

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO INTERNACIONAL I

FLORISBAL DE SOUZA DEL OLMO

GUSTAVO ASSED FERREIRA

ANDERSON ORESTES CAVALCANTE LOBATO

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. 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

D598

Direito internacional I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/ UDF;

Coordenadores: Anderson Orestes Cavalcante Lobato, Florisbal de Souza Del Olmo, Gustavo Assed Ferreira – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-164-7

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

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Internacional. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO INTERNACIONAL I

Apresentação

O Direito Internacional passou por importantes transformações nas últimas décadas. De um lado, a globalização e o incremento da tecnologia da informação significaram novos limites para os mais distintos campos do Direito Internacional e para as Relações Internacionais. Por outro lado, a crise global de 2008 e seus impactos, também significaram desafios adicionais para a disciplina e para os seus operadores. Os artigos apresentados no GT Direito Internacional I enfrentam o quadro acima descrito. Os trabalhos debatem as mais distintas áreas do Direito Internacional, tais como comércio internacional, meio ambiente, investimentos e arbitragem. Essa compilação de textos sintetiza, com a devida profundidade, a essência dos debates acontecidos em Brasília.

Prof. Dr. Florisbal de Souza Del Olmo (URI)

Prof. Dr. Gustavo Assed Ferreira (USP)

Prof. Dr. Anderson Orestes Cavalcante Lobato (FURG)

CONSTITUCIONALISMO INTERNACIONAL: DAS CONSTITUIÇÕES ALÉM DO ESTADO AOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS ESTRANGEIROS

CONSTITUTIONALISM INTERNATIONAL : THE CONSTITUTIONS BEYOND THE STATE FOREGOING JURISPRUDENTIAL FOREIGNERS

José Albenes Bezerra Júnior ¹

Resumo

O texto aborda o constitucionalismo em âmbito internacional. Inicialmente, sob uma visão histórica do constitucionalismo. O artigo apresenta um constitucionalismo na ordem internacional, em face de inúmeras constituições que visam a proteção e efetivação de direitos. Analisar-se-á, também, a invocação de precedentes jurisprudenciais estrangeiros como forma de efetivação e concretização desses direitos, mostrando, com isso, o caráter pluridimensional dos direitos.

Palavras-chave: Constitucionalismo, Internacional, Precedentes jurisprudenciais

Abstract/Resumen/Résumé

The text addresses constitutionalism internationally. Initially, from a historical view of constitutionalism. The text presents a constitutionalism in the international order in the face of numerous constitutions aimed at the protection and realization of human rights. It will analyze also the invocation of foreign legal precedents as a way of realization and realization of these rights, showing thereby the multidimensional character of rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutionalism, International, Previous case law

¹ Graduado em Direito pela UNIFOR, Mestre em Direito pela UFRN, Doutorando em Direito pela UnB e Professor da UFERSA.

1. INTRODUÇÃO AO CONSTITUCIONALISMO

Pode-se conceituar o fenômeno do constitucionalismo como uma técnica de limitação do governo, igual a tantas outras existentes, tais como Estado de Direito e *rule of Law*, com a finalidade de resguardar aos cidadãos o exercício de seus direitos em face de pretensos governos arbitrários, mas que se diferencia das demais técnicas, na medida em que se insere em sua alçada de controle, igualmente a figura da lei enquanto produto do legislativo¹.

Afirma Dalmo de Abreu Dallari²,

Nenhum estudo das sociedades modernas, de sua organização e de seu funcionamento será completo se ignorar o constitucionalismo e sua influência, seja do ponto de vista sociológico, político, econômico ou jurídico. Com efeito, desde o século XVII a Constituição aparece, com frequência, como tema de interesse social e político na Inglaterra, onde se registram debates sobre a necessidade de respeitar a Constituição tradicional. Na realidade, porém, as raízes mais profundas do Constitucionalismo podem ser realizadas na Idade Média, mais precisamente na Inglaterra medieval, havendo registro de discussões provocadas pela dúvida quanto à conformidade de certas decisões políticas “com a antiga constituição”, deixando entrever a existência de regras consideradas constitucionais e a exigência de que elas fossem respeitadas.

Segundo Marcelo Neves³,

O conceito de Constituição em sentido moderno relaciona-se originalmente com o constitucionalismo como experiência histórica associada aos movimentos revolucionários dos fins do século XVIII. O constitucionalismo apresenta-se inicialmente como semântica político-jurídica que reflete a pressão estrutural por diferenciação entre política e direito no âmbito da emergente sociedade multicêntrica da modernidade. Mas a semântica constitucionalista reagiu construtivamente no plano das estruturas, servindo como “ideologia” revolucionária para o surgimento das Constituições como pressupostos possibilitadores e asseguradores da diferença entre sistemas político e jurídico.

