

# **VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

**CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E  
DEMOCRACIA II**

**PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS**

**SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG**

**BENJAMIN XAVIER DE PAULA**

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** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

**Diretor Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**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** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

**Representante Discente:** Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

**Comunicação:**

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

**Eventos:**

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Benjamin Xavier de Paula; Paulo Roberto Barbosa Ramos; Samantha Ribeiro Meyer-pflug – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-932-2

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria constitucional. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



## VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

### CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

---

#### **Apresentação**

O GT Constituição, Teoria Constitucional e Democracia II, coordenado pela Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Samantha Ribeiro Meyer-pflug, pelo Prof<sup>o</sup> Dr<sup>o</sup> Paulo Roberto Barbosa Ramos e pelo Prof<sup>o</sup> Dr<sup>o</sup> Benjamin Xavier de Paula, tem como foco a produção científica produzida por pesquisadores/as da área do Direito, nos diferentes níveis da carreira científica, e oriundos de diversas instituições de pesquisa jurídica, públicas e privadas, nas diferentes regiões do país e estado da federação.

Essa produção científica trata dos estudos constitucionais (constituição, teoria constitucional e constitucionalismos) por meio das mais variadas perspectivas e abordagens, e representa uma pluralidade de interpretações científicas de estudiosos pertencentes aos diferentes estratos da sociedade brasileira.

O primeiro artigo de Rafael Rogério Manjabosco Braga e Arthur Gabriel Marcon Vasques “A alteração de domicílio eleitoral do Deputado Federal como causa de perda do mandato: uma análise do caso Rosângela Moro”, trata-se de um estudo sobre o normativo constitucional-eleitoral e seus princípios norteadores, que regulam a possibilidade de alteração de circunscrição do político eleito para fora dos limites que o elegeram.

O segundo artigo de Emerson Affonso da Costa Moura, Mauricio Jorge Pereira da Mota e Marcos Alcino de Azevedo Torres “Constitucionalismo Social, Ordens Constitucionais e Direitos Fundamentais: a interpretação sistematizada da política urbana na Constituição de 1988, trata-se de um estudo sobre a ascensão do constitucionalismo social e os efeitos na teoria do Direito, com vistas a verificar como direitos fundamentais demandam uma leitura da ordenação da cidade à luz de uma interpretação sistemática da Constituição.

O terceiro artigo de Ricardo Silveira Castro “Qual Reforma? reflexões sobre as propostas de reforma da Suprema Corte Brasileira em período de crise institucional (2019-2023)”, trata-se de um estudo que analisa a reforma das normas constitucionais vigentes que tratam da autonomia e da autoridade do Supremo Tribunal Federal (STF).

O quarto artigo de Otávio Fernando de Vasconcelos, Douglas da Silva Garcia e Victória Cássia Mozaner “Constitucionalismo Latino-Americano: transformação e identidade na Bolívia e Equador” trata-se de um estudo sobre as particularidades do constitucionalismo

latino-americano, com destaque para as constituições da Bolívia e do Equador, com vistas a compreender como esses países ressignificaram o conceito de constitucionalismo, a fim de refletir suas identidades culturais singulares e enfrentar os desafios do século XXI.

O quinto artigo de Eid Badr , Beatriz da Costa Gomes e Diana Sales Pivetta “A Produção Legislativa como meio mais Democrático para a Criação de Normas Jurídicas: a garantia da não surpresa ao administrado”, trata-se de um estudo sobre o princípio da legalidade como forma de promover a segurança jurídica, limitar a atuação da discricionária da administração e de permitir a influência dos indivíduos nas decisões políticas.

O sexto artigo de José Querino Tavares Neto e Vinícius da Silva Camargo “Jurisdição Constitucional: inimiga ou defensora da democracia?” que trata-se de um estudo sobre o Poder Judiciário na prática do controle de constitucionalidade, por meio do exercício da Jurisdição Constitucional.

O sétimo artigo de Benedito Antonio da Costa “Riscos sistêmicos ao Estado de Direito em ambiente de modernidade líquida e pós-verdade” trata-se de um estudo sobre o estado de direito em contextos que desafiam a estabilidade e a previsibilidade das normas que o constituem, enfatizando a relevância de estratégias proativas de gestão de riscos que assegurem a resiliência e a eficácia do estado de direito em um cenário globalizado e dinâmico.

O oitavo artigo de Vinicius Consoli Ireno Franco, João Pedro Felipe Godoi e Matheus Conde Pires “Quando a corte fala em nome do povo: uma análise discursiva da prisão em segunda instância (HC 126.292/SP)”, trata-se de um estudo sobre os elementos articulados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal em seus votos no HC 126.292/SP, que alterou a jurisprudência a respeito do início do cumprimento da pena após decisão colegiada em segunda instância.

O nono artigo de Régis Willyan da Silva Andrade , Hérica Rosentino de Souza Lopes “O diálogo necessário entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e os sistemas de proteção dos direitos humanos fundamentais”, trata-se de um estudo sobre a efetivação dos Direitos Humanos Fundamentais seja em âmbito doméstico ou internacional, discutindo-se qual a melhor teoria acerca da recepção dos referidos tratados e o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

O décimo artigo trata-se do estudo de Alexander Fabiano Ribeiro Santos “A Busca por uma Solução Platônica para os Problemas da Democracia: o Tribunal Constitucional Brasileiro no

exercício da função da guardiania”, trata-se de um estudo sobre o modelo republicano federativo democrático e um modelo de república com função a ser exercida pela guardiania.

O décimo primeiro artigo trata-se do estudo de Gerson Augusto Bizestre Orlato e Gustavo Callegari Peraro “Democracia Deliberativa e Justiça Social: desafios políticos e a busca por estabilidade no Brasil” trata-se de um estudo sobre o diálogo deliberativo, inspirado em Habermas como um meio potencial para alcançar a legitimidade necessária, promovendo a inclusão e a justiça social.

O décimo segundo artigo trata-se do estudo de Edith Maria Barbosa Ramos , Maria Célia Delduque N. P. Sa e Amailton Rocha Santos “Aproximações entre Brasil e Portugal: uma análise sobre a judicialização da política e o ativismo judicial”, trata-se de um estudo com vistas a realização de uma análise comparativa entre decisões judiciais de cortes constitucionais do Brasil e de Portugal sobre políticas públicas que tenham evidenciado algum ativismo judicial.

O décimo terceiro artigo de Eduardo Lopes Machado “8 de Janeiro de 2023: a tentativa da marcha sobre Brasília”, trata-se de um estudo sobre a tentativa de golpe de estado, quando radicais bolsonaristas invadiram e depredaram o Congresso Nacional, o Palácio do Planalto e o Supremo Tribunal Federal (STF), em Brasília, no dia 8 de janeiro de 2023.

