

## ÓBICES AO CONSTITUCIONALISMO COSMOPOLITA EM FACE DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

JOSE AIRTON CARNEIRO JUNIOR

Este trabalho tem por objetivo demonstrar a dificuldade de se alcançar um constitucionalismo cosmopolita ou cosmopolitismo jurídico, como muitos preferem chamar, no Brasil frente ao ferrenho apego das cortes brasileiras ao Princípio da supremacia da constituição o qual teve origem nas constituições escritas em decorrência das Revoluções Francesa e Americana, a exemplo do disposto no art. 6º da Constituição americana, dispondo que a Carta magna se encontra em posição superior aos demais atos normativos conferindo legitimidade e validade ao resto do ordenamento jurídico, sugerindo uma concepção de escalonamento das leis proposta por Kelsen . Apesar de o autor austríaco ter sugerido uma hierarquia piramidal entre as normas jurídicas, ao que tange o ordenamento jurídico internacional, esse defende que o Direito Internacional é a reunião de vontade de Estados a qual possui como fato gerador o costume construído pela conduta recíproca destes produzindo este microssistema por meio dos tratados, sendo, portanto, este ramo do Direito, uma ordem jurídica primitiva cujo último estágio de evolução é a formação de um Estado mundial, visto que na Teoria Pura do Direito, este defende uma ordem jurídica única na qual as normas internacionais seriam superiores as internas em decorrência de uma crescente centralização da unidade organizada de uma comunidade universal de direito mundial, tendo o escalonamento a função de evitar contradições, criando bases para o desenvolvimento da teoria do monismo.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, houve o surgimento de novos entes soberanos e que editaram normas as quais se incorporariam e vinculariam os estados nações, na figura dos órgãos internacionais incumbidos da proteção dos Direitos Humanos como a ONU no âmbito mundial, bem como no âmbito regional a Corte Interamericana de Direitos Humanos, os quais possuem a incumbência de promover e zelar pelo cumprimento dos Direitos Humanos. Somasse a isso, uma sociedade globalizada e inserida na era da Informação, além da formação de uma grande comunidade global conectada pela Internet e pelas Redes Sociais e que compartilham problemas e aspirações como leciona Manuel Castells, formou-se um ambiente no qual os instrumentos normativos fundadores destes sistemas internacionais de proteção passaram a coexistir com as leis fundamentais dos Estados existindo em um Estado, caso adepto do Tratado, mais de um instrumento normativo

garantidores de direitos, bem como mais de uma jurisdição. Nesse contexto, não se pode conceber um Direito constitucional cerrado às influências externas, justamente pelo fato de o Direito ser dúctil, pois como defende Zagrebelsky o texto constitucional é aberto devido à Carta Magna ser algo em construção a partir dos próprios materiais normativos proporcionados pela norma fundamental, ou seja, a constituição não pode ser encarada como algo acabado e concluso, pois para consagrar o pluralismo deve buscar-se diversas combinações. Por isso, deve-se buscar um diálogo entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional, entre o local e o global, pois como ensina Jerney Waldron, em uma sociedade globalizada, nossas aspirações também são unificadas e as eventuais violações de direitos também repercutem mundialmente, pois a sociedade conectada pela Internet é interconectada e, ao que tange ao Direito, as constituições são conectadas pelos Tratados Internacionais, já que, segundo o autor supracitado, quando os juízes e as cortes constitucionais utilizam em suas fundamentações o Direito Internacional, firmam a existência de modo de agir em rede. Nesse diapasão, surge a corrente denominada constitucionalismo cosmopolita na qual visa o intercâmbio de experiências entre cortes, o diálogo de propostas e soluções compartilhadas comparadas proporcionando um aprendizado compartilhado entre diversos ordenamentos jurídicos e que encontra respaldo na tese do constitucionalismo multinível de Ferrajoli, a qual prega que o constitucionalismo tradicional contempla apenas à perspectiva do ordenamento interno, resultando na ineficácia do texto constitucional nos diversos níveis dos poderes estatais, fazendo com que estas leis funcionassem como uma espécie de fachada, sendo necessária a conexão entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional.

Nesta senda, segundo Slaughter, faz – se necessário que os juízes se utilizem dos dois microsistemas enquanto fontes, desconstituindo a própria teoria da ordem jurídica estatal, formando uma espécie de comunidade global de tribunais baseada no intercâmbio entre elas na resolução de casos por meio do compartilhamento de experiências entre cortes e sistemas de proteção internacional dos Direitos Humanos. O Brasil, apesar de ser um país signatário de diversos tratados internacionais, é um país o qual possui tímida utilização de precedentes internacionais em comparação com os Estados Unidos, país o qual apesar de resistente em assinar acordos internacionais por força do art. 6º da Constituição Americana infra mencionado, possui diversos casos resolvidos com base na jurisprudência de países como Jamaica, Inglaterra e Zimbabue. Neste sentido, consoante pesquisa do professor Virgílio Afonso da Silva, o Brasil se utiliza de precedentes como caso Lüth, caso Lebach, caso Marbury vs. Madison, famosos nas cortes constitucionais alemã e americana,

respectivamente. No entanto, muito pouco se utiliza precedentes de países vizinhos ou da própria Corte Interamericana de Direitos Humanos na fundamentação de sentenças.