¹ AVELINO, Pedro Buck. **Constitucionalismo: Definição e origem**. São Paulo. 2007. p.23

² DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: Da idade média ao século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.149.

³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.53.

Continua Dieter Grimm⁴,

Embora a semântica constitucionalista tenha surgido no centro da emergente sociedade burguesa, sobretudo na Inglaterra e na França, a afirmação de Constituição no nível estrutural apresentou-se primeiramente “em 1776, na periferia do mundo ocidental de então, na América do Norte”, só se configurando “treze anos mais tarde, em 1789, na Europa”. Como já foi observado acima, na Inglaterra o processo de constitucionalização teve um caráter evolutivo, não se podendo caracterizar a Revolução Gloriosa de 1688 como fundadora de um Constituição em sentido moderno, pois foi “uma revolução para defesa da velha ordem, nomeadamente dos direitos do parlamento, contra as intenções transformadoras da coroa”. Isso se associa com o fato de que a conversão prática da semântica constitucionalista em estruturas constitucionais pressupôs a ocorrência de revolução no sentido de rupturas com a velha ordem do poder.

Percebe-se uma fase do constitucionalismo que substitui o até então Estado absolutista autoritário por um Estado regulado pelo Direito. Agora, a constituição passa a garantir direitos de liberdade e propriedade, a economia livre de mercado e a igualdade dos cidadãos perante a lei, tudo administrado e mantido por poderes rigorosamente separados. É uma constituição essencialmente garantista.

A eclosão da segunda guerra mundial foi um hiato nessa evolução, mas pode-se dizer que, pelas brutalidades que produziu, e por ter despertado a consciência da humanidade para a necessidade do estabelecimento de normas de organização da sociedade e do governo que impossibilitassem o retorno de qualquer forma de absolutismo e de degradação da pessoa humana, deu impulso decisivo para a formação de um novo constitucionalismo, democrático e humanista⁵.

A proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, feita pela Organização das Nações Unidas em 1948, estabeleceu alguns parâmetros fundamentais, a partir dos quais, e tendo em conta as circunstâncias concretas das sociedades humanas

⁴ GRIMM, Dieter. **A Constituição do Processo de desestatização** (Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung). In: Michael Brenner, Peter M. Huber e Markus Möstl (orgs.). **Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel: Festschrift für Peter Badura zum siebzigen Geburtstag**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004. pp. 145-67. Apud Neves, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. PP. 53-54.

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: Da idade média ao século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.351.

após a segunda guerra mundial, foram definidas as características do novo constitucionalismo⁶.

Mesmo diante de muitas dificuldades, muitas constituições sociais se espalham pela Europa do pós-guerra e até mesmo fora dela. São os casos das Constituições Alemã (1949), Francesa (1958), Portuguesa (1976), Espanhola (1978) e Brasileira (1988) fruto de uma nova cultura constitucional e dirigente.

Mesmo com a existência de inúmeras normas constitucionais com natureza e conteúdo social, percebe-se a insuficiência da presença das mesmas nos textos constitucionais se não há vinculação da atuação dos poderes constituídos a elas. Percebe-se, também, a necessidade de procedimentos aptos a transformá-las em realidade, salientando a força conformadora do direito constitucional. Uma constituição precisa ser vista não mais com a imagem de ordenamento meramente repressivo, mas como afirmação de novas funções do direito como constituição distributiva e promocional⁷.

Ao contrário das sociedades antigas e medievais, rígidas e estáticas, a sociedade moderna é uma sociedade que se alimenta da sua própria transformação. E é somente assim que ela se reproduz. Em termos de futuro, a única certeza que dessa sociedade podemos ter é a sua sempre complexidade⁸.

2. CONSTITUIÇÕES ALÉM DO ESTADO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO NO PLANO DA ORDEM INTERNACIONAL

A Constituição, a partir da segunda metade do século XX, passou a ocupar o centro do ordenamento jurídico, iniciando um novo método de compressão do Direito. A partir da Segunda Guerra Mundial, é inegável que a Constituição tomou o lugar dos Códigos, devendo os direitos infraconstitucionais ser compreendidos a partir da Lei Fundamental e sua inserção no contexto internacional.

⁶ Idem, ibidem.

⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p.30.

⁸ CARVALHO NETTO, Menelick de. **Reflexões sobre a relação entre Constituição, povo e estado a partir da discussão de uma constituição para a Europa**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

Segundo Marcelo Neves⁹,

O alargamento do espaço constitucional se deu a partir da constitucionalização dos direitos infraconstitucionais que, por sua vez, ampliou a extensão e a intensidade da vinculação constitucional do legislador ordinário. [...] A emergência por ordens jurídicas internacionais, transnacionais e supranacionais, em formas distintas do direito internacional público clássico, é um fato incontestável que vem chamando a atenção e tornando-se cada vez mais objeto do interesse de estudos não apenas de juristas, mas também de economistas e cientistas sociais em geral.

