGUE BETWEEN THE COURTS

Daniel Gomes de Souza Ramos

Resumo

Cada vez mais os Estados e as pessoas se interligam. Este fenômeno que, inicialmente se mostrou na economia e no mercado, se expande ao sistema político, cultural e, em forma de cascata, ao direito. As atrocidades dos nazistas aliadas ao fim segunda-guerra mundial, a criação da ONU e da Declaração Universal de Direito do Homem e a instituição de diversos tratados foram motores propulsores para os países se interligarem em prol de uma só busca. A universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos se exhibe na medida em que os Estados se agrupam buscando sempre a maior efetividade destes direitos.

Palavras-chave: Globalização, Constitucionalismo moderno, Direito comparado, Transconstitucionalidade, Transjusfundamentabilidade

Abstract/Resumen/Résumé

Increasingly, states and people are interconnected. This phenomenon, initially showed the economy and the market, expands the political, cultural system, and a cascade, to the right. The atrocities of the Nazis, the end of the world second war, the creation of the UNO and the 1948 Universal Declaration on Human Rights and the establishment of several international treaties and conventions were engines thrusters for countries to interconnect in favor of a single search. The universality and indivisibility of human rights are exhibited in the form in which the states are grouped always striving for greater effectiveness of these rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Globalization, Modern constitutionalism, Comparative law, Trans constitutionality, Transjusfundamentability

1. INTRODUÇÃO

A globalização, instituto que perpassa diversas searas do Estado moderno, dentre elas o direito, é um forte engenho para a utilização de normas e precedentes estrangeiros nas decisões do poder judiciário. Somado a isto, o constitucionalismo vem sofrendo diversas alterações, sobretudo no decorrer do século passado e, ainda mais, após a segunda-guerra mundial, momento em que, passou-se a prevalecer o modelo americano do constitucionalismo, ou seja, trazendo força normativa para as cartas constitucionais (PIOVESAN, 2010, p. 08).

No que pese tal entendimento, não se pode deixar de registrar a evolução dos direitos humanos num panorama internacional. Vários fatores foram propulsores para a transfusão do constitucionalismo nacional ao constitucionalismo global – o que gera, conforme será advogado no transcurso deste trabalho, o estudo acerca do instituto do transconstitucionalismo e, para parte da doutrina, do constitucionalismo multinível.

Notório que os Estados sofrem cada vez mais intervenção internacional, reconhecendo-se, assim, que os seres humanos têm direitos sob o plano internacional.

Somando-se a isto, a influência dos tratados, convenções coletivas e blocos de Estados com o fito de garantir o mínimo vital (dignidade humana como alicerce inabalável e inalienável do ser humano – o núcleo duro) é outro motor propulsor para a radiante expansão da utilização do direito comparado.

O objeto do nosso trabalho é exatamente este, abordaremos os encontros e desencontros desta nova visão acerca dos direitos humanos internacionalizado. A partir do momento em que o julgador utiliza uma norma para a solução de um caso concreto, estar este jorrando uma norma jurídica individualizada. Até que ponto a fundamentação, por meio do livre convencimento motivado, de uma norma ou precedente internacional, não fere os princípios da soberania jurídica, da legalidade e da supremacia judicial? Essas perguntas serão abordadas em nosso trabalho.

Traremos, por último, alguns julgados em que o Supremo Tribunal Federal brasileiro utilizou de precedentes internacionais para fundamentar, como método de complemento do convencimento, casos concretos.

2. O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E A UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A justiça constitucional (e em consecutivo as suas decisões) tem intricada ligação com o constitucionalismo contemporâneo. A partir da criação de constituições escritas, chega-se à conclusão de que se faz necessário criar mecanismos para garantir a sua supremacia - tida como objeto padrão para as demais normas do ordenamento jurídico.

Este constitucionalismo traz a ideia de que a forma de garantir a supremacia constitucional deve se dar mediante uma segurança judicial (heterocontrole), concluindo-se, portanto, que é tarefa da justiça constitucional a guarda da Lei Maior (CORREIA, 2003, p. 64).

Nas palavras de Gomes Canotilho, podemos definir constitucionalismo como sendo uma teoria com precípua função de limitar os poderes do governo, vejamos:

[...] a teoria (ou ideologia) que ergue os princípios do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins e garantias [...] (CANOTILHO, 1999).