O décimo quarto artigo trata-se do estudo de Adijovani Silva Santos “O Ativismo Judicial como forma de Preenchimento das Lacunas da Legislação Brasileira: legislativo ineficiente e omissivo ou poder judiciário legislador?”, trata-se de um estudo sobre até que ponto o ativismo judicial afronta a Constituição Federal Brasileira, a segurança jurídica e a democracia.

O décimo quinto primeiro artigo trata-se do estudo de Caroline Leal Ribas , Renata Apolinário de Castro Lima e Roberto Apolinário de Castro “Estado Democrático de Direito, Dignidade da Pessoa Humana e Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise da ADPF 347 do STF” trata-se de um estudo que analisa como o estado de coisas inconstitucional representa um desafio significativo para a efetivação de princípios constitucionais, exigindo uma abordagem multidisciplinar e o engajamento de todos os atores sociais na defesa e promoção dos direitos fundamentais.

O décimo sexto artigo trata-se do estudo de Luziane De Figueiredo Simão Leal , Brychtn Ribeiro de Vasconcelos , Sérgio Tibiriçá Amaral, “Internet: uma zona livre sem fronteira versus a desajeitada burocracia legal”, trata-se de um estudo sobre a atuação das empresas gigantes do mercado tecnológico, às vésperas da aprovação do Projeto de Lei n. 2630,

denominado das Fake News, que dispõe sobre a regulação das plataformas digitais em face da decisão do Supremo Tribunal Federal, que analisa pesquisas cujo teor indicam a existência de algoritmos, robôs e tuítes automatizados, utilizados com o intuito de influenciar a opinião pública em processos democráticos.

Esses artigos revelam que a área temática de Constituição, Teoria Constitucional e Democracia é uma área consolidada no âmbito dos eventos do CONPEDI e traz contribuições significativas e relevantes para a pesquisa jurídica no Brasil.

Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Samantha Ribeiro Meyer-pflug; Prof<sup>o</sup> Dr<sup>o</sup> Benjamin Xavier de Paula; Prof<sup>o</sup> Paulo Roberto Barbosa Ramos (Coordenadores)

# **O DIÁLOGO NECESSÁRIO ENTRE A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS SISTEMAS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS**

## **THE NECESSARY DIALOGUE BETWEEN THE JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL SUPREME COURT AND THE SYSTEMS FOR THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS**

**Régis Willyan da Silva Andrade  
Hérica Rosentino de Souza Lopes**

### **Resumo**

O artigo analisará a partir dos sistemas de proteção internacional dos Direitos Humanos, tanto em âmbito global, quanto em âmbito regional, o novo paradigma de proteção da dignidade da pessoa humana, símbolo do pós-guerra, que se disseminou tanto no ocidente quanto no oriente, instituindo o Estado Democrático de Direito com o homem, como fonte e destinatário das normas. O problema que norteia essa pesquisa, parte da premissa das dificuldades apresentadas para efetivação dos Direitos Humanos Fundamentais seja em âmbito doméstico ou internacional. Os objetivos são: analisar, tanto em âmbito universal quanto relativo, as dificuldades apresentadas pelos Estados, na efetivação dessas diretrizes internacionais, através da incorporação dos tratados de Direitos Humanos no ordenamento interno, discutindo-se qual a melhor teoria acerca da recepção dos referidos tratados e o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Adota-se a metodologia analítica documental. Conclui-se que a Carta Política de 1988 trouxe um amplo arco de garantias que se conectam à atividade jurisdicional. E tal ocorreu por conta da necessidade de garantir a possibilidade da interferência do Poder Judiciário sempre que chamado para tutelar os direitos fundamentais vilipendiados. Como consequência, impôs-se uma necessária adaptação da interpretação e aplicação da legislação ordinária, material e processual, aos preceitos maiores do texto constitucional. Descortina-se com a Carta uma nova ordem pautada num sistema garantista.

**Palavras-chave:** Inderrogabilidade, Diálogo internacional, Sistemas de proteção, Stf, Direitos humanos fundamentais

### **Abstract/Resumen/Résumé**

The article will analyze, based on international human rights protection systems, both globally and regionally, the new paradigm for protecting human dignity, a symbol of the post-war period, which has spread both in the West and in the East. , establishing the Democratic Rule of Law with man as the source and recipient of norms. The problem that guides this research is based on the premise of the difficulties presented in implementing Fundamental Human Rights. The objectives are: to analyze, both at a universal and relative level, the difficulties presented by States, in implementing these international guidelines, through the

incorporation of Human Rights treaties into the internal system, discussing the best theory regarding the reception of said treaties and the position adopted by the Federal Supreme Court. The documentary analytical methodology is adopted. It is concluded that the 1988 Political Charter brought a broad range of guarantees that connect to jurisdictional activity. And this occurred due to the need to guarantee the possibility of interference by the Judiciary whenever called upon to protect vilified fundamental rights. As a consequence, a necessary adaptation of the interpretation and application of ordinary, material and procedural legislation was required to the major precepts of the constitutional text. The Charter reveals a new order based on a guarantee system.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Non-derogability, Dialogue international, Protection systems, Stf, Fundamental human rights

## INTRODUÇÃO

A pesquisa assenta na análise da evolução da proteção dos direitos e garantias fundamentais, em especial, a internacionalização dos direitos humanos, como fruto de um movimento recente na história, decorrente da Segunda Guerra Mundial, em resposta às atrocidades cometidas contra a pessoa humana durante o nazismo. Nesse ínterim, adota a metodologia analítica documental, com o objetivo de analisar as transformações no Estado constitucional que buscam reestabelecer a ordem internacional com parâmetros visando estabelecer um núcleo inderrogável de direitos, em observância à dignidade da pessoa humana.

A problemática parte da base da internacionalização dos Direitos Humanos, 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.

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.

Eis o grande mister 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. A INDERROGABILIDADE DE DIREITOS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Para se estabelecer precedentes, ou como utilizamos em nosso ordenamento jurídico as jurisprudências quer versam sobre a inderrogabilidade de direitos, não se acrescenta ao reconhecer que a instituição da Justiça Constitucional operou uma verdadeira mudança no cenário jurídico dos diversos Estados que a adotam, bem como o relativo sucesso da experiência com os tribunais ou cortes constitucionais.

Uma legitimidade performática ou de exercício e de êxito ou ainda de resultado, na visão de ROTHENBURG (2005, p. 151-185)<sup>1</sup>, essa instituição e sua atuação tem sido constantemente questionadas em sua legitimidade (portanto, não em sua existência ou efetividade).

Numa análise descritiva e presa à determinada realidade estatal, percebe-se que algumas decisões da Justiça Constitucional<sup>2</sup> geram insatisfação no espaço político-partidário, na mídia e no Governo, chegando, por vezes, a deflagrar uma situação mais séria de crise institucional.

Com isso, pode-se desenvolver o sentimento de uma espécie de “quebra de confiança” ou descontentamento, como destaca ROSENFELD (2004, p. 335-336), de “*different backgrounds and manifest more strongly because of certain cultural and institutional particularities*”.