O que se discute é a pretensão dessas novas ordens jurídicas de se afirmarem impreterivelmente, como ordens jurídicas que prescindem do Estado, seja como ordens jurídicas que prevalecem contra os Estados, pondo em cheque o próprio princípio da soberania estatal, viga mestra do direito internacional público clássico¹⁰.

O novo cenário de um constitucionalismo somente tornou-se significativo em decorrência dos novos problemas com os quais a atual ordem internacional e as demais ordens supranacionais e transnacionais estão confrontadas cada vez mais intensamente. A esse respeito, podem ser elencadas as questões da política de segurança, do direito ambiental e dos direitos humanos.

Dentro dessa contextualização, a Constituição estatal é posta, inicialmente, no segundo plano, mas, em outro momento, liga-se novamente com as constituições internacionais, supranacionais e transnacionais. Isso reside na noção de dimensões que ultrapassam as fronteiras do Estado.

Segundo professor Menelick de Carvalho Netto¹¹,

“A proposta de uma Constituição para a Europa acendeu um intenso debate que possibilitou o levantamento de questões centrais não só para a Teoria da Constituição e para os especialistas de Direito Constitucional, mas para a vida cotidiana de todo aquele que se veja ou pretenda se ver como cidadão de uma comunidade política

⁹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.82-83.

¹⁰ Idem, ibidem. p. 83.

¹¹ CARVALHO NETTO, Menelick de. **Reflexões sobre a relação entre Constituição, povo e estado a partir da discussão de uma constituição para a Europa**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

institucionalizada com base no respeito aos direitos de igualdade e liberdade recíproca e respectivamente reconhecidos a todos e a cada um dos seus membros. Seria possível hoje uma Constituição sem povo ou um povo sem Constituição? Seria possível hoje uma Constituição sem Estado ou um Estado sem Constituição? Essas questões exigem que nos aprofundemos na relação entre a Constituição, a institucionalização da política e a efetivação dos direitos fundamentais”.

Na linha de pensamento das relações interconstitucionais, afirma José Joaquim Gomes Canotilho¹²,

A teoria da interconstitucionalidade enfrenta, assim, o intrincado problema da articulação entre constituições e da afirmação de poderes constituintes com fontes e legitimidades diversas. Tentar-se-á, por isso, uma compreensão da fenomenologia jurídica e política de constelações ou formações políticas compostas e complexas, a partir de uma perspectiva amiga do pluralismo de ordenamentos e de normatividades.

Segundo Jânia Maria Lopes e Sadi Flores¹³,

A internacionalização exige novas gramáticas e a compreensão de que as relações humanas têm ocorrido na circularidade passando da geometria do círculo para a da rede. Os direitos internacionalizam-se e constitucionalizam-se num movimento recíproco, o que aumenta exponencialmente a complexidade do Direito, cada vez mais polimorfo. Por um lado, o desafio à soberania estatal foi inevitável e, por outro, o sujeito foi colocado ao centro da grande cena, protagonizada pelas relações no mundo de hoje.

José Joaquim Gomes Canotilho¹⁴, coaduna com a ideia de abertura dos Direitos Constitucionais ao âmbito internacional, onde esse constitucionalismo propõe:

(1) Alicerçamento do sistema jurídico-político internacional não apenas no clássico paradigma das relações horizontais entre estados (paradigma

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade: Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 267.

¹³ LOPES, Jânia Maria; FLORES, Sadi. **O papel da jurisdição na efetivação dos direitos humanos**. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.148.

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1218.

hobbesiano/westfalliano, na tradição ocidental) mas no novo paradigma centrado nas relações entre Estado/povo (as populações dos próprios estados); (2) emergência de um *jus cogens* internacional materialmente informado por valores, princípios e regras universais progressivamente plasmados em declarações e documentos internacionais; (3) tendencial elevação da dignidade da pessoa humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos.

José Joaquim Gomes Canotilho aponta para a manutenção do valor e função das constituições dos Estados, como uma das ideias de interconstitucionalidade. Isso porque, essas constituições desceram do *castelo* para a *rede*, mas não perderam as funções identificadoras pelo fato de, agora, estarem em ligação umas com as outras. A *rede* formada por normas constitucionais nacionais e por normas europeias constitucionais ou de valor constitucional faz abrir as portas dos estados fechados e relativizar princípios estruturantes de estabilidade, mas não dissolve na própria rede as linhas de marca das formações constitutivas dos estados membros¹⁵.