Com o mesmo conteúdo de definição, André Ramos Tavares conceitua constitucionalismo em três vertentes, assim dizendo:

[...] numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira concepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das Constituições nas diversas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado [...] (TAVARES, 2007, p.01).

Pelo depositado, nos apoiamos ao elencado por Fernando Alves Correia quando dispõe que somente através da justiça constitucional há que se falar na eficaz aplicação dos precedentes formalmente registrados no texto constitucional.

[...] a justiça constitucional, em geral, e o Tribunal Constitucional, em particular, desempenham, assim, uma função essencial do constitucionalismo, que é a de sujeitar a ação dos poderes públicos a regras jurídicas positivas, garantindo a supremacia da Constituição na dinâmica política [...] (CORREIA, 2004, p.64).

Pois bem, instituiu-se um modelo de constituições escritas recheada de princípios com força normativa com o condão precípua de garantir, através da limitação do Estado,

direitos fundamentais a todos os cidadãos. É certo que os meios pelos quais a justiça constitucional usa para se chegar a eficácia desta tarefa podem ser os mais diversos.

Fora visto, ainda na introdução deste trabalho, que o direito hoje se encontra em redes, de tal sorte que a busca central é a dignidade da pessoa humana. Dito isto, o que se busca por meio de uma jurisdição constitucional é uma cognição exauriente com fundamentações mais palpáveis possível.

As constituições modernas se apresentam com características peculiares. Há, na verdade, a abertura para a apresentação de outros direitos não contidos no ordenamento jurídico. Na verdade, referido instituto trata-se do princípio da maior proteção aos direitos humanos – *pro homine*. A nossa Constituição corrobora este raciocínio, de tal modo que o parágrafo segundo do artigo 5º estabelece que “os direitos e garantias expressos naquela Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Esse é o espírito do constitucionalismo contemporâneo. A maior proteção deve ser garantida. Os Estados se organizam em blocos, firmam tratados e convenções internacionais.

3 OS SISTEMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Os países se organizaram, no fim do século XX, não só em blocos econômicos, mas em sistemas com o fito de garantir os direitos humanos. Saindo de um sistema nazista, com atrocidades jamais vistas, foi preciso implantar normas que ultrapassassem territórios.

Pode-se dizer que o único legado deixado pela segunda-guerra mundial foi a reconstrução, agora mais sólida, dos direitos humanos. A universalização e a indivisibilidade dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais é a maior demonstração de que a busca maior é a vida digna de cada ser humano.

Na verdade a própria Constituição Federal de 1988 se incumbiu em trazer a possibilidade (ou necessidade), no parágrafo único do artigo 4º, de o Brasil se integrar economicamente, politicamente e culturalmente com os países latino-americanos. Do mesmo modo, também trouxe a necessidade de garantir outros direitos expressos em tratados e convenções internacionais¹.

¹ Conforme bem observado por Flávia Piovesan, “A partir da Carta de 1988, importantes tratados internacionais de direitos humanos foram ratificados pelo Brasil. Dentre eles, destaca-se a ratificação: a) da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a tortura, em 20 de julho de 1989; b) da Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis. Desumanos ou Degradantes, em 28 de setembro de 1989; c) da Convenção sobre

Na lição de André G. Pereira, não há, na realidade, nenhum direito novo quando os Estados passam a se organizar (de forma global ou regional), na verdade há apenas uma evolução organizacional, vejamos:

[...] Em termos de ciência política, tratou-se apenas de transpor e adaptar ao direito internacional a evolução que no direito interno já se dera, no início do século, do Estado-polícia para o Estado providência. [...] (PEREIRA, 1993, p. 661)

Como afirma Norberto Bobbio (BOBBIO, 1988, p. 30), os direitos humanos nascem como direitos naturais universais e desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada constituição incorpora declarações de direito), para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais.

Desta feita, os sistemas normativos se apresentam como o global e o regional. Ambos tem caráter protetivo e não se excluem. Hoje temos três grandes sistemas regionais, que são o da Europa, da América e da África.

Diante deste novo panorama, intrincada discussão reina entre constitucionalistas e internacionalistas. Outrossim, grandes embates existem, saber se a participação do Brasil ou de qualquer outro país em sistemas internacionais de Direitos Humanos, como por exemplo o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, estaria retirando-lhe a soberania, ferindo o princípio da territorialidade ou da democraticidade; se a utilização pelo Supremo Tribunal Federal de jurisprudências e leis alienígenas (judicial dialogue) seria um afronte a soberania nacional, a territorialidade e a supremacia judicial; bem como diversas outras indagações acerca do tema.