Através do qual por meio de diferentes origens e manifestações em virtude de determinadas peculiaridades culturais e institucionais, deflagra-se a necessidade da sedimentação de um posicionamento quanto ao Supremo Tribunal Federal nos casos envolvendo o conflito entre princípios fundamentais.

---

<sup>1</sup> O autor acrescenta que essa consagração dependeu também da falta de um outro órgão em melhores condições para garantir os direitos fundamentais e as regras democráticas.

<sup>2</sup> Utilizar-se-á, aqui, do conceito de Justiça Constitucional para identificar a instância que, operando por processo judicialiforme, possui o ônus (constitucionalmente imposto) da curatela da supremacia da Constituição (TAVARES, 2005, p. 147-159)

Fato é que as divergências que acompanham a “jurisdição constitucional” intensificam-se em algumas circunstâncias, como num movimento pendular que se renova constantemente (BLACK JR., 1960, p. 183), fazendo ressurgir a controvérsia entre Kelsen e Schmitt, ao menos como questão de princípio (SEGADO, 1989, p. 381), especialmente quando “*surge algum ativismo ou, inversamente, uma eventual fraqueza, dos respectivos Tribunais Constitucionais*” (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1983, p. 157).

Recentes casos analisados pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil podem bem ilustrar essa afirmação, como a quebra de sigilos bancários de supostos envolvidos tanto com o esquema do “mensalão” quanto da “lava jato”, a verticalização, a Comissão Parlamentar de Inquérito do “apagão aéreo”, dentre outros.

Com base nesse modelo, o Poder Judiciário, na sua evolução histórica, desempenhou e desempenha um papel diferenciado, tendencialmente ativo, a fim de concretizar e implementar os direitos e garantias consagrados na Constituição, seja por meio das normas ou dos princípios norteadores.

Essa concepção envolve um certo idealismo democrático, atacando as posturas mais recentes de um *Judicial review* ou de um Tribunal Constitucional como posturas que podem ser entendidas como equivocadamente ativistas, haja vista que não há como saber qual a concepção democrática que está sendo defendida.

Pode-se citar como exemplo a chamada democracia deliberativa, cujos postulados indicam a necessidade de que as decisões socialmente relevantes, respeitem os pressupostos dialógicos de racionalidade por ela exigidos, sem se importar em apontar um órgão específico que teria legitimidade supostamente democrática para ratificar e impor coercitivamente tais decisões.

Alguns autores chegam a observar que a democracia deliberativa deve promover periódicas reestruturações das instituições, ou seja, do próprio desenho estrutural do Estado, quando a razão pública comece a falhar (cf. BOHMAN, 1996, p. 198; GUTMANN, THOMPSON, 2004, p. 97).

Desta forma, pode-se perceber que a ampliação do espaço idealizado tradicionalmente para o Judiciário bem como para o Tribunal Constitucional<sup>3</sup>, na tutela da Constituição e sua

---

<sup>3</sup> Como bem percebeu Leonardo Martins, referindo-se ao contexto alemão: “A consequência é talvez que o Tribunal Constitucional Federal tenha avocado, sim, muita responsabilidade para si, invadindo a esfera do

supremacia, para além de um mero legislador negativo, conforme expressão cunhada por Kelsen foi viabilizada, dentre outras circunstâncias, pela abertura semântica das constituições, em sua contemplação principiológica do discurso dos direitos humanos<sup>4</sup>, pela supremacia da Constituição, pela vinculação dos legislativos aos direitos fundamentais consagrados, e ainda, pela necessidade de retirar do espaço político certas opções.

Pacífico é o entendimento do papel das cortes constitucionais e de sua vinculação à Constituição a que devem guardar, nas distintas formas de controle de constitucionalidade, resultando como finalidade essencial do constitucionalismo e da natureza concreta dos fatos que se descrevem perante a corte controladora da constitucionalidade.

Nesse sentido, como leciona STRECK; OLIVEIRA; LIMA (2008, p. 356-357), “*mesmo nos casos do chamado controle concentrado, qualquer tribunal constitucional somente agirá quando se comprove que a eventual violação da constituição é atual e efetiva, e não uma simples projeção intelectual*”.

O Supremo Tribunal Federal, em sede de Recurso Extraordinário (art. 103, III, a, b, c, d, da Constituição da República), julgou “as causas decididas em única ou última instância”, ou seja, sentencia a aplicação dada à Constituição em situações jurídicas concretas, e não meras teses sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis e de atos normativos.

Nesses casos, o Supremo Tribunal Federal, não atuou nem mesmo como mera corte de cassação, mas como corte de apelação, cabendo-lhe julgar tanto o *error in procedendo* quanto o *error in iudicando*, cujo resultado da atuação no controle difuso de constitucionalidade nunca é o julgamento de uma tese, e dessa atuação não resulta uma teoria, mas uma decisão.

Agir no limite de um contexto, ou seja, obedecer os ditames do poder constituído, é condição existencial do Supremo Tribunal Federal, como poder jurisdicional vinculado à Constituição, onde os poderes do Estado estão submetidos a uma mesma vontade política, objetivamente identificada em determinado percurso histórico na formação das sociedades,

---

legislador de uma forma positiva, ou seja, não por meio do tradicional instrumento de cassação, mas da criação de pautas positivas da atividade Legiferante” (MARTINS, 2005, p. 39). A invasão, contudo, talvez seja mais uma assimilação de espaço, com possibilidade de atuação concorrente no âmbito da implementação satisfatória desse discurso aberto dos direitos fundamentais.

<sup>4</sup> No séc. XX a filosofia dos direitos humanos foi “objeto de uma crítica radical. Algumas teorias políticas procederam a uma negação sistemática desses direitos (...) afirmaram a superioridade absoluta do Estado (fascismo), da raça (nazismo), ou da classe ideológica (estalinismo)” (MORANGE, 1985, p. 41).

como no instante constituinte, demonstrando assim o papel das constituições na consolidação das democracias no século XX.

Desta forma, a alegação de que é cabível a reclamação contra as “teses” e não contra os julgados<sup>5</sup> do Supremo Tribunal Federal incorre na imprecisão inerente ao papel das cortes controladoras da constitucionalidade que é o de agirem somente diante de uma situação contextualizada<sup>6</sup>.

O processo histórico não pode, na visão de STRECK; OLIVEIRA; LIMA (2008, p. 372-373), “*Delegar para o Judiciário a tarefa de alterar, por mutação ou ultrapassagem, a Constituição do país (veja-se, nesse sentido, só para exemplificar, e esse é o ponto da presente discussão, o “destino” dado em ambos os votos, ao art. 52, X, da Constituição do Brasil)*”.

A mutação constitucional parte de uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes, onde se discute se os tribunais podem ou não mudar a constituição, “inventando” direitos, descaracterizando assim o legítimo papel como poder jurisdicional numa democracia.