Canotilho afirma que os impactos que a globalização e a *global governance* provocaram nos sistemas democráticos tradicionais, ocasionaram déficits democráticos do constitucionalismo global¹⁶, como a dependência crescente ser participação do domínio¹⁷, o enfraquecimento do domínio político democrático¹⁸ e a falta de controle para os titulares de decisões não estatais¹⁹.

Canotilho, com base nos ensinamentos de G. Teubner, aponta para a construção de um constitucionalismo societário. Se o constitucionalismo centrado no Estado se revela inadequado para compreender o constitucionalismo global, algumas dimensões fundamentais de um constitucionalismo voltado para as constituições civis globais devem ser levadas em conta: a globalização policêntrica e as constituições parciais²⁰ e o policentrismo e o constitucionalismo²¹.

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade: Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2008. p.269.

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade: Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2008. p.290.

¹⁷ Idem, p. 291.

¹⁸ Idem, p.292.

¹⁹ Idem, p.293.

²⁰ Idem, p. 294.

²¹ Idem p. 295. “A teoria do constitucionalismo social global propõe que as constituições sociais globais se assumam como o que verdadeiramente devem ser: (I) Constituições parciais, declaradamente limitadas a determinados sistemas sociais (economia, ciência e cultura) e evitando qualquer pretensão de constituição mundial; (II) Constituições civis, fora da política, de forma a tornarem visíveis de autonomia – também constitucional – das constituições parciais globais; (III) Constituições “juridicizadas”, ou seja,

Acredita-se que a influência, por parte dos Estados, de sistemas normativos que não aqueles a que estão sujeitos, como os de natureza supranacional e internacional, além da invocação da jurisprudência dessas outras dimensões normativas ocasiona uma espécie de reciprocidade e busca de ensinamento, um conhecimento alargado, um tipo de cultura que possa confiar-lhe o cuidado de rever suas posições e valores em nome dos interesses humanos.

As Constituições da Argentina, Brasil, Uruguai e Paraguai como marcos jurídicos relevantes nessa transição, no âmbito do Mercosul, consagram o primado do respeito aos direitos humanos como paradigma propugnado para ordem internacional. Todos estes aspectos configuram uma espécie de constitucionalização dentro desse âmbito internacional de análise de casos.

Uma vertente paradigmática aponta para o surgimento de um constitucionalismo internacional plano global. A esse respeito, os focos são os mais diferentes e fundamentam-se em construções teóricas das mais diversas. Elas vão desde modelos de Estado mundial até a caracterização da Carta da ONU como uma espécie de Constituição da comunidade internacional²².

Discute-se acerca da constitucionalização do direito internacional público, através de uma constituição para a sociedade mundial pluralista. Segundo Marcelo Neves, “Embora vá além do modelo internacional Kantiano de um federalismo de Estados livres, Habermas, ao contrário de Höffe e Lutz-Bachmann, argumenta com base nas instituições e organizações internacionais já existentes, propondo que sejam amplamente reformadas, especialmente no âmbito da ONU, para que se construa uma política interna mundial capaz de explorar procedimentos e instituições que promovam uma cidadania mundial fundada em uma consciência da solidariedade cosmopolita compulsória²³”.

Nessa seara, argumenta-se que funções típicas do Estado atual estão sendo ou estão em condições de ser assumidas por instâncias políticas no nível da sociedade

constituições que não se limitem ao papel de “constituições materiais” mas que contenham mecanismos de produção jurídica que lhe forneçam quadros jurídicos regulatórios, e, além disso, dêem fundamento à legitimação e legitimidade de algumas de suas normas como normas superiores”.

²² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.85

²³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 86.

mundial. É inegável que têm sido abertas para instâncias internacionais e supranacionais funções até pouco tempo realizadas por entidades estatais territorialmente delimitadas.

Não fica, contudo, nítidos quais seriam os processos de constitucionalização no plano dessa estatalidade global. Caso seja um Estado mundial, caberia antes falar de uma Constituição global estruturada em termos análogos ou funcionalmente equivalentes à constituição do Estado. Mas, nesse caso, reduziríamos nossa perspectiva a um projeto ideal, altamente controverso também em uma perspectiva de adequação às exigências da sociedade mundial²⁴.

No cenário do direito internacional público, a discussão assume um outro foco, pois se trata de atribuir caráter constitucional à ordem já existente ou emergente. Desde o início ou surgimento da ONU, disseminou-se a noção de uma Constituição da comunidade internacional, seja mediante a atribuição dessa função à própria Carta das Nações Unidas, seja por considerarem-se de maneira mais abrangente as instituições do direito internacional público e da política internacional²⁵.

Outra celeuma relaciona-se, também, com a não existência de um equivalente funcional no nível da sociedade mundial, isto é, com a ausência de uma instância que assegure o fechamento operativo do sistema político, possibilitando o apoio generalizado no contexto de uma sociedade hipercomplexa.