Conforme preleciona Gilmar Mendes, o que se debate nas américas já está pacificado em grande parte do continente Europeu. Afirma referido autor que a adoção da Convenção Europeia de Direitos Humanos promoveu a expansão dos direitos e garantias contemplados (MENDES, 2012).

Mediante interpretação dos direitos fundamentais previstos na Constituição em conformidade com as disposições da Convenção Europeia, bem como com a jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos Humanos, tem-se, hoje, efetiva ampliação do significado dos direitos fundamentais previstos nas constituições nacionais.

os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; d) Do pacto internacional de Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; e) do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; f) da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 25 de setembro de 1992; g) da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de 29 de novembro de 1995 [...]” (PIOVESAN, 2014, P. 59).

Ainda neste aspecto, o STF tem entendido que o grande nó górdio sobre esta discussão tem travada ligação com a consideração ou não de que a autoridade da Convenção Americana é superior ou não a da própria Constituição Federal.

Claro que esta linha de defesa (também adotada por nós) tem ligação direta com o princípio “*pro homine*”, que nada mais é que uma dupla proteção dos direitos humanos e, consecutivamente, do direito ao desenvolvimento, trazendo, consigo, a necessidade de se aplicar a norma mais favorável – a norma de direito interno ou norma de tratado internacional.

4. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Jurisdição constitucional é a resposta, através do poder do Estado, acerca de um litígio levado ao poder judiciário. Impõe-se, portanto, a imperatividade na aplicação do direito a situações concretas. (DIDIER, 2008, p. 68).

Para que o Estado conceda uma tutela jurisdicional, mister se faz que o julgador efetue sua atividade de forma criativa, devendo, além de tudo, verificando o caso concreto, criar uma norma jurídica individualizada.

Numa ideia não tão profunda, mediante pensamento de Hans Kelsen, podemos entender jurisdição constitucional como sendo “um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais.” (KELSEN, 2007, p. 123-124).

Em outras palavras, é a outorga de poderes a um órgão jurisdicional para verificar a conformação das leis e demais atos ao texto constitucional.

Vê-se, portanto, que cabe ao poder judiciário o controle da constituição, inclusive quanto a sua interpretação. Essa concessão ao poder judiciário (controle judicial) nem sempre foi assim. Havia, pois, um controle político exercido por um órgão político, que era o parlamento. A verdade é que, havendo um controle pelo próprio parlamento, os parlamentares se apresentavam como juízes de causa própria, o que passava de uma ideia de autocontrole da constituição (URBANO, 2014, p. 17).

Acontece que a experiência histórica comprovou que este autocontrole não era eficiente ao ponto de concretizar as atividades que lhes eram peculiares, qual seja: controlar a constituição (como norma suprema do Estado) com a observância das suas disposições em todos os atos do poder público.

É este aspecto que fez com que se criasse uma forma de controle mais racional e capaz de cumprir com o que realmente se esperava, daí que nasce a justiça constitucional, com a finalidade, nos dizeres de Fernando Alves Correia, de “fornecer uma garantia efetiva da constituição” (CORREIA, 2001, p. 37).

Defendendo a necessidade da justiça constitucional, o mesmo autor aduz que:

[...] o autocontrole do parlamento não é suficiente para satisfazer este escopo, sendo imprescindível a criação de um heterocontrole, a cargo de um órgão de índole diversa dos órgãos de representação política [...] (CORREIA, 2001, p. 38-39).

Não restam dúvidas que, apesar de o STF ter outras competências, a sua principal função é a guarda e interpretação da Constituição da República. Este inclusive foi o entendimento do próprio Tribunal, quando dispôs que:

[...] a defesa da CR representa o encargo mais relevante do STF. O STF – que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte – não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional [...] (ADI 2.010-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-9-1999, Plenário, DJ de 12-4-2002).

Ainda, evidente que o STF exerce, além da função de Tribunal Constitucional, a função de cúpula do poder judiciário – veja que a decisão foi clara ao dispor que “a principal função é a guarda da Constituição da república”.