Desse modo, torna-se relevante analisar a conduta da República Federativa do Brasil em face do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a fim de se verificar a adequação da postura nacional às novas diretrizes axiológicas do Direito Internacional, onde a violação dessas normas pode levar à responsabilidade internacional do Estado que, por sua vez, pode gerar sanções por violações de normas internacionais.

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.

---

<sup>5</sup> Não será colocado em pauta o problema da relação entre o Senado (art. 52, X, CR/88) e a questão da “repercussão geral”, introduzida pela EC 45/04, regulamentada no art. 543-B do CPC/73. Destaca-se a complexidade do problema: além do poder que o Supremo Tribunal Federal terá a partir da equiparação do controle difuso ao concentrado tem-se que aquela corte pode determinar a interpretação de uma norma constitucional e impô-la a todos os processos em sede de controle difuso. Podem ser anuladas, inclusive, as decisões já proferidas pelas diversas instâncias do Poder Judiciário. Portanto, como bem alerta SCAFF (2007, p. 20), “isto é mais do que uma súmula vinculante: é uma decisão única, tomada por seis ministros (maioria absoluta), que pode desfazer as decisões adotadas pelos Tribunais de todo o país. A exigência do *quórum* qualificado (oito votos) é apenas para juízo de admissibilidade e não para a votação do mérito. É um poder jamais visto no Brasil nas mãos do STF”.

<sup>6</sup> O que não significa dizer em concreto, quando direitos subjetivos não estão em questão, ou seja, no sentido esse em que o termo é comumente emprestado por doutrina e jurisprudência do controle da constitucionalidade.

Destaca-se, desse modo, um movimento dialético, e a relevância da existência de dois sistemas de proteção, que inspiram e influenciam um ao outro, a fim de resguardar a proteção dos Direitos Humanos Fundamentais, demonstrando que tanto o sistema interno quanto o internacional buscam atingir o mesmo objetivo, uma vez que compartilham idêntico fundamento.

A primazia do valor da dignidade humana, como leciona PIOVESAN (2012, p. 11-12), *“como paradigma e referencial ético, verdadeiro superprincípio a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local, regional e global, dando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido”*.

Em decorrência do cenário e da complementariedade entre os sistemas interno e internacional, consagrou-se no Direito Internacional dos Direitos Humanos a norma de esgotamento dos recursos internos para que uma violação de direitos humanos, na esfera interna, possa ser analisada pelo Direito Internacional.

A atuação do Supremo Tribunal Federal pode ser analisada em duas óticas distintas, tanto pela postura do Supremo na recepção dos tratados quanto as decisões relativas a efetivação dos Direitos Humanos Fundamentais no Brasil, sendo relevante sua atuação, tanto pela garantia dos direitos individuais quanto da efetivação de políticas públicas, que permitam o estabelecimento de uma ordem social, em que a igualdade seja efetivamente concretizada.

Desta forma, o Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição da República de 1988, assume papel de destaque e de liderança na criação de uma ordem social, por meio do Direito que busca a efetivação real dos Direitos Humanos Fundamentais, como processo de implementação de tais direitos.

O tema da recepção dos tratados que versam sobre Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo ordenamento jurídico brasileiro sofreu alteração por força da Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, que adicionou o §3º ao art. 5º da Constituição da República de 1988.

Esta alteração buscou sanar duas questões relativas à recepção dos tratados que versam sobre Direito Internacional dos Direitos Humanos no Brasil: a necessidade de um procedimento formal de recepção para os tratados de direitos humanos e a hierarquia legal de tais normas, uma vez recepcionadas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A necessidade de recepção dos tratados internacionais deriva da adoção pelo Brasil da tese dualista de relacionamento entre o Direito interno e o Direito Internacional, pela qual se exige um procedimento formal para que os tratados internacionais passem a ter validade interna, decorrente da interpretação combinada dos arts. 21, inc. I, 49, inc. I, e 84, inc. VIII da CR/88, além de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal<sup>7</sup>.

A primeira questão que a EC 45/04 veio a responder diz respeito à necessidade deste procedimento formal para os tratados de direitos humanos, uma vez que o art. 5º, §1º da CR/88 determina que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, fundamentando assim a necessidade de procedimento específico para a recepção dos tratados internacionais de direitos humanos.

A Emenda Constitucional nº 45/04 estabelece um procedimento especial. Nesse sentido, descreve COMPARATO (2001, p. 59),

Aprovação pelas 2 casas Congressuais por 3/5 dos votos em 2 turnos, para que os tratados internacionais de direitos humanos adquiram *status* de emenda constitucional<sup>8</sup>, rechaçando, assim, as teses doutrinárias do caráter supra-constitucional ou constitucional, sem necessidade de um procedimento especial de recepção para os tratados que versam sobre Direito Internacional dos Direitos Humanos, fundados na exegese do art. 5º, §2º da CF/88.

Esta regulamentação, contudo, não soluciona a questão da hierarquia normativa dos tratados ratificados pelo Brasil anteriormente à EC 45/04, os quais, em matérias de direitos humanos, constituem o conjunto mais relevante de normas protetivas da dignidade humana, desde a Convenção para a prevenção e a repressão dos crimes de genocídio até a Convenção sobre os Direitos da Criança, sendo estes considerados o núcleo inderrogável de Direitos Humanos Fundamentais.

Esta postura é adotada na posição tradicional da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>9</sup>, onde através de sistemas complementares, busque a mais ampla proteção às vítimas de violações dos direitos humanos, e que, como visto, a violação de normas de Direito Internacional pode ensejar a responsabilização do Brasil, bem como diminuir a sua legitimidade internacional.

---

<sup>7</sup> Como, por exemplo, o RE 80.004 e no Agravo Regimental na Carta Rogatória 8.279.

<sup>8</sup> É interessante notar, contudo, que não há previsão de quem detém a competência para definir se um tratado é ou não de direitos humanos e, portanto, se é possível ou não de se enquadrar no procedimento especial criado pela EC 45/04.

<sup>9</sup> Como, por exemplo, no HC 72.131, no RE 243.613 e na ADI-MC 1.480

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre direitos humanos é vasta e variada, refletindo o fato de que a dignidade humana se traduz em múltiplos direitos, a fim de ser efetivamente assegurada, partindo-se desde temas gerais até a aplicação direta do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Quanto aos temas gerais, segundo AMARAL JUNIOR; JUBILUT (2009, p. 42-43), “*o primeiro ponto de destaque vem a ser o fato de que os direitos humanos são apontados como paradigmas jurídicos axiológicos, o que denota a adequação das decisões do STF ao sistema internacional de proteção da pessoa humana*”.

Um segundo ponto a se destacar, é que desde 2001 houve um aumento significativo das referências à dignidade humana, que aparece ora como postulado, ora como princípio e ora como valor fonte do ordenamento jurídico, justificando-se assim, a basilar proteção aos direitos humanos.