Ao tratar de uma ordem regional, como a construída pela Convenção Europeia de Direitos Humanos e concretizada pelo respectivo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, é inegável a sua força normativa no âmbito dos Estados envolvidos, especialmente pela presença dos deveres estendidos a todos e pela aplicação do princípio geral do *jus cogens*.

A análise muda de foco, portanto, quando se indaga sobre as possibilidades de um constitucionalismo supranacional que se desenvolva em uma região do mundo. Mas, também nesse caso, é fundamental que sejam preenchidos alguns pressupostos para a formação e o desenvolvimento de uma Constituição como equivalente funcional da que caracteriza o Estado constitucional.

²⁴ Idem, *ibidem*. p.88.

²⁵ Idem, *ibidem*. p. 89.

Certa simetria no nível desenvolvimento dos respectivos Estados-membros é uma condição decisiva para a construção de uma supranacionalidade, que implica normas e decisões abrangentes nas dimensões social, material e temporal, vinculando diretamente os cidadãos e órgãos estatais. Nos casos de condições orçamentárias, níveis educacionais, sistemas de saúde, situação de trabalho e emprego etc. muito díspares, fica obstaculizada ou, no mínimo, dificultada a incorporação normativa imediata (sem ratificação) que caracteriza uma ordem supranacional. Os esforços da União Européia para que fosse alcançado um certo nível mínimo de equilíbrio orçamentário por parte dos Estados que se candidatam ao ingresso na qualidade de membros e os correspondentes controles depois da admissão dos respectivos Estados (trata-se, ao menos, de uma exigência formal para a admissão na zona de Euro) são indícios de que, diferentemente do caso da internacionalidade, uma supranacionalidade estável não suporta grandes disparidades de desenvolvimento.

Impõe-se, também, para o surgimento e a estabilidade de uma constituição supranacional no plano regional, a formação de uma esfera pública forte, isto é, relevante para os procedimentos, que possa servir à abertura do sistema político e, assim, sirva como instância de sua legitimação.

Observa-se que a constitucionalização da União Europeia está amparada fundamentalmente em desenvolvimentos que se localizam no centro do sistema jurídico, constituído pelos juízes e tribunais nacionais e europeus, tendo como órgão supremo o Tribunal de Justiça das comunidades europeias.

Verifica-se, recentemente, uma pluralidade de ordens jurídicas, cada uma das quais com seus próprios atos jurídicos, normas jurídicas, procedimentos jurídicos e dogmática jurídica. Disso resulta uma diferenciação no interior do sistema jurídico. Essa diferenciação entre ordens não se limita, porém, à diferenciação segmentária entre ordens jurídicas estatais com âmbitos territoriais de validade delimitados. Em outros termos, a transição entre ordens jurídicas desenvolvem-se a partir dos seus juízes e tribunais, distanciando-se, em partes, daquele aspecto de incorporação de normas internacionais no direito interno realiza-se mediante o instituto da ratificação.

²⁶

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 100.

Muito se discute acerca da conversação ou diálogo entre Cortes, que podem se desenvolver em vários níveis: por exemplo, entre o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e os Tribunais dos Estados-membros; entre o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e as cortes nacionais ou o TJCE, entre cortes nacionais e assim sucessivamente. Contudo, não cabe discutir uma estrutura hierárquica entre ordens, uma vez que a incorporação recíproca de conteúdos implica uma releitura de sentido à luz da ordem receptora²⁷.

Os litígios globais levariam, então, ao surgimento de uma espécie de comunidade judicial, que fornece a estrutura e as regras básicas para um diálogo global entre juízes no contexto de casos específicos, ao julgamento de juízes por juízes e à negociação judicial. A respeito desses novos fenômenos, a dimensão constitucional manifesta-se mais claramente quando estão envolvidos tribunais constitucionais no sentido amplo da expressão, ou seja, tribunais encarregados exclusiva ou principalmente de julgar questões jurídico-constitucionais²⁸.

O crescimento das relações transterritoriais com implicações normativas fundamentais levou à necessidade de abertura do constitucionalismo para além do Estado. Os problemas dos direitos fundamentais ou dos direitos humanos ultrapassam fronteiras, de tal maneira que o direito constitucional estatal passou a ser uma instituição limitada para enfrentar esses problemas.

O mesmo ocorreu com a organização do poder, com a questão de como combinar a limitação e o controle do poder com sua eficiência organizacional. O tratamento desses problemas deixou de ser um privilégio do direito constitucional do Estado, passando a ser enfrentado legitimamente por outras ordens jurídicas, pois eles passaram a apresentar-se como relevantes para essas²⁹.