Isso ocorre pelo fato de o Brasil adotar uma postura de certa resistência para com a recepção das normas internacionais, bem como da jurisprudência estrangeira, buscando colocar o Direito interno sempre acima do Direito estrangeiro. Até a década de 1970, o país seguia a tese dualista, com relação ao status das normas de Direito Internacional, no entanto, com o julgamento do RE nº 71.154/71 e com o procedimento previsto no art.5º, §3º da CRFB e o disposto no art. 5, § 2 da Carta de Outubro de 1988, dispor que os direitos provenientes de tratados internacionais tenham aplicabilidade imediata, a interpretação que prevalece é a da supralegalidade desses instrumentos normativos caso não aprovados pelo quórum das emendas constitucionais, dando origem à um dualismo temperado, reforçando mais a ideia de apego à visão tradicional constitucionalista, promovendo a supremacia do Direito Constitucional em detrimento do Direito internacional. Todavia, segundo Magalhães, nem as teorias clássicas do monismo e dualismo e nem seus desdobramentos no Brasil são capazes de abarcar a complexa relação entre o Direito interno e o externo, sendo o Pluralismo Constitucional, a melhor opção. Por não admitir influências externas ao ordenamento jurídico pátrio que poderiam solucionar lacunas interpretativas existentes nos instrumentos normativos nacionais, ainda que a própria lei afirme que tal influência é aceita, ocorrendo o que Maués chama de (des) uso da supralegalidade, na qual na maioria das vezes quando a jurisprudência ou o instrumento normativo internacional é usado, não o é utilizado em sua essência original como no caso do reconhecimento da competência da Justiça Militar para o julgamento de civis a qual foi reconhecida pelo STF, contrariando o entendimento da corte Interamericana no caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, bem como no reconhecimento da lei de Anistia brasileira validada pela ADPF 153, mas rejeitada no caso *Gomes Lund vs. Brasil* e na não aplicação da OIT nº 169 no caso *Raposa Serra do sol*.

O Constitucionalismo Cosmopolita como método de interpretação, como afirma Daniel Sarmento, não visa a fundação de uma República mundial e nem a inferiorização do judiciário brasileiro perante as cortes internacionais, mas sim proporcionar a devida importância e criar meios para a construção de um sistema normativo que convirja uma diversidade de poderes democráticos partilhados em busca da construção de fluxo comunicativo entre os instrumentos normativos respeitando as peculiaridades existentes em uma sociedade democrática, sendo possível ser visualizada no diálogo entre o STF e as demais cortes superiores brasileiras, os precedentes da corte interamericana, bem como uma maior abertura aos instrumentos normativos de organismos Internacionais como a ONU, a

OIT e o próprio SIDH a fim de que haja uma maior efetivação dos direitos decorrentes desse diálogo de maneira a integrar esse arcabouço jurídico internacional ao ordenamento pátrio a fim de suprir lacunas interpretativas e não um isolamento do judiciário brasileiro marcado pela resistência ao Direito internacional.

PALAVRAS – CHAVE: TEORIA CONSTITUCIONAL, CONSTITUCIONALISMO COSMOPOLITA, DIREITO INTERNACIONAL

#### REFERÊNCIAS:

CASTELLS, MANUEL. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade.** Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Zahar, Rio de Janeiro, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo de hoje. Nascimento e crise do Estado Nacional.** Tradução de Carlo Coccioli; Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito.** Tradução: J.Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MAGALHÃES, Breno Baía. **Pluralismo constitucional interamericano: a leitura plural da constituição de 1988 e o diálogo entre o supremo tribunal federal e a corte interamericana de direitos humanos.** 2015. 385 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Belém, 2015. Programa de Pós – Graduação em Direito.

MAUÉS, A. M; MAGALHAES, B. B. (Org.). **O controle de convencionalidade na América Latina: experiências comparadas.** 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. v. 1. 32

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

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem internacional.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho.** 2ª. Ed. Belo Horizonte. Fórum, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso. **Integração e diálogo constitucional na América Latina do Sul.** In: Armin Von Bogdandy, Flavia Piovesan, Mariela Morales Antoniazzi (orgs.). *Direitos Humanos, democracia e integração jurídica na América Latina.* Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010

SLAUGHTER, Anne-Marie. **A Global Community of Courts.** *Harvard International Law Journal.* v. 44, 2003.

STRAUSS, David A. **The living Constitution.** New York: Oxford University Press, 2010.

WALDRON, Jeremy. **Foreign Law and The Modern *Ius Gentium*.** *Harvard Law Review.* V.119. n. 1., nov , 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil.** Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2007

\_\_\_\_\_. **El juez constitucional en el siglo XXI.** Trad. Eduardo Ferrer MacGregor. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional.* V. 119. n. 10, jul.-dic. 2008.

WALUCHOW, Wilfrid J., **A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree,** Cambridge University Press, Cambridge.2007