No que tange ao conflito entre direitos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem sinalizado a primazia da proteção aos direitos civis e políticos, de cunho liberal e individualista, muito embora existam decisões que consagram direitos humanos de titularidade coletiva, como o direito ao meio ambiente.

Ademais, deve ser destacado a necessidade de um diálogo entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e os Sistemas de Proteção dos Direitos Humanos tanto em âmbito global quanto regional, analisando-se ainda, se realmente se trata de um diálogo, como uma via de mão dupla, ou de um monólogo onde os países em desenvolvimento como o Brasil, fundamentam as decisões que envolvem questões complexas de conflito entre princípios fundamentais, com base em precedentes internacionais, assim como será analisado à seguir.

## **2. O DIÁLOGO NECESSÁRIO ENTRE A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS SISTEMAS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS**

O pensamento jurídico enquanto atividade judicial ingressou numa nova era ou etapa, marcado pelas crescentes influências recíprocas das jurisprudências nacionais e internacionais umas sobre as outras. Nesse sentido, em 1994, a acadêmica norte-americana Anne-Marie

SLAUGHTER (1994, p.99) publicou um trabalho que iniciava com uma frase destinada a se tornar célebre: “*the courts are talking to each other around the world*”.

A internacionalização da influência da jurisprudência constitucional remete a extensão que ultrapassa as fronteiras da força gravitacional dos entendimentos exarados em sentenças ou precedentes que tratam de hermenêutica constitucional. Desta forma, uma interpretação dada em âmbito doméstico de um aspecto da Constituição exerce influência em outras Cortes Constitucionais em um problema de interpretação de outra Lei Fundamental.

O ponto a ser destacado é se essas relações são recíprocas, fomentando um verdadeiro diálogo, ou se ainda se trata de tribunais de países mais desenvolvidos que influenciam na tomada de decisões de países em desenvolvimento. Entre os adeptos da corrente do diálogo constitucional, afirma RAMIRES (2016, p. 7-8),

Essas relações são recíprocas: apesar de ainda se poder identificar alguns tribunais como mais influentes do que outros no que se refere à propagação externa de sua jurisprudência, as referências aos julgados estrangeiros têm se tornado mútuas, mediante constantes e difusos envios e recepções de *racionales decidendi* entre as diversas correntes em vários países do mundo.

O diálogo internacional entre juízes está relacionado com o fenômeno da globalização que tende a planificar as relações humanas, fomentadas pela evolução dos meios de comunicação nas últimas décadas que facilitou sobremaneira o intercâmbio de dados e experiências em todas as áreas. Especialmente, os órgãos judiciais como os tribunais constitucionais, cortes supremas e tribunais internacionais dispõem, hoje, de respectivas páginas oficiais na internet onde divulgam sua jurisprudência para fácil acesso, gratuito e instantâneo.

Entretanto, para que se possa falar em diálogo é necessário estabelecer uma linguagem que o instrumentalize, onde juízes e tribunais de diversas nações, com idiomas e culturas diversificadas, citem-se uns aos outros como autoridades argumentativas em assuntos constitucionais, produzindo uma espécie de conversação multilateral, é preciso que se estabeleça uma linguagem comum.

Em outras palavras, o entendimento e a compreensão entre os juízes e os tribunais do mundo pressupõe a existência de uma gramática compartilhada entre as ordens jurídico-constitucionais dos diversos países, que pode ser identificado como o Estado democrático de

direito, fundamentados em sistemas principiológicos de tomada de decisão em direitos e garantias fundamentais.

Trata-se, pois, da construção e do reconhecimento de uma tradição compartilhada. Afinal, nas palavras de KAUFMANN (2007, p. 94 e 106), “*la tradición es el terreno común en el que vivimos*” onde os Estados constitucionais que se pretendem democráticos e de direito partem das mesmas concepções de constitucionalismo.

Como explica a ex-juíza da Suprema Corte Canadense Claire L’HEUREUX-DUBÉ (2002, p. 234-235), o pioneirismo do *Bill of Rights* dos Estados Unidos, como o primeiro documento de sua natureza a ser interpretado e ganhar sentido através das decisões dos tribunais, “It became “natural” that other countries would look at your text and the interpretation that won in US courts to draft their own protection models and guarantee rights”.

De fato, a influência que o constitucionalismo norte-americano, incluindo o seu repertório de jurisprudência, exerceu desde muito tempo sobre o direito e a política da América Latina, como por exemplo no Brasil, onde é notável que desde o ato normativo que organizou a Justiça Federal e instalou o Supremo Tribunal Federal (Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890) já previa que a jurisprudência estrangeira, especialmente a norte-americana, deveria servir de fonte jurídica subsidiária nos provimentos judiciais federais<sup>10</sup>.

Os efeitos práticos dessa influência nas discussões constitucionais brasileiras do final do século XIX são bastante visíveis. Em 1893, naquela que é vista como a primeira vez em que foi arguido no foro brasileiro o “direito dos tribunais de examinar a constitucionalidade dos atos legislativos ou administrativos e negar-lhes execução ou manter contra eles o direito dos indivíduos”<sup>11</sup>, o advogado Rui Barbosa sustentava que “nossa lâmpada de segurança” deveria ser “o direito americano, suas antecedências, suas decisões, seus mestres”<sup>12</sup>. A tese foi

---

<sup>10</sup> Eis o texto do artigo 386, 2ª parte, daquele diploma legal: “Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de *common law e equity*, serão também subsidiários da jurisprudência e processo federal”.

<sup>11</sup> Lêda Boechat RODRIGUES, 1991, p. 61.

<sup>12</sup> Razões finais apresentadas perante a primeira instância em 1893 e publicadas sob o título *Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal* (Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893; reproduzido em: BARBOSA, Rui. *Obras completas*. Vol. XX, tomo V. Rio de Janeiro: MEC, 1956). O pedido, fortemente embasado na doutrina inaugurada por John Marshall em *Marbury v. Madison*, consistia na declaração de nulidade do ato do Poder Executivo que reformou um Marechal das Forças Armadas contra sua vontade. Combatendo o alvitre contrário encampado pelo Procurador da República Rodrigo Octavio de Langgaard Menezes (que viria a ser nomeado Ministro do STF em 1929), Rui Barbosa alertava que os autores da Constituição brasileira eram discípulos de James Madison e Alexandre Hamilton, não de Jean-Jaques Rousseau e Gabriel Bonnot de Mably como o nobre procurador, que se aferrava à doutrina fatal da onipotência das assembleias, doutrina anacrônica e contrária ao nosso direito escrito.

tacitamente acolhida pelo STF<sup>13</sup>, em um curto acórdão que pode ser considerado um dos marcos iniciais do controle judicial de constitucionalidade no Brasil.

Com isto inaugurou-se uma projeção unilateral da jurisprudência norte-americana, contudo, nos anos recentes, o incremento dos laços e das influências internacionais no direito tem afetado as decisões judiciais, especialmente no nível das cortes mais altas.