Segundo os ensinamentos de Menelick de Carvalho Netto³⁰,

Desse modo é que a crise da Constituição pode e deve ser enfocada, mais precisa e rigorosamente, não como uma crise da Constituição tout

²⁷ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 118.

²⁸ Idem, ibidem. p. 119.

²⁹ Idem, ibidem. p. 120.

³⁰ CARVALHO NETTO, Menelick de. **Reflexões sobre a relação entre Constituição, povo e estado a partir da discussão de uma constituição para a Europa**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

court, mas como uma crise dos excessos de expectativas nela depositadas como integrantes de uma determinada concepção histórica de Constituição não mais sustentável em face da comprovação vivencial de suas implausibilidades. (...) O grande desafio que a nossa época nos coloca, tanto no Brasil quanto na Europa, é o da reconstrução de uma teoria da Constituição que seja capaz de enfrentar esses riscos de forma consistente, sem aniquilar a própria conquista evolutiva consubstanciada na intervenção da constituição formal, ou seja, apta a superar a pequenez da doutrina privatista do Estado Liberal e a pretensão excessiva da doutrina constitucional do Estado Social, ao não acolher um conceito de Constituição como uma simples barreira ao Estado e ao recusar igualmente a pretensão abusiva de que a constituição possa nos dispensar da política ao invés de canalizá-la, juridicizando a política.

O surgimento de problemas comuns a mais de uma ordem jurídica, exigindo modelos normativos diversos, não é algo novo. Aquela questão que era facilmente resolvida conforme normas de direito ordinário interno e tratados ratificados por Estados, inclusive com a previsão de homologação de atos jurídicos praticados inicialmente à luz de outra ordem, transformou-se profundamente com a proliferação de ordens jurídicas e a emergência de casos jurídicos de outros territórios relevantes para diversas ordens jurídicas: a atenção que essas dão, simultaneamente, a danos ambientais, a violação dos direitos humanos ou fundamentais, entre outras questões, faz da emergência de casos comuns um problema cotidiano que atinge o próprio nível reflexivo e a identidade das ordens envolvidas.

3. O MODELO DE INVOCÇÃO DOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS ESTRANGEIROS

Sob o ponto de vista da jurisdição internacional, a tarefa dos juízes chegou à máxima complexidade porque, invariavelmente, resolver problemas concretos implica transbordar o próprio sistema jurídico, contribuindo para a construção de um direito cuja eficácia ultrapassa as fronteiras nacionais. Dessa forma, no amplo cenário das jurisdições regional, supranacional e internacional, surgem novos modelos de juízes que buscam

solucionar fenômenos inteiramente desconhecidos, muitas vezes sem qualquer orientação normativa, o que os leva a inspirarem-se nas jurisdições nacionais³¹.

Observa-se entre os mais diversos tribunais de vários Estados um desenvolvimento, de maneira cada vez mais frequente uma conversação constitucional mediante referências recíprocas, as decisões de tribunais de outros Estados. Além do fato de que as ideias constitucionais migram mediante legislação e doutrina de uma ordem jurídica para outra, a uma ligação de problemas que exigem um diálogo constitucional no nível jurisdicional, sobretudo através de desenvolvimento de tribunais constitucionais ou cortes supremas.

Nesse contexto, o fenômeno da internacionalização do direito confronta os juízes nacionais com uma realidade, na qual não se pode mais ignorar a existência de um conjunto de instâncias jurisdicionais regionais e internacionais que poderão auxiliá-los nas soluções dos conflitos. Trata-se de um fenômeno relativamente recente que provoca a permeabilidade do direito, mas que acaba por atingir também as demais jurisdições, que não só as estatais³².

Não se trata simplesmente de constatar que as decisões tomadas no âmbito de uma ordem estatal influenciam outras ordens estatais e tem efeitos sobre outros cidadãos de outros Estados. Tampouco a questão utilizada como forma de referências recíprocas entre decisões de tribunais de Estados diversos. Mais do que isso, essa ligação entre ordens jurídicas importa que, em casos tipicamente constitucionais, as decisões de cortes constitucionais de outros Estados são invocadas em decisões de tribunal constitucional de um determinado Estado não só como forma de obtenção de precedentes, mas como elementos construtores da *ratio decidendi*³³.

Isso implica uma releitura dos fundamentos constitucionais da própria ordem que se toma como ponto de partida, transformando-se em uma nova visão constitucional. Historicamente, as referências aos textos, doutrinas e jurisprudência constitucional

³¹ LOPES, Jânia Maria; FLORES, Sadi. **O papel da jurisdição na efetivação dos direitos humanos**. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.150.

³² LOPES, Jânia Maria; FLORES, Sadi. O papel da jurisdição na efetivação dos direitos humanos. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.165.