Sobre esta dupla atividade, existe tramitando no congresso nacional uma Proposta de Emenda Constitucional – PEC, na qual se intenta criar um Tribunal Constitucional, noutras palavras, atribuir a competência precípua do STF a um tribunal com atividade específica sobre controle de constitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal é composto por onze Ministros, brasileiros natos, escolhidos dentre cidadãos com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, e nomeados pelo Presidente da República, após aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. São escolhidos pelo Presidente da República depois de aprovada a sua escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Sobre este último aspecto, também tramita Proposta de Emenda Constitucional – PEC, com o intuito de acabar com a vitaliciedade dos Ministros do STF, havendo, a proposta de um mandato de oito anos, vedada a recondução em qualquer momento.

Estamos no século em que o poder judiciário está em alta. Jamais presenciamos tantas vozes cidadãs comentando do ofício deste poder. A atividade de elaborar uma efetiva tutela jurisdicional é um papel árduo.

5. O DIREITO COMPARADO COMO MECANISMO HÁBIL A FUNDAMENTAR AS DECISÕES JUDICIAIS

No constitucionalismo contemporâneo encontramos uma ideia de primazia sobre a maior proteção dos direitos humanos. Passa-se, portanto, a enxergar referidos direitos como sendo de natureza universal/global.

A globalização/universalização dos direitos humanos entrelaça ordens jurídicas diversas, tanto estatais como transnacionais e supranacionais em torno de um problema global. Os tribunais constitucionais passam a se posicionar, de forma irrefutável, adeptos a este novo modelo (NEVES, 2009, p. 104).

Os países que integram os blocos econômicos, sobremaneira os que também se interligam em normas atinentes aos direitos humanos, assinando, ratificando e até mesmo reconhecendo tratados sobre direitos humanos com força de texto constitucional (como é o caso do Brasil, Portugal e Espanha, por exemplo), o diálogo judicial entre as cortes passam a adotar relevante influência na tutela jurisdicional, sobremaneira nos atinentes aos direitos humanos.

Defende-se a ideia de Marcelo Neves no sentido de que os diversos níveis de proteção aos direitos fundamentais (nacionais e internacionais) apenas se somam reciprocamente, jamais disputam poder nem entram em choque². Assim, a busca maior é exatamente efetivar os direitos fundamentais. Não há, portanto, uma concorrência entre estes, mas uma soma.

Ainda neste aspecto, passou-se, conforme já mencionado, a “abrir” as constituições nacionais, tudo isto para não bloquear os Estados dos crescimentos globais, sobretudo o econômico.

² Trata-se, conforme for a dito acima, de uma verdadeira hierarquia plana, onde jamais há que se falar em subordinação dos ordenamentos ou supremacia nacional em todos os aspectos.

Viu-se que deveria haver uma reforma nos documentos políticos para padronizar a proteção dos direitos humanos já contidos naqueles textos nacionais. Isto apenas reforça a adequada resposta global aos problemas supra estatais, como por exemplo o desenvolvimento dos povos.

Analisando, portanto, que a ideia central do constitucionalismo contemporâneo é a expansão dos direitos humanos através de dupla proteção (nacional e internacional), sempre pondo como referência o princípio *pro homine* e a maior proteção possível da dignidade humana, bem como a existência de “problemas globais” como por exemplo os referentes ao desenvolvimento humano, e que os tribunais constitucionais já se inclinam acerca desta característica global, há um clarividente auxílio na eficácia do desenvolvimento sociopolítico sustentável.

Marcelo Neves em uma de suas entrevistas ao sitio eletrônico “os constitucionalistas”, defendeu que transconstitucionalismo (teoria por ele criada e corroborada ao constitucionalismo contemporâneo) nada mais é do que o entrelaçamento de ordens jurídicas diversas – transnacionais, internacionais e supranacionais – em torno do mesmo problema da natureza constitucional. Problemas de natureza constitucional que são debatidas por diversos tribunais ao mesmo tempo, como por exemplo o comércio de pneu usado em que envolve discussão acerca da economia e do meio ambiente³.

5.1. A Inviolabilidade Dos Princípios Da Soberania, Da Legalidade e Da Supremacia Judicial

Por todas as questões postas até então, novamente o leitor deve estar se perguntando (assim como se ressaltou no tópico atinente aos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos) até que ponto a aplicabilidade de precedente e normas estrangeiras feriria a soberania do Estado Democrático, a Legalidade e o estrito cumprimento ao ordenamento jurídico interno.

A primeiro passo, inste esclarecer que a soberania é vista, em tempos hodiernos, de maneira totalmente diversa de outrora. Já foi exaustivamente registrado a indiscutível existência da universalização e indivisibilidade dos direitos humanos. Hoje estamos diante de

³ Não obstante, nos dizeres de Maria Luiza Alencar Mayer Feitosa, o direito do desenvolvimento e o direito ao desenvolvimento, se bem conduzidos, podem conviver pacificamente e alcançar resultados exitosos para uma boa materialização dos direitos – é o chamado novo padrão civilizatório para a humanidade, que pondera a justiça ambiental como a sustentabilidade social (FEITOSA, p. 171).

uma soberania de Estado responsável, onde mais do que nunca a maior perseguição é a proteção individual de cada cidadão.

Obvio que o complexo e ilimitado crescimento da sociedade reconhecendo um ordenamento supra-estatal, com a criação de blocos regionais trouxe novos traços acerca deste princípio.

Hobbes fundamentava a soberania na preservação da vida que é a causa limite da liberdade soberana. Havia uma defesa da soberania absoluta, jamais se enxergava a possibilidade de o soberano impor limites ao seu próprio poder (SILVA, 2007, p. 33).

Ferrajoli registra que a crise da soberania “começa justamente, tanto na sua dimensão interna quanto naquela externa, no mesmo momento em que a soberania entra em contato com o direito, dado que ela é a negação deste, assim como o direito é sua negação.” (FERRAJOLI, 2002, P. 44).

Não mais se admite decisões que ponham em risco a garantia dos direitos mínimos. Tomemos como exemplo uma decisão ambiental – enfatizamos, portanto, direito coletivo e intergeracional, de interesse universal -, até que ponto um Estado pode consagrar um ato e/ou decisão que gere efeitos prejudiciais além das fronteiras nacionais?

Voltamos a repetir, trata-se de uma dupla proteção dos direitos. A identidade própria dos Estados não se desmancharam, ainda há identidade nacional. O constitucionalismo contemporâneo, portanto, está pra lá de nação, ancorando-se, portanto, nas dinâmicas sociais e na maior proteção aos direitos humanos (SUZANA, 2014, p. 83).

Do mesmo modo não há que se enxergar a supremacia judicial como em outros tempos. Diálogos entre as cortes devem existir. Sobre este tema, Rodrigo Brandão cita uma pequena frase do Bispo Benjamin Hoadly, em sermão perante o Rei George I, disse ele que “qualquer pessoa que tenha uma autoridade absoluta para interpretar uma lei escrita ou falada é o verdadeiro legislador para todos os seus propósitos, e não aquela que a escreveu ou a ditou.” (BRANDÃO, 212, p. 183)

Nesta visão dos direitos humanos, resta saber a quem caberia a última palavra sobre a constituição. Já vimos que, conforme preceito taxado na própria carta magna, compete ao Supremo Tribunal Federal o controle de constitucionalidade (concentrado) e de convencionalidade.

Sobre o tema, Piovesan (2014, p. 73) tratou de registrar o impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos na ordem jurídica brasileira. A autora registra três hipóteses que pode ocorrer, que seria a (i) coincidência do direito assegurado pela

constituição reproduzido pelo tratado internacional; (ii) a integração, inclusive com o complemento e preenchimento de lacunas, bem como (iii) a contrariedade entre o preceito de direito interno e externo.

Nessa última hipótese, noutros tempos teríamos um imediato raciocínio de que, pelo princípio da supremacia judicial e da soberania, a norma interna teria maior força fundante.

Hodiernamente a ideia é outra, conforme já registrado, o princípio pro homine, que consagra a ideia de maior proteção ao indivíduo, se aplica nesta situação. Assim diz Piovesan:

[...] Logo, na hipótese de eventual conflito entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Interno, adota-se o critério da norma mais favorável a vítima. Em outras palavras, a primazia é da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos da pessoa humana. A escolha da norma mais benéfica ao indivíduo é tarefa que caberá fundamentalmente aos Tribunais nacionais e aos outros órgãos aplicadores do direito, no sentido de assegurar a melhor proteção possível ao ser humano. [...] (PIOVESAN, 2014, p. 77)

Importante registrar que aqui se defende a utilização de precedentes internacionais compatíveis com o nosso modelo cultural e jurídico. Na realidade, a utilização deste sistema serviria para complementar a cognição do julgador, jamais servindo de principal método fundante.

É preciso que se respeite as peculiaridades de cada país. Apesar de existir problemas numa visão internacional, inclusive como unicidade de direitos, há que se respeitar a variação, mutabilidade e mal definição dos direitos humanos.

6. O DIÁLOGO JURISDICIONAL ENTRE AS CORTES E A APLICAÇÃO DA TRANSJUSFUNDAMENTABILIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Já restou evidente que a utilização de tratados internacionais como ferramenta para fundamentar julgados pelos Tribunais Constitucionais se fazem presentes de forma abundante, em centenas de julgados do Supremo Tribunal Federal. Inclusive com a busca incessante da maior proteção ao indivíduo – princípio *pro homine*.

Neste momento nós vamos mais além, pretendemos trabalhar sobre a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal utilizar de precedentes (julgados) de Tribunais Constitucionais estrangeiros.

É possível? Parece que a resposta é cada vez mais uníssona. Esta aplicabilidade pelo STF não é nada recente. Diversos casos difíceis (*hard cases*) tiveram uma concessão jurisdicional com o fundamento em cima de julgados de outros Tribunais Constitucionais.

Sobre estes diálogos, Flávia Piovesan revela três dimensões, que seria o diálogo entre as jurisdições regionais; entre as jurisdições regionais e as jurisdições constitucionais; e entre as jurisdições constitucionais. (2014, p. 143)

Conforme fora dito, temos, hoje, três grandes blocos regionais de proteção aos direitos humanos - Europeu, Americano e Africano –, ambos os blocos usam de julgados dos outros para fomentar as suas decisões. Seria a interamecanização do sistema europeu e de europeização do sistema interamericano.

Do mesmo modo Piovesan relata que a Corte Interamericana ao enfrentar novos problemas, passam a usar de precedentes da Corte Europeia, a título de exemplo cita o caso do Chile, julgado em fevereiro do ano de 2012, em que julgou-se a proibição da discriminação fundada em orientação sexual, em que a Corte Interamericana no campo argumentativo alude ao relevante reportório jurisprudencial firmado pela Corte Europeia em caso similar. (2014, p. 144).

Pois bem, aqui nos limitaremos a falar da terceira espécie de diálogo jurisdicional em matéria de direitos humanos, que seria o diálogo entre os Tribunais Constitucionais dos Estados.

Ousamos novamente citar Flávia Piovesan no sentido de registrar o seu levantamento sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal baseada em precedentes jurisdicionais alienígenas, vejamos:

[...] Levantamento realizado em 2009 acerca das decisões do Supremo Tribunal Federal do Brasil baseado em precedentes judiciais de órgãos internacionais e estrangeiros apontam que 80 casos aludem à jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, ao passo que 58 casos aludem à jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha – enquanto apenas 2 casos remetem à jurisprudência da Corte Interamericana. [...] (PIOVESAN, 2014, p. 144)

Já entre 2010 e 2013, o Supremo tribunal Federal utilizou, em 50% de seus julgados, jurisprudências estrangeiras, continuando uma maioria devastadora de precedentes europeus. Sobre este prisma, Christiane Oliveira Peter da Silva, em sua tese de doutorado, se incumbiu de fazer um estudo acerca dos julgados do STF que utilizaram referido instituto, chegando as seguintes decisões:

[...] São elas: ADI nº 875/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 24/02/2010, DJ de 30/04/2010; RE-AgR nº 285716/SP, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 02/03/2010, DJ de 26/03/2010; HC nº 102732/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 04/03/2010, DJ de 07/05/2010; RE-AgR nº 399307/MG, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 16/03/2010; DJ de

30/04/2010; STA-AgR nº 175/CE, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 17/03/2010, DJ de 30/04/2010; SL-AgR nº 47/PE, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 17/03/2010, DJ de 30/04/2010; AI-AgR nº 518325/RS, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 06/04/2010, DJ de 30/04/2010; ADPF nº 153/DF, Relator Ministro Eros Grau, julgamento em 29/04/2010, DJ de 06/08/2010; HC nº 97886/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 03/08/2010, DJ de 20/08/2010; ADI-MC nº 4451/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 02/09/2010, DJ de 01/07/2011; ADI nº 2189/PR, Relator Ministro Dias Toffoli, julgamento em 15/09/2010, DJ de 16/12/2010; ADI 2158/PR, Relator Ministro Dias Toffoli, julgamento em 15/09/2010, DJ de 16/12/2010; RE nº 630147/DF, Relator para o acórdão Ministro Marco Aurélio, julgamento em 29/09/2010, DJ de 05/12/2011; HC nº 105348/RS, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 19/10/2010, DJ de 11/02/2011; RE nº 631102/PA, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 27/10/2010, DJ de 20/06/2011; AC-MC nº 33/PR, Relator para o acórdão Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 24/11/2010, DJ de 10/02/2011; RE nº 405579/PR, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 01/12/2010, DJ de 04/08/2011; HC nº 93930/RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 07/12/2010, DJ de 03/02/2011; RE nº 389808/PR, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 15/12/2010, DJ de 10/05/2011; RE nº 580264/RS, Relator para o acórdão Ministro Ayres Britto, julgamento em 16/12/2010, DJ de 06/10/2011. [...] (SILVA, 2013, p. 225).

Ao que se percebe, o STF vem aplicando, com maior frequência, jurisprudências da Europa e dos Estados Unidos, utilizando apenas 02 jurisprudências (até o ano de 2009) da Corte Interamericana e, ao que mostra Piovesan, nenhuma de tribunal de outro Estado das Américas. Estaria a nossa suprema corte tatuando a fragilidade e/ou qualidade das decisões dos países latinos?

Os países latino-americanos geralmente sofrem dos mesmos problemas sociais. O desenvolvimento continua sendo baixíssimo, o desemprego, a miserabilidade, a insegurança, a desigualdade, o alto grau de analfabetismo, o tolhimento acerca da liberdade religiosa e diversos outros problemas se generalizam nos Estados dessa região geográfica. Ainda assim, não haveria de existir maiores utilizações de precedentes dos países que tem em comum tantos problemas?

Não obstante as decisões europeias e americanas serem do mais alto nível, temos convicção que as decisões dos tribunais dos países latino-americanos podem contribuir sobremaneira as cognições exaurientes prolatadas pelo nosso Tribunal.

Acreditamos que a maior utilização de precedentes europeu se dar pelo fato de os países daquela comunidade já terem enfrentados temas difíceis, o que vem contribuindo para as soluções de problemas nascidos em tempos hodiernos.

7. CONCLUSÃO

Estamos em um tempo fantástico. O final do século XX e o início do século XXI nos traz uma proteção inigualável dos direitos humanos. A humanidade respira direitos humanos.

Cada vez mais nos agrupamos em prol da dignidade da pessoa humana. Aquilo que parecia estar tão distante, hoje é totalmente palpável. O que nos falta é tornar mais eficaz os extensos direitos positivados em cartas constitucionais e tratados internacionais. Temos que buscar efetiva-los.

A busca da efetividade, através de decisões mais justas e arguciosas, tem, como um dos métodos, a transjustificabilidade ou, noutras palavras, a utilização de precedentes e normas estrangeiras como complemento das fundamentações de decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal.

A aplicação deste instituto já é mais comum do que imaginamos. Conforme dados expostos acima, 50% dos julgados prolatados entre 2010 e 2013 utilizou de precedentes estrangeiros.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. *Proteção internacional dos direitos humanos: A corte interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

CORREIA, Fernando Alves. *Direito constitucional: A justiça constitucional*. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

Disponível em < <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/spovos/lex170a.htm> > Acesso em: 16 de fevereiro de 2016.

Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2009-jul-12/fimde-entrevista-marcelo-neves-professor-conselheiro-cnj> > Acesso em: 18 de fevereiro de 2016.

Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html> > Acesso em: 18 de fevereiro de 2016.

Disponível em: < <http://www.osconstitucionalistas.com.br/marcelo-neves-e-o-transconstitucionalismo> > Acesso em 18 de fevereiro de 2016.

HAARSCHER, Guy. *A filosofia dos direitos do homem*. 1. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de direito e jurisdição constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, André Gonçalves & QUADROS, Fausto. *Manual de direito internacional público*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

PIOSEVAN, Flávia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos fundamentais na arena global*. 2. ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2014.

SILVA, Christine Oliveira Peter de. *Transjusfundamentabilidade: Diálogos Judiciais Transnacionais sobre Direitos Fundamentais*. 2003. 277f. Tese. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UNB.

SILVA. Livia Matias de Souza. O Sistema Interamericano de proteçao dos direitos humanos: interface com o direito constitucional contemporaneo/Marcio Luis de Oliveira (coord.) – Belo Horizonte: Del Rey, 2007.