Nesse sentido, uma das novidades introduzidas pelo modelo do diálogo entre as cortes constitucionais, segundo L'HEUREUX-DUBÉ (2002, p. 234-235) foi a chamada

Polinização cruzada, onde os juízes não mais recebem, simplesmente, os casos de outras jurisdições, particularmente dos Estados Unidos, e, então, aplicam-nos ou modificam-nos para sua própria jurisdição. Ao contrário a polinização cruzada e o diálogo entre jurisdições estão ocorrendo crescentemente.

Com efeito, dois fenômenos simultâneos têm se verificado nas últimas décadas: o declínio da influência da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre suas congêneres de outras jurisdições, e o incremento das relações recíprocas dos outros tribunais do mundo.

A título de exemplo pode-se citar a decisão da Suprema Corte da Índia em *Rajagopal v. State of Tamil Nadu* (1995)<sup>14</sup>. Neste caso, os petionários pretendiam uma ordem judicial para que os organismos estatais indianos abstivessem de tentar impedir a publicação d autobiografia de um criminoso condenado, na qual o autor declarava que autoridades públicas do país haviam cometido crimes em sua companhia. O Tribunal acabou por decidir que os agentes públicos não podem se insurgir contra a publicação de uma obra supostamente difamatória sobre sua atuação oficial, a não ser que consigam provar que a acusação é falsa e foi feita sem preocupação com a realidade.

De maneira similar, no caso *Ferreira v. Levin NO* (1995)<sup>15</sup>, o Tribunal Constitucional da África do Sul lidava com questões de direito à liberdade e de proteção contra a autoincriminação. Em sua sentença invocou oito julgamentos da Suprema Corte dos Estados Unidos, entretanto, não considerou qualquer precedente da era mais recente de “Rehnquist”.

---

<sup>13</sup> AC n.112, julgada em 19 de setembro de 1895, Jurisprudência/1895, p. 189-191.

<sup>14</sup> [1995] 3 L.R.C. 566 *apud* RAMIRES (2016, p. 107).

<sup>15</sup> CCT 5/95, 1996 (1) AS 984 (CC) *apud* RAMIRES (2016, p. 108)

A redução da influência da jurisprudência norte-americana pode ser relacionada tanto à mudança de paradigma na formação das Cartas Constitucionais que passaram a adotar o modelo europeu quanto à resistência da Suprema Corte americana em se engajar no diálogo judicial e admitir a recepção de influências externas.

Dessa maneira, Tribunais que se introduzem intensamente no diálogo internacional acabam por ocupar novos espaços de influência, independentemente da posição de maior ou menor destaque político-econômico das nações na ordem mundial: é destacadamente o caso do Tribunal Constitucional da África do Sul e da Suprema Corte de Canadá<sup>16</sup>.

A existência de um denominador comum em questões de Direitos Humanos Fundamentais, além da “polinização cruzada” de Slaughter, fomentam a nova característica funcional que deve ser entendida como característica substancial, ou seja, a repetição de problemas comuns em diversos países, e a busca por soluções para esses problemas em uma tradição constitucionalista também compartilhada.

As trágicas consequências das experiências antidemocráticas do século XX evidenciaram a muitas sociedades, nos diversos cantos do mundo, a necessidade da criação de um núcleo inderrogável de Direitos Humanos Fundamentais protegidos das disposições das maiorias, levando à recuperação de estruturas originais do constitucionalismo, readaptadas e desenvolvidas, onde as nações passam a (re)descobrir o que suas tradições jurídicas próprias tinham em comum.

Na formação desse diálogo, em especial na Europa, o caso da Alemanha merece especial destaque por se tratar de outro país com arraigada tradição jurídica própria, que alcançou imensurável projeção internacional. O sistema jurídico comum da Europa continental e da América Latina é fundado no legado romano-germânico, onde como ensina MIRANDA (2009, p. 178), “*as decisões do Bundesverfassungsgericht, o Tribunal Constitucional Federal alemão, são hoje das mais citadas mundo afora, rivalizando em influência com as proferidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América*”.

---

<sup>16</sup> Segundo SLAUGHTER, *A New World Order*, 2004, p. 246, “Canada and South Africa - an old and a new democracy - with two new constitutional courts (the Canadian Supreme Court has existed since the mid-nineteenth century, but the new Constitution of Canada was enacted only in 1982, the Constitutional Court South African was created in 1994), each looking around the world and prospecting opinions from similar constitutional courts, and both disproportionately influential as a result”.

Ao contrário dos citados tribunais do Canadá e da África do Sul ao fazer referência a precedentes estrangeiros, o Tribunal Constitucional germânico acabou por desenvolver um estilo de fundamentação que basicamente cita apenas seus próprios precedentes. Contudo, para fundamentar suas decisões<sup>17</sup>, os juízes do tribunal utilizam de consultas extensivas as fontes internacionais e estrangeiras.

Outra experiência interessante para efeitos de demonstração do papel crescente dos diálogos constitucionais mundo é a francesa, que conta com um sistema de justiça constitucional original, exercido por um Conselho Constitucional, órgão político especialmente constituído para o efeito da Constituição de 1958 e que, a partir de 1971, assumiu-se como órgão para-jurisdicional ou quase-jurisdicional de fiscalização de constitucionalidade, embora apenas preventiva.

A atuação do Conselho Constitucional, na avaliação de FAVOREAU (2004, p. 86), “*mesmo com todas as suas limitações, consolidou no país o princípio da constitucionalidade, segundo a qual toda a autoridade (inclusive a do legislador) está sujeita à Constituição, com progressos espetaculares no campo da proteção das liberdades e direitos fundamentais*”.

A realidade portuguesa é de certa forma, como afirma ORRÚ (2006, p. 303), “*uno dei punti più avanzati del fenomeno della progressiva affermazione di un cerchio aperto (oltre i confini nazionali) interpreti della Costituzione*”. Os motivos para tal são de duas ordens: (a) atuam os elementos comuns a outros ordenamentos ocidentais em geral, especialmente a crescente integração internacional do direito público e a revolução tecnológica e de informação; (b) o fenómeno é favorecido por fatores particulares e específicos da realidade histórico-cultural portuguesa.