³³ Neves, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 177-179.

estrangeira, em grande parte, têm sido expressão de bacharelismo, tendo se apresentado nos votos retóricos dos magistrados como prova da erudição, sem nenhum vínculo de relevância argumentativa com o caso em análise. Não obstante, observa-se, particularmente na jurisprudência recente, a tendência de inclusão de referencia a textos constitucionais e precedentes jurisdicionais de Estados estrangeiros como parte não só do *obter dictum*, mas também da *ratio decidendi*³⁴.

No campo de atuação brasileira, mais recente, as ligações com outras ordens jurídicas vêm-se desenvolvendo sensivelmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Em decisões de imensa relevância em matéria de direitos fundamentais a invocação da jurisprudência constitucional estrangeira não se apresenta apenas nos votos singulares dos ministros, mas se expressa nas ementas de acórdãos, como parte da razão de decidir. No julgamento histórico do *Habeas Corpus* nº 82.424/RS, em 17 de novembro de 2003³⁵, o pleno do STF por caracterizar como crime de racismo a publicação de livro com conteúdo antissemitico (negação da existência do holocausto) e, portanto, sustentar a sua imprescritibilidade, indeferiu, por maioria, o pedido, no âmbito de uma discussão em que a invocação da jurisprudência constitucional estrangeira foi fundamental.

É válido analisar o julgamento da Ação Direta Inconstitucionalidade nº 3.510/DF, em 29 de maio de 2008³⁶, no qual se decidiu favoravelmente à utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia, rejeitando-se o pedido de declaração de inconstitucionalidade do art.5 da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei da Biossegurança). Nesse caso, em vários votos discutiu-se o direito de outros países. Inúmeros outros casos poderiam ser citados em que as decisões jurídicas estrangeiras invocadas, embora não façam por si só parte da razão de decidir, contribuem para a formação dos argumentos que a constituem. Nessa nova orientação, não se trata apenas

³⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.178-179.

³⁵ Decisão disponível no site oficial do Supremo Tribunal Federal: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarjurisprudencia.asp#\(H.C. n.82.424\)](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarjurisprudencia.asp#(H.C. n.82.424)). “Direito Comparado. 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 ou propaguem a segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia dos Estados Unidos que consagraram entendimento de que se aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizam a prática do racismo”.

³⁶ Decisão disponível no site oficial do Supremo Tribunal Federal: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarjurisprudencia.asp#\(ADI n.3.510/DF\)](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarjurisprudencia.asp#(ADI n.3.510/DF)). Acesso 13.01.2015.

de mera retórica, mas também de significativos debates no âmbito de uma conversação, interação entre decisões.

No Brasil, sinais já podem ser avistados, nas demandas protetivas do meio ambiente, da saúde, da educação, entre outros. O comportamento do STF tem sido o termômetro utilizado para medir tal fenômeno. E o trabalho de fertilização recíproca e o exercício da mentalidade alargada podem ser constatados na prática jurisdicional do STF, e tal fenômeno, ao que parece, tende a intensificar-se, especialmente em matéria de efetivação dos direitos humanos.

Essa visão de invocação e tratamento dos precedentes jurisprudenciais estrangeiros vem encontrando, mais recentemente, repercussão entre a doutrina. Nessa linha, por exemplo, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, ao versarem sobre a teoria dos direitos fundamentais, antes de analisarem casos da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, afirmam: “A comunidade jurídica brasileira tem a pretensão de atribuir verdadeiro caráter normativo à Constituição Federal, principalmente depois de tantas tentativas frustradas. O direito comparado desempenha, nesses contextos, o importantíssimo papel de apresentar, feitas as devidas adaptações, modelos aplicáveis ao direito constitucional brasileiro³⁷”.

Apesar de um apego, por parte da doutrina, a uma única experiência de jurisprudência constitucional estrangeira, a alemã, já se reflete, de certa maneira, a forte tendência do Supremo Tribunal Federal a uma linha de discurso com ordens jurídicas estrangeiras mediante as respectivas cortes constitucionais ou supremas. Mas também com outras preferências, a doutrina constitucional tem sido persistente a uma transformação nos moldes da nossa jurisdição.

Dessa forma ao enfrentar os problemas de discriminação dos homossexuais e da união estável entre pessoas do mesmo sexo, Daniel Sarmento usa como ponto de reflexão, em certa medida, o novo transconstitucionalismo jurisprudencial brasileiro, recorrendo às decisões de cortes estrangeiras, mas particularmente aos precedentes norte-americanos³⁸. Enquanto na esfera do Supremo Tribunal Federal o esse novo ideal pende para um diálogo

³⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 262.