Como ilustração, há duas importantes decisões, espaçadas em quase sete anos entre si, concernentes à licitude de provas obtidas por interceptação de conversas telefônicas: o Acórdão n. 407/97, que invoca os casos *Olmstead v. United States* (1928) e *Katz v. United States* (1967),

---

<sup>17</sup> Por exemplo, em 2002 o BVerfG precisou decidir a respeito do caso de um açougueiro muçulmano turco que abatia animais à moda *halal*, para atender às convicções religiosas de sua clientela. Em virtude de que o ritual de abate alegadamente representativo sofrimento adicional aos animais, e especialmente porque era dispensado pela própria autoridade religiosa islâmica no país, foi questionado a admissibilidade da conduta do açougueiro em relação à Lei de Proteção aos Animais. A decisão do Tribunal Constitucional, no sentido de que a prática estava protegida pelo direito de liberdade religiosa e não poderia ser proscrita pelo Estado, contrariou frontalmente expectativas de grupos sociais ruidosos, tanto de protetores dos animais quanto de setores xenófobos. Nesse contexto, os juízes alemães entenderam conveniente referir, em sua sentença, que o Tribunal Constitucional da Áustria também já decidira de forma semelhante. (RAMIRES, 2016, p. 134).

e o Acórdão n. 198/04, que faz todo um apanhado da jurisprudência norte-americana sobre as teorias dos frutos da árvore envenenada e da regra de exclusão<sup>18</sup>.

Justamente, nas questões sensíveis do ponto de vista sócio-político é que o Tribunal Constitucional lusitano procura se valer de uma comparação com o estado da arte do tratamento do tema nos principais órgãos jurisdicionais dos países com equivalente grau de desenvolvimento jurídico-democrático.

Desta forma, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Português demonstra uma clara disposição do colegiado de envolver-se no diálogo constitucional que se trava nas principais democracias do mundo, em especial nos países centrais da Europa, e de contribuir para este debate.

O Supremo Tribunal Federal do Brasil assemelha-se ao Tribunal Constitucional de Portugal no que se refere às extensas invocações de julgados estrangeiros e às intensas influências que estes exercem sobre as decisões da Corte, manifestando-se no Brasil a contingência da necessidade de lidar com uma Carta constitucional nova, pródiga na positivação dos direitos e garantias fundamentais, e com um passado autoritário que se manifestava nas práticas jurídicas vigentes há décadas.

A Carta da República de 1988 não alterou substancialmente o quadro institucional do Poder Judiciário doméstico, em especial, não criou um tribunal constitucional, onde o cume da hierarquia judiciária continuou pertencendo ao Supremo Tribunal Federal, que também manteve o poder, não exclusivo, mas último, de interpretação constitucional. Tampouco houve uma renovação imediata dos quadros do Supremo ou dos demais tribunais, de modo que os mesmos magistrados nomeados pelo regime militar permaneceram em seus postos, com a tarefa de dar interpretação ao novo documento político.

Com o desenvolvimento da teoria constitucional brasileira e sua integração no contexto mundial, e também através da renovação paulatina dos membros do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência da mais alta corte brasileira passou a alinhar-se com a preocupação de dar efetividade ao texto constitucional e aos direitos e garantias nela encerrados.

---

<sup>18</sup> RAMIRES (2016, p. 146-147).

Em outro caso de grande repercussão foi o caso do *Habeas Corpus* n. 82.424, no âmbito do qual se discutiu perante o Supremo<sup>19</sup> se um sujeito que publicara livros com conteúdo discriminatório contra judeus praticara crime de racismo ou agira abrigado pela liberdade de manifestação de pensamento, o acórdão fez menção a 12 julgados estrangeiros, de diversos Tribunais.

Em relação aos demais tribunais na América do Sul, devido à proximidade geográfica o que se esperava era um diálogo mais intenso e constante, também em razão da facilidade da linguagem, a formação histórica, as identidades jurídicas de tradição romano-germânica, as tentativas de integração político-jurídica, como o Mercosul e a inserção em uma mesma ordem supranacional de direitos humanos, com a vigência da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e o reconhecimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Contudo, a perspectiva desse diálogo judicial foi uma frustração, onde no entendimento de AFONSO DA SILVA (2012, p. 522-523), “*um claro déficit na integração jurídica na América do Sul é uma grande ausência de diálogo constitucional transnacional entre tribunais, o que resulta em uma quase total ausência de migração de ideias constitucionais na região*”.

Segundo o referido autor, pouco se sabe no Brasil sobre o que acontece nos países vizinhos e o que fazem os seus tribunais, embora com maior frequência se conheça o que escrevem os autores de países vizinhos, especialmente da Argentina. Apesar de manterem-se relativamente cientes da atividade do Tribunal Constitucional alemão ou da Suprema Corte dos Estados Unidos, os juristas brasileiros em geral não têm a menor ideia do que (e como) se decide na Corte Suprema de Justiça da Argentina, no Tribunal Constitucional do Chile ou na Corte Constitucional da Colômbia<sup>20</sup>.

O que se percebe é uma abertura extremamente seletiva, e de certa forma, limitada, à influência estrangeira na jurisprudência nacional, onde o Supremo Tribunal Federal busca inspiração nos tribunais mais antigos, como o dos Estados Unidos, ou mais consagrados como

---

<sup>19</sup> Mais importante, porém, foi a inserção do seguinte parágrafo na ementa da decisão: “A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo”.

<sup>20</sup> O constitucionalista brasileiro ainda aponta que “nem mesmo por meio das decisões da Corte Interamericana as ideias migram de um país a outro, como costuma ocorrer na Europa por meio da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. No Brasil, a jurisprudência do Corte Interamericana de Direitos Humanos não tem ressonância nas decisões dos tribunais nacionais”. (AFONSO DA SILVA 2012, p. 523).

o da Alemanha, mas descura de outras experiências mais próximas do ponto de vista geográfico, histórico ou cultural.

Contudo, mesmo com toda a seletividade, isso não quer dizer que o Supremo Tribunal Federal não esteja incrementando suas relações recíprocas e engajando-se crescentemente em diálogos umas com as outras, uma vez que as ausências apresentadas apenas demonstram que ainda há espaço para aumento da integração e da troca de experiências, fomentando o diálogo e a criação de um núcleo inderrogável de Direitos Humanos Fundamentais na esfera internacional.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS:**

A evolução dos Direitos Humanos em âmbito internacional trouxe a baila, a discussão acerca de como os tratados e convenções que versarem acerca desses direitos em âmbito internacional serão incluídas em âmbito doméstico, onde cada Estado tem adotado medidas específicas no que tange a recepção desses instrumentos internacionais.

No Brasil, não diferente das demais nações passou por um processo de amadurecimento das teorias de recepção dos tratados internacionais relacionados a Direitos Humanos, com avanços e retrocessos, até a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004 que buscou trazer um fim a essa discussão ao introduzir o §3º no artigo 5º da Constituição da República de 1988, atribuindo *status* de Emenda Constitucional aos tratados e convenções internacionais que versem sobre esses direitos.

Essa abertura constitucional propiciou aumentar o leque de proteção dos Direitos Humanos Fundamentais além da inserção de novas formas de proteção, como o sistema multinível, sendo exercidos tanto pelos tribunais comuns, pelos tribunais de justiça constitucionais quanto pelos tribunais internacionais, estabelecendo-se assim uma dependência da positivação desses direitos em instrumentos internacionais e posteriormente a inclusão nas Cartas Constitucionais.

A Constituição da República de 1988 passou por profundas transformações que visavam além do reestabelecimento da democracia, após um tenebroso período militar, a criação de um núcleo inderrogável de direitos, dispondo de dispositivos específicos em seu corpo, como o art. 5º além do art. 60, §4º que os torna inderrogáveis.

Além disso, o Poder Judiciário, na sua evolução histórica, desempenhou e desempenha um papel diferenciado, tendencialmente ativo, a fim de concretizar e implementar os direitos e garantias consagrados na Constituição, seja por meio das normas ou dos princípios norteadores.

Para efetivar os direitos consagrados na Constituição da República de 1988, apesar de não haver sido criado um Tribunal Constitucional, o Supremo Tribunal Federal avocou para si a responsabilidade tanto na recepção dos tratados quanto nas decisões relativas a efetivação dos Direitos Humanos Fundamentais, sendo relevante sua atuação, tanto pela garantia dos direitos individuais quanto da efetivação de políticas públicas, que permitam o estabelecimento de uma ordem social, em que a igualdade seja efetivamente concretizada.

O processo de globalização bem como de internacionalização da jurisprudência constitucional levou a extensão que ultrapassa os limites domésticos dos entendimentos em sentenças ou precedentes que versam sobre interpretação constitucional. Desta forma, as decisões proferidas em âmbito doméstico acerca de questões de aspecto constitucional tem influência em outras Cortes Constitucionais, em casos complexos de efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais.

Entretanto, para que possa haver essa internacionalização é necessário estabelecer um diálogo entre as Cortes constitucionais, fomentando a comunicação e o intercâmbio de dados e experiências em todas as áreas. Especialmente, os órgãos judiciais como os tribunais constitucionais, cortes supremas e tribunais internacionais buscam fundamentar suas decisões em consonância não apenas com o direito doméstico, mas de acordo com que as demais Cortes Constitucionais têm decidido.

Assim, através da troca dessas experiências constitucionais, bem como de suas jurisprudências, em maior ou menor grau de interlocução, fomentam um movimento constitucional dinâmico, capaz de atender as necessidades da coletividade, através da criação de uma Constituição Internacional e de seu respectivo Tribunal Constitucional, a fim de estabelecer um núcleo inderrogável de direitos, e propiciar a aplicação de um sistema jurídico multinível.

## **REFERÊNCIAS:**

AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.). O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BARBOSA, Rui. *Obras completas de Ruy Barbosa*. Vol. XVII, tomo I, 1946, p. 146, 148 e 151. Disponível em: <[HTTP://docvirt.com/docreader.net/docreader.aspx?bib=Obras CompletasRuiBarbosa&pesq=volume%20xvii](http://docvirt.com/docreader.net/docreader.aspx?bib=ObrasCompletasRuiBarbosa&pesq=volume%20xvii)>. Acesso em 03 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. BARBOSA, Rui. Vol. XX, tomo V. Rio de Janeiro: MEC, 1956. Disponível em: <[HTTP://docvirt.com/docreader.net/docreader.aspx?bib=Obras CompletasRuiBarbosa&pesq=volume%20v](http://docvirt.com/docreader.net/docreader.aspx?bib=ObrasCompletasRuiBarbosa&pesq=volume%20v)>. Acesso em 27 set. 2016.

BLACK JR., Charles L. *The people and the court. Judicial review in a democracy*. New York: The Macmillan Company, 1960.

BOHMAN, James. *Public Deliberation: pluralismo, complexity and democracy*. Cambridge: MIT, 1996.

CARPENTIER, Elice. *La Utilización de la jurisprudência constitucional extranjera por el Consejo Constitucional Francés*. Estudios Constitucionales. Ano 7, n. 2. Santiago do Chile, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2001.

FARJARO-ARTURO, Luis Andrés. *La influencia del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos em el derecho constitucional colombiano: marco teórico*. Revista colombiana de Derecho Internacional. N. 12. Bogotá, 2008.

FAVOREAU, Louis. *As cortes constitucionais*. Trad.: Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Notas a respeito da utilização de jurisprudência estrangeira pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil*. Revista brasileira de estudos constitucionais. Ano 3, n. 12. Belo Horizonte, 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 1983. Reimpressão de 1994.

GUTMANN, Amy, THOMPSON, Dennis. *Why deliberative democracy?* Princeton: Princeton Univ. Press, 2004.

KAUFMANN, Arthur. *Hermenéutica y derecho*. Trad. Luis Villar Borda e Ana Maria Montoya. Granada: Comares, 2007.

LANDAU, David & LÓPEZ-MURCIA, Julián Daniel. *Political Institutions and Judicial Role: An Approach in Context, the Case of the Colombian Constitutional Court*. Universitas. N° 119. Bogotá, 2009.

L'HEUREUX-DUBÉ, Claire. *The Importance of dialogue: globalization, the rehnquist court and Human Rights*. In: BELSKY, Martin H. (org.). *The rehnquist court: a retrospective*. New York: Oxford University Press, 2002.

MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco. *Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Leonardo. Organização e introdução [a obra]: In: SCHWABE, Jurgen. *Cinquenta anos de Jusrisprudência do Tribunal Constitucional federal alemão*. Montevideo: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *A eficácia das decisões de inconstitucionalidade: 15 anos de experiência*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *15 anos da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1988, v.4.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito constitucional*. Tomo I: Preliminares; O Estado e os Sistemas Constitucionais. 8. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MORANGE, Jean. *Direitos humanos e liberdades públicas*. 5. ed. São Paulo: Manole, 2004.

ORRÚ, Romano. *La giustizia costituzionale in azione e il paradigma comparato: l'esperienza portoghese*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol. 42, n.1 e 2. Lisboa/Coimbra, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 13ª ed, 2012.

\_\_\_\_\_; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

RAMIRES, Maurício. *Diálogo judicial internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ROSENFELD, Michel. *Constitutional adjudication in Europe and the United States: paradoxes and contrast*. International Journal of Constitutional Law, n. 4, out. 2004.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *A dialética da democracia: entre legisladores e jurisdição constitucional*. 2007. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang;

SEGADO, Francisco Fernández. *El tribunal constitucional*. Un estudio orgânico. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, n. 15, p. 375-423, 1989.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 37<sup>a</sup> ed., 2014.

SLAUGHTER, Anne-Marie. *A typology of transjudicial communication*. University of Richmond Law Review. Vol. 29, n. 99. Richmond, 1994.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). *Constitucionalismo: os desafios do terceiro milênio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

TAVARES, Andre Ramos (Coord.). *Justiça constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

\_\_\_\_\_. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TORRES PEREZ, A. *Conflict of rights in te European Union: a theory of supranational adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

ZELADA, Liliana Galdámez. *El uso del derecho y jurisprudencia extranjera en los falos del tribunal constitucional de Chile: 2006-2010*. Revista Chilena de Derecho. Vol. 39, n. 1. Santiago de Chile, 2012.