³⁸ SARMENTO, Daniel. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In: Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan (Coords.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 619-59.

com o constitucionalismo alemão, ao plano da dogmática constitucional recente há um equilíbrio entre uma conversação com o constitucionalismo americano e o alemão, cujas influências são dominantes na experiência brasileira.

É bom, porém, que se tenha cuidado para que a inovação frequente da jurisprudência americana, alemã e de outras ordens jurídicas não constitua mais um episódio histórico de colonialismo no campo da cultura jurídica³⁹. Com isso, sairíamos, então, da importação acrítica de modelos legislativos e doutrinários para uma incorporação inadequada de precedentes jurisprudenciais. O que mudaria seria apenas o acesso mais fácil à jurisprudência estrangeira. Necessário é, portanto, que sejam feitas às devidas adaptações, para que não caiamos na arcaica titulação de ideias fora de lugar e sem nexo, ou seja, da jurisprudência e da doutrina constitucional deslocados do seu contexto jurídico e social.

Assim, observa-se que não há apenas referências ou invocações de precedentes jurídico-constitucionais de outras ordens jurídicas, mas também a avaliação da prática dos juízes e tribunais de outros países. Assim, por exemplo, as cortes americanas consideram, por um lado, que um tribunal chileno não seria um fórum adequado em virtude da falta de independência no regime militar; que um tribunal iraniano não seria fórum adequado por suposta parcialidade contra cidadãos americanos; e que um julgamento de corte romena seria inexecutável por não estar vinculado a um sistema de jurisprudência capaz de garantir uma administração imparcial da justiça⁴⁰.

O desenvolvimento de um diálogo constitucional entre ordens jurídicas estatais também dependem da emergência de negociação judicial. Como já comentado, pode fornecer a estrutura e as regras básicas para um diálogo global entre juízes no contexto de casos específicos. Evidentemente, há uma certa dificuldade para o funcionamento dessas formas de decisão, tendo em vista, entre outros aspectos, a competição e os mal-entendidos entre os magistrados e demais operadores do direito.

4. CONCLUSÃO

³⁹ MONTORO, André Franco. **Filosofia do Direito e Colonialismo cultural: transplante de institutos jurídicos inadequados à realidade brasileira**. In: Revista de Informação Legislativa, ano X, n.37. Brasília: Senado Federal, 1973. pp. 3-20.

⁴⁰ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 183.

O constitucionalismo internacional aponta para uma Constituição que tem fundamentos éticos, jurídicos e sociais que se encontram em todas as sociedades e em todos os seres humanos. Evidentemente, em vista da extrema variedade de condições materiais e de características culturais, seria impossível e mesmo contraditório a definição de uma Constituição-padrão, válida para todos os tempos e para todos os lugares. O que se faz necessário é que em cada circunstância o constitucionalismo leve em conta o conjunto de peculiaridades éticas, jurídicas e sociais do povo, sem perder de vista e sem afrontar tudo o que é essencial à pessoa humana para preservação de sua dignidade.

Enquanto critério básico de auto compreensão da ordem jurídica estatal, a Constituição não deve ser posta de lado pelos intérpretes-aplicadores do ordenamento constitucional, ou melhor, por aqueles incumbidos de concretizá-lo como ordem com força normativa, especialmente pelos juízes e tribunais constitucionais. Somente assim, encontraremos um caminho que busca a efetividade dos direitos humanos.

5. REFERÊNCIAS

AVELINO, Pedro Buck. **Constitucionalismo: Definição e origem**. São Paulo. 2007.

CANOTILHO. J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade: Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2008.

DALLARI. Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: Da idade média ao século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRIMM, Dieter. **A Constituição do Processo de desestatização** (Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung). In: Michael Brenner, Peter M. Huber e Markus Möstl (orgs.). **Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel: Festschrift für Peter Badura zum siebzigen Geburtstag**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **Reflexões sobre a relação entre Constituição, povo e estado a partir da discussão de uma constituição para a Europa**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

Decisão disponível no site oficial do Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarjurisprudencia.asp#> (H.C. n.82.424). “Direito Comparado. 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 ou propaguem a segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia dos Estados Unidos que consagraram entendimento de que se aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizam a prática do racismo”.

Decisão disponível no site oficial do Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarjurisprudencia.asp#> (ADI n.3.510/DF). Acesso 13.01.2015.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LOPES, Jânia Maria; FLORES, Sadi. O papel da jurisdição na efetivação dos direitos humanos. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**. São Paulo: Saraiva, 2009. MONTORO, André Franco. **Filosofia do Direito e Colonialismo cultural: transplante de institutos jurídicos inadequados à realidade brasileira**. In: Revista de Informação Legislativa, ano X, n.37. Brasília: Senado Federal, 1973.

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

SARMENTO, Daniel. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In: Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan (Coords.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris.