



O DIÁLOGO ENTRE CORTES  
REALIZADO PELO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL SOB A PERSPECTIVA DO  
PENSAMENTO DECOLONIAL

ARTHUR ALBUQUERQUE DE ANDRADE



Criação Editora

TÍTULO

O DIÁLOGO ENTRE CORTES REALIZADO PELO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOB A PERSPECTIVA DO  
PENSAMENTO DECOLONIAL

AUTOR

Arthur Albuquerque de Andrade

ISBN

978-85-8413-378-9

EDITORA CRIAÇÃO

CONSELHO EDITORIAL

Ana Maria de Menezes

Christina Ramalho

Fábio Alves dos Santos

Ítalo de Melo Ramalho

Jorge Carvalho do Nascimento

José Afonso do Nascimento

José Eduardo Franco

José Rodorval Ramalho

Justino Alves Lima

Luiz Eduardo Oliveira

Martin Hadsell do Nascimento

Rita de Cácia Santos Souza

O DIÁLOGO ENTRE CORTES  
REALIZADO PELO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL SOB A PERSPECTIVA DO  
PENSAMENTO DECOLONIAL

ARTHUR ALBUQUERQUE DE ANDRADE



**Criação** Editora

Aracaju | 2023

Copyright 2023 by Arthur Albuquerque de Andrade

Grafia atualizada segundo acordo ortográfico  
da Língua Portuguesa, em vigor no Brasil desde 2009.

O rigor e a exatidão do conteúdo publicado  
são da responsabilidade exclusiva dos seus autores.

Projeto gráfico  
Adilma Menezes

FICHA CATALOGRÁFICA

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
Tuxped Serviços Editoriais (São Paulo, SP)  
Ficha catalográfica elaborada pelo  
bibliotecário Pedro Anizio Gomes - CRB-8 8846

A554d Andrade, Arthur Albuquerque de  
O diálogo entre Cortes realizado pelo Supremo  
Tribunal Federal sob a perspectiva do Pensamento  
Decolonial / Arthur Albuquerque de Andrade. -- 1.  
ed. -- Aracaju, SE: Criação Editora, 2023.

92 p.

E-Book: PDF.

Inclui bibliografia.

ISBN 978-85-8413-378-9

1. Direitos Humanos. 2. Diálogo entre Cortes. 3.  
Pensamento Decolonial.

I. Título. II. Assunto. III. Autor

CDD 341.4191:342.3

CDU 347.991:341

ÍNDICE PARA CATÁLOGO SISTEMÁTICO

1. Tribunais superiores. Supremo Tribunal Federal (STF); Direito Internacional.
2. Supremo Tribunal Federal; Direito Internacional.

# Sumário

1.	A “DECLARADA” UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS.....	7
1.1	A relação recíproca do universalismo humanista com a religião, a política e a economia.....	9
1.2	Por que os direitos humanos são universais?.....	14
2.	PARA QUEM OS DIREITOS HUMANOS SÃO UNIVERSAIS? .....	17
3.	OS PARADIGMAS PARA A ELABORAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS.....	23
3.1	O velho paradigma: os enlances entre o jusnaturalismo, a modernidade, o iluminismo e o juspositivismo.....	24
3.2	Um novo paradigma pensado para a América Latina: a transmodernidade .....	27
3.3	A perspectiva do Pensamento Decolonial .....	32
4.	O PAPEL DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NA CONTEMPORANEIDADE.....	37
4.1	A ascensão do Judiciário frente à ineficácia dos paradigmas modernos .....	42
4.2	A legitimação democrática das Cortes Constitucionais por meio da argumentação .....	47
4.3	O déficit democrático do STF no que tange ao diálogo entre as Cortes da América Latina.....	51



5.	A COLETA DAS DECISÕES UTILIZADAS, NO DIÁLOGO ENTRE CORTES, NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	58
6.	RESULTADOS DA PESQUISA SOBRE AS MENÇÕES DE CORTES ESTRANGEIRAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	71
	REFERÊNCIAS.....	88

# 1.

## A “DECLARADA” UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

*Enquanto os homens  
Exercem seus poderes  
Morrer e matar de fome  
De raiva e de sede  
São tantas vezes  
Gestos naturais  
(Caetano Veloso)*

A positivação do ideário dos direitos humanos tal qual é concebido hodiernamente – em um sentido passível de flexibilizar a soberania dos Estados nacionais – remonta à Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU de 1948 (Paris, França), elaborada como reação às atrocidades ocorridas na Segunda Guerra Mundial, sobretudo no regime nazista. Aprovada por 48 votos, a Declaração surgiu com o objetivo de colmatar a lacuna deixada pela Carta da ONU (São Francisco, EUA), no que toca à previsão específica dos direitos humanos, os quais embora referidos, não foram devidamente discriminados (RAMOS, 2017, p.14). A DUDH destarte apresenta 30 artigos os quais detalham os mencionados direitos. Do artigo I ao XXI estão os de primeira geração/dimensão, respeitante às liberdades civis e políticas, a exemplo do

direito à vida, à integridade física, à propriedade, à liberdade de pensamento e de religião. No final, em apenas sete artigos, compreendidos entre o XXII e o XVII, estão os direitos de segunda e terceira gerações/dimensões – respectivamente, os sociais e os culturais – como o direito ao trabalho, à educação, à alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos, entre outros.

Historicamente, a Declaração de Paris encontra raízes em outro documento originário no mesmo sítio: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. No período, em decorrência da Revolução Francesa (1788 – 1799), movimento influenciado pelos dogmas do jusnaturalismo, consagra-se a liberdade e a igualdade de direitos como inerentes ao “homem”, aos quais caberia ao Estado Nacional garanti-los. Em desdobramento, a Carta Magna Francesa de 1791 passou a albergá-los no respectivo texto e a servir de modelo para muitas das Constituições posteriores (RAMOS, 2017, p.12). Com o transcorrer do tempo, esses ideais convertem-se em um dos principais axiomas em matéria de direitos humanos. Na DUDH, a possibilidade de ultrapassar as fronteiras dos Estados, o local onde até o momento eram pensados e positivados, eleva o suposto caráter universal dos citados direitos. Benvenuto (2015, p. 121) atenta ao título da Declaração, na qual a adjetivação “Universal” revela o escopo de alcançar para além dos âmbitos nacionais. O jurista pernambucano afirma a intenção da DUDH em ter uma “validade inquestionável e irrevogável”.



## **1.1 A relação recíproca do universalismo humanista com a religião, a política e a economia**

A pretensa universalidade atribuída aos direitos humanos pelas Nações Unidas é perceptível em grande parte do Ocidente<sup>1</sup>. Nesse contexto, vale destacar sucintamente o tratamento do tema na religião, na política e na economia.

O estudo em torno da religião adquire um aspecto singular, uma vez que é próprio das instituições religiosas tentarem se estabelecer como universais. Toma-se como referência a Igreja Católica, por ser a com maior número de adeptos na região (Ocidente). 59% dos americanos – nascidos na América –, 55% dos europeus (ocidentais), 25% dos oceânicos e 6,4% dos sul-africanos consideram-se católicos (PEW RESEARCH CENTER, 2014). A encíclica “Veritatis Splendor” de 1993, cuja autoria é do Papa João Paulo II, aduz a posição da Igreja na temática. Consoante Michael Perry (1997, p. 40, apud BENVENUTO, 2015, p. 121), a Carta Papal admite a existência de “normas objetivas de moralidade” atemporais, as quais transcendem os valores culturais ao reproduzir a essência da natureza humana. Ambiciona emancipar o “homem” das comunidades ou grupos nos quais está inserido, para então atingir a

---

1 Adota-se o conceito tradicional de Ocidente, o qual reúne a América, a Oceania, a África do Sul, a União Europeia, a Suíça, a Noruega e a Islândia (KURTH, 2004).

“verdade profunda do seu ser”, em plena realização da dignidade pessoal almejada.

Vale salientar: historicamente, a maioria das “civilizações” da Antiguidade não reconhecia no estrangeiro a natureza humana reputada aos membros das mesmas; a doutrina cristã inova ao inseri-los nesse paradigma, um marco na consagração da “universalidade” dos direitos humanos (RAMOS, 2017, p.24).

Na política, cabe analisar a posição dos Estados Unidos, Estado de notório relevo quando da elaboração da Carta da ONU. Segundo Demétrio Magnoli (2006, p.10), a própria idealização da ONU partiu de Franklin D. Roosevelt (1933 - 1945), então Presidente dos EUA. O preâmbulo da Declaração possui nítida inspiração no discurso do estadista: “Nós, os povos das Nações Unidas, determinados a libertar as gerações futuras do flagelo da guerra (...)”. O estadista ambicionava banir a guerra como estratégia para resolução de conflitos: “Mais do que o fim da guerra, nós queremos um fim para o início de todas as guerras [...]” afirmava. Nos ensinamentos do sociólogo paulista, nenhuma outra nação adotou com tanta persistência e continuidade esse discurso. Desde Thomas Jefferson (1801 - 1809), a guerra é anunciada como uma medida abominável, “o pior flagelo da humanidade”, resultado da imperfeição das instituições políticas do estrangeiro. Na América Latina, essa lógica foi implantada na Doutrina da Segurança Nacional de Contenção instituída por Harry S. Truman (1945 - 1953).

Tratava-se de uma estratégia estado-unidense para conter a expansão do comunismo no “Terceiro Mundo”, regime político considerado inadequado, mormente na ótica da liberdade e da propriedade, cujo vilipêndio resvalaria nos direitos humanos. Truman alegava: “a segurança dos EUA está em jogo em qualquer lugar onde o comunismo ameaça impor-se aos povos livres (...)” (STEPHAN, 2016, p. 538). Em contraponto, a paz seria alcançada quando difundido o modelo sócio-político dos EUA. Nas palavras de George W. Bush (2001 – 2009), na inauguração do segundo mandato: “A melhor esperança para a paz no nosso mundo é a expansão da liberdade em todo o mundo”. O republicano argumentava ter os Estados Unidos a missão de promover “a defesa dos direitos humanos, a tolerância e o aprendizado”. Atualmente o Presidente Donald Trump, ao reformular os regulamentos adotados pelo antecessor Obama em relação a Cuba, argumentou o triste histórico do Estado caribenho de violações de direitos humanos como óbice à manutenção dos vínculos anteriormente estabelecidos.

De todo o exposto, nota-se a existência de determinados valores, propagados durante toda a história política estado-unidense, através dos quais seria possível evitar a guerra e alcançar a almejada paz. Esses valores estão expressos na Constituição dos EUA, cuja inspiração provém da Declaração de Independência de 1776. Nessa última, Thomas Jefferson defende: “Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas,

que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade”. Treze anos mais tarde, em 1789, o “Pai Fundador” esteve em Paris, onde provavelmente ajudou aos ativistas da Revolução Francesa na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (HUNT, 2009, p. 06). Ou seja, desde o final do século XVIII, observa-se um vínculo recíproco entre os preceitos presentes na formação dos EUA e o ideário humanista. Na DUDH, esse vínculo é perceptível tanto no aspecto da criação da ONU já explanado, quanto nos valores presentes nesse Diploma, justamente pela relação entre a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e a Declaração de Independência de 1776 – ambas produtos do jusnaturalismo moderno-iluminista.

No campo econômico, o universalismo teórico provém de diversas fórmulas, a maioria difundida pelo Consenso de Washington realizado em 1989 (GALINDO, 2006, p. 132). Nesse ano, economistas e Instituições financeiras, como o Banco Mundial, o Departamento do Tesouro dos Estados Unidos e o FMI, convergiam na criação de uma Nova Ordem Mundial, capaz de promover os direitos humanos, afetados pelas crises econômicas das últimas décadas. (PIRES, 2006, p. 20 – 29). Nesse escopo, o Estado deveria intervir o mínimo no mercado e na sociedade. A meta seria a liberação da economia das “ingerências normativas do poder público”, a fim de se estabelecer um ambiente equilibrado ao Estado no

que toca ao endividamento público (Vieira: 1999, p. 16-17; 41; Adda: 2004, p. 51-54; apud GALINDO, 2006, p. 132). Dentre as fórmulas aludidas, notabilizam-se (1) a disciplina fiscal, a qual consistiria em reduzir custos, ainda que sociais; (2) a desregulamentação das leis trabalhistas, com a preponderância dos acordos firmados entre empregados e empregadores; (3) a reforma tributária, pela qual haveria uma diminuição na carga tributária para os empresários; (4) a diminuição no protecionismo econômico e a conseqüente abertura para o mercado exterior; e (5) a privatização das empresas estatais, com o objetivo de aumentar o domínio da iniciativa privada (PIRES, 2006, p. 20 - 29).

As propostas elencadas acima são classificadas contemporaneamente como neoliberais (GALINDO, 2006, p.132). Na esteira dos termos formados pelo prefixo “neo” (do grego, “novo”), o neoliberalismo é uma corrente cujas diretrizes partem dos fundamentos e das respectivas críticas de outra corrente anterior, no caso, o liberalismo. Nessa linha, as raízes das ideias aludidas retomam ao paradigma do jusnaturalismo moderno-iluminista, já que a partir dele, Locke lança as bases do liberalismo, assentadas nos direitos do “homem” à liberdade e à propriedade. Esses valores são considerados pelo filósofo inglês como legitimadores do Contrato Social e conseqüentemente da própria existência do Estado de Direito, tal qual implementado pelos movimentos constitucionalistas do século XVIII multicitados: a

Independência dos Estados Unidos, com a Declaração e Constituição erigidas, e a Revolução Francesa, responsável pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (COSTA, 2008, p. 35). Nota-se, portanto, uma correspondência de caráter universalista entre os valores liberais e o ideário humanista hodierno.

## **1.2 Por que os direitos humanos são universais?**

O fundamento da universalidade dos direitos humanos, seja na religião, na política, ou na economia, reside na suposta existência de uma natureza humana. Nesse sentido, Douglas Cesar Lucas (2009, p. 81 – 87) defende a moralidade comum do “homem” como base de sustentação dessa universalidade, a qual seria autônoma em relação a “leituras históricas particularistas e movimentos comunitaristas”. Em outras palavras, nega as tradições como sendo motivos suficientes para se aceitar determinadas práticas culturais e, logo, demonstra-se em patente oposição aos relativistas. Somente com a libertação da continuidade histórica, como legitimador dos eventos ocorridos na sociedade, o “homem” conseguiria fazer avaliações morais, jurídicas e econômicas capazes de revelar um senso razoável de justiça ou injustiça. Consoante o jurista, o próprio sentido dos direitos humanos é esvaziado ao se estabelecer uma dependência com as variações espaço-temporais, ou com as perspectivas particularistas do mundo religioso, políti-

co, econômico e etc. Isto porque o objetivo dos direitos humanos seria justamente proteger o “homem” desses vínculos estabelecidos culturalmente, caso eles sejam contrários ao ideário humanista.

Para debater sobre o dilema da universalidade e relatividade, Benvenuto, no artigo “Universalismo, relativismo e direitos humanos: uma revisita contingente” (2015), colaciona os posicionamentos de diversos pensadores da área, dentre os quais, convém agora expor Michael Perry e Jack Donnelly<sup>2</sup>.

Na visão de Perry (1997, p. 470, apud BENVENUTO, 2015, p. 122 – 123), todo ser humano seria sagrado. Em continuidade, o jurista alega haver coisas as quais não poderiam ser feitas a ninguém e coisas cuja realização seria imprescindível à preservação dessa natureza humana considerada sagrada. Em relação às primeiras coisas, elencá-las não é difícil: “não matar, não torturar, não estuprar, não discriminar, não prender ilegalmente, não praticar limpeza étnica, não fazer desaparecer pessoas”. O cerne da questão encontra-se nas segundas, as coisas as quais devem ser feitas. Para ilustrar, analisa-se a extirpação do clitóris, hábito praticado na África, no Oriente Médio e no sudeste asiático há 2 000 anos (Figueiredo, 2008). O caso assume conotações diferentes em cada cultura. Os critérios para considerá-lo como uma “coisa” contrária aos direitos humanos va-

---

2 Os demais serão contemplados em momento oportuno.

riam de acordo com o grupo ou comunidade encarregado do julgamento. Isto é, a conclusão parece revelar mais sobre o interlocutor e menos da ação em si. Perry não consegue contra-argumentar com eficácia quando autores relativistas aduzem a possibilidade de prazer na tortura corporal, executada com o consentimento dos envolvidos (BENVENUTO, 2015, p. 123 – 124).

A perspectiva da natureza humana é vista sob outro viés por Donnelly (2003, p. 89 – 92, apud BENVENUTO, 2015, p. 124 – 125). O cientista político refere-se ao relativismo cultural como um fato inegável e soluciona o dilema ao deslocar o caráter universal dos direitos humanos para o plano da proteção internacional. Na tentativa de conciliar o universalismo com o relativismo, uma vez que o primeiro nega a cultura como fonte de validade para os direitos humanos e o segundo confere essa validade por esse aspecto, Donnelly insere os mencionados direitos na normativa internacional, já que nesse campo a universalidade seria mais esperada. A intenção do cientista é impedir a perpetuação de certas práticas sob o argumento da força cultural, através de mecanismos internacionais de proteção ao ser humano.



## 2.

PARA QUEM OS DIREITOS  
HUMANOS SÃO UNIVERSAIS?

Ao se guiar pela natureza humana, tem-se como corolário dela a universalidade dos direitos humanos. Haveria uma moral universal na religião, na política, na economia e em outros âmbitos. Para os adeptos dessa ideologia, a própria existência dos direitos humanos estaria condicionada a valores os quais balizariam o ser humano nos campos elencados. Esse entendimento foi representado no subtópico anterior pelos estudiosos Douglas Cesar Lucas, Michael Perry e Jack Donnelly<sup>1</sup>.

Em divergência à concepção referida sobre a natureza humana, pela qual esta teria o poder de outorgar direitos aos indivíduos; Hannah Arendt (2006) assevera: seria o próprio direito o responsável por atribuir humanidade aos indivíduos. A lógica inverte-se: a natureza humana não seria a causa dos direitos humanos; essa natureza seria consequência, porque só poderia ser assim denominada, caso houvesse algum direito a protegendo *a priori*. A humanidade não seria um dado biológico, mas uma construção social. De acordo com

---

1 Ressalva-se: este último discursa pela universalidade na normativa internacional.

João Paulo Allain Teixeira, Fernanda Bragato e Daniel Romaguera (2014, p.04), essa construção ocorreu com o intuito de “colonização do mundo pelo Ocidente”, ou seja, o discurso universal (homogeneizante) dos direitos humanos torna-se, nessa perspectiva, um embuste para o domínio dos Estados do Norte sobre os do Sul. Isto posto, deve-se fazer uma crítica acerca do apresentado até o momento no que tange à política e à economia.

De início, a criação da Declaração Universal de Direitos Humanos. A Carta da ONU, em uma análise mais apurada, possui um conteúdo demasiadamente vago, passível de ser manipulado por quem detenha o poder para tanto. Indica-se a “linguagem fraca”, ao suscitar passagens do texto nas quais se infere a ideia de direitos humanos como um instrumento de ajuda e não propriamente de reivindicação de uns para com outros. De fato, o fulcro da elaboração da DUDH não era promover mecanismos de reivindicação para os Estados do Sul. Na época, inclusive, a maioria desses Estados eram colônias das potências europeias as quais assinaram a Declaração. Baldi (2004, p. 10) alude a esse aspecto ao salientar, primeiramente, a falta de ratificação de uma das duas convenções formalizadas, a respeitante aos direitos econômicos, sociais e culturais, em descompasso com o pacto dos direitos civis e políticos, devidamente ratificado; e, em segundo lugar, a concessão da ONU realizada à margem da autodeterminação dos povos – prevista no artigo 2º –, quando expressa a possibilidade

de um território “sob tutela, sem governo próprio” ou “sujeito a outra limitação de soberania”.

A linguagem adotada e a não ratificação da convenção citada não destoam do âmago da Carta. Pelo contrário, apoiam-se nos valores ínsitos nela, originários do narrado jusnaturalismo moderno iluminista, o qual lançou a base para a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, oriundas das Revoluções Burguesas as quais já foram exaradas. Nessa senda, invocam a lógica individualista da burguesia europeia e estado-unidenses, destoantes das necessidades e da cultura dos Estados do Sul. O próprio sítio da sede da ONU, em Nova Iorque, e de cada uma das Declarações mencionadas revela como se tem desenhado a geopolítica da ideologia dos direitos humanos. Esses direitos não têm como critério um universalismo global, mas o europeu e o estado-unidense.

Contemporaneamente, as conseqüências da geopolítica aludida são sentidas nos âmbitos nos quais se faz presente, explanados anteriormente. Vale voltar a se fazer uma breve análise em cada um deles, sob um viés o qual localize os Estados do Norte e os do Sul.

Na política, o plano dos Estados Unidos em promover os direitos humanos converteu-se, por vezes, em guerras e implantações de regimes ditatoriais, os quais suprimiram diversas liberdades, valor sempre formulado como indispensável pelos Governos daquele Estado – um

exemplo contundente no que diz respeito à América Latina, foi a Doutrina da Segurança Nacional de Contenção, citada nas páginas passadas. Nos dias atuais, a contradição na região é percebida pela postura do Estado no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Embora ofereça relevante suporte para a manutenção da Organização dos Estados Americanos; é o maior refratário quando se trata da adesão ao SIPDH, ao se recusar a assinar os tratados da área. Do mesmo modo, ao tempo em que são os principais investidores da Comissão Interamericana de Direitos Humanos – para a elaboração de relatórios sobre violações desses direitos na América Latina –, negam-se a seguir as decisões proferidas pela CIDH (FERREIRA, KOERNER, MACIEL, 2013).

Na economia, as fórmulas neoliberais, as quais se diziam efetivar os direitos humanos nas regiões onde fossem aplicadas, proporcionaram um ambiente fértil ao investimento e conseqüente lucro para os investidores dos Estados do Norte; dos quais os Estados do Sul tornaram-se dependentes. Como desdobramento, os povos destes Estados restaram-se excluídos das decisões socioeconômicas a eles referentes. Tais decisões são orientadas pela ordem internacional, ou seja, pelos Estados do Norte, cujos interesses, em relação aos gastos públicos não visaram favorecer políticas capazes de enfrentar a marginalização, desemprego, ou o subemprego desses povos (IBARRA, 2011). A pretendida efetivação dos direitos humanos não foi, portanto, alcançada.

A título de ilustração, cabe apresentar o relatório sobre o Desenvolvimento Humano de 1999, elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Embora esteja em um âmbito mais amplo (o mundial), os resultados corroboram com a exposição aqui realizada. Segundo o PNUD (IKAWA ; PIOVESAN, 2004, p. 79), a globalização econômica de caráter neoliberal vem contribuindo para o aumento das desigualdades sociais. A diferença da renda dos 20% mais ricos e dos 20% mais pobres, de todo o mundo, aumentou de 30 para 1, em 1960, para 74 para 1 em 1997. Em adição, indica o relatório: 20% da população mundial que vive nos países de renda mais elevada concentra 86% do PIB do planeta, 82% de todas as exportações do globo, 68% do investimento direto estrangeiro e 74% das linhas telefônicas. Por outro lado, os 20% mais pobres concentram apenas 1% do PIB mundial, 1% das exportações, 1% do investimento direto estrangeiro e 1,5% das linhas telefônicas (IKAWA ; PIOVESAN, 2004, p. 79). Na lição de Piovesan e Ikawa (2004, p. 79), essa exclusão constitui um grave comprometimento no que diz respeito à indivisibilidade dos direitos humanos. Salientam a negligência e o desprestígio dos direitos sociais fundamentais, integrantes do núcleo mínimo dos direitos humanos, pelos Estados neoliberais, para os quais a garantia desses direitos é vista, por vezes, apenas como um óbice ao funcionamento do mercado, à livre circulação do capital e à competitividade internacional.

Conforme explanado inúmeras vezes, a suposta universalidade dos direitos humanos, com as respectivas consequências na política e na economia – agora devidamente localizadas entre os Estados do Norte e do Sul – é esboçada pelo jusnaturalismo moderno iluminista, ao qual se acrescenta, por oportuno, a outra característica: o pertencimento ao continente europeu. Essa perspectiva entra em colisão com movimentos atuais os quais propugnam uma abertura maior à pluralidade de autores e às várias formas de expressão destes direitos (PERRY, 1997, p. 40, apud BENVENUTO, 2015, p. 123). Diagnosticar como o Supremo Tribunal Federal se localiza nesse embate é essencial para saber se cabe exigir dele uma mudança de postura, mais atenta a esses novos movimentos.

## 3.

OS PARADIGMAS PARA A  
ELABORAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Na lição de Gonçalves (2010), o ideal da modernidade é o projeto iluminista, segundo o qual, a humanidade sairia da “ignorância” da Idade Média e seria iluminada pelas luzes da razão, esta o meio para se tornar qualquer conhecimento válido. Por sua vez, o iluminismo teria sido influenciado pelo jusnaturalismo do século XVII, pelo qual não existiriam diferenças entre os “homens” naturais e eles seriam os únicos responsáveis pela própria felicidade. Já o positivismo jurídico encontraria no jusnaturalismo moderno iluminista a base a qual se lançaria, ainda que resultasse em uma filosofia com certas divergências em relação à jusnaturalista (HUPPFER, 2011). O paradigma do “homem” moderno é construído, portanto, a partir da interação, não necessariamente harmônica, entre o iluminismo, o direito natural e o juspositivismo. Convém perquirir sobre cada um desses elementos.

### **3.1 O velho paradigma: os enlaces entre o jusnaturalismo, a modernidade, o iluminismo e o juspositivismo**

A teoria do jusnaturalismo defende a existência de uma natureza humana única, da qual se extrairia normas universais e imutáveis para servirem aos institutos jurídicos. “Do Direito da Guerra e da Paz”, datada de 1625, de Hugo Grócio (2004) é reconhecida como uma das principais obras à fundação da teoria. Nela, o jurista conclui a possibilidade do direito ser racionalmente edificado, a ponto de possuir uma validade universal tais quais os axiomas matemáticos. Influenciados pela teoria do direito natural, os iluministas buscavam quais seriam os procedimentos racionais adequados para alcançá-la na prática. O direito, destarte, não poderia ser originário dos costumes de um povo, em geral, assistemáticos e preconceituosos; mas deveria ser elaborado pautado na razão e em resultados sistemáticos.

A Revolução Francesa marca tanto o ápice quanto o início da decadência do jusnaturalismo iluminista. De acordo com Costa (2008), ao se consagrar vitoriosa, a ideologia do direito natural abandona o tom contestatório e converte-se em conservador. Vencida a batalha, fazia-se mister organizar a sociedade dela oriunda. O direito não precisava mais ser justificado, mas sim positivado em lei. Aduz Costa (2008): “o jusnaturalismo perdeu espaço não por ser errado, mas por ser desnecessário”. A lógica jurídica não era mais voltada para a



legitimação da mesma; era dogmatizada, em um culto às codificações. O Código Napoleônico de 1804 foi um marco nesse período. Descartes contribuiu para esse processo de positivação ao sustentar o conhecimento da física e da matemática como fundamento do raciocínio científico. Nesse sentido, o Direito seria passível de ser identificado com a lei posta, a qual caberia ao juiz apenas revelá-la, através de uma interpretação técnica e exegetica. Sobressaem-se a previsibilidade e a segurança jurídica, em detrimento da justiça efetiva.

O positivismo jurídico, entretanto, não substituiu o jusnaturalismo, o qual se manteve silencioso e permeia até hoje o senso comum dos juristas. Costa (2008) defende essa perspectiva ao indicar a “sacralização” do direito positivo como produto das Revoluções Burguesas, cuja bandeira era a teoria jusnaturalista. No século XIX, o problema do direito não era mais fundamentação filosófica, porque esta já havia ocorrido através de uma série de símbolos supostamente universais. Além disso, as máquinas a vapor, as construções de ferro e a economia industrial tornavam arcaico qualquer questionamento filosófico do direito – essas novas tecnologias não pediam filósofos; clamavam por técnicos competentes para implementá-las.

Em posição parcialmente divergente, Bobbio e Kelsen opõem o direito natural ao positivo e negam a existência de valores universais e imutáveis. Desse modo, distanciam as duas correntes e entendem ser a segunda a mais apropriada para a ciência jurídica.

Para Bobbio (1995), o direito natural seria um equívoco e, portanto, inútil como fundamento de qualquer legislação na qual esteja balizada pelo ideal unânime de justiça, afinal, esta nunca conseguiria atingir a unanimidade. O filósofo italiano assinala as diferenças entre o jusnaturalismo e o juspositivismo, pelo meio o qual o direito é posto aos destinatários. O primeiro seria conhecido através de uma razão coletiva, dotada de uma ética única e de valores morais próprios. Já o segundo adviria de uma declaração de vontade alheia, expressa na promulgação da lei pelo legislador.

Kelsen (2001) critica o jusnaturalismo, pois rejeita a ideia das normas serem criadas a partir de valores transcendentais. Nesse cenário, adotar o direito natural como sendo a fundação do positivo é um equívoco, pois, em última instância, reduziria o segundo ao primeiro. Para o jurista austríaco, o direito positivo encontraria legitimidade em si mesmo.

Apesar da divergência, a importância e as influências do jusnaturalismo para a formação do direito moderno não é negada por nenhum dos dois teóricos. A cultura jurídica moderna foi constituída por ambas correntes, ainda que haja discussões acerca qual deva prevalecer. Nos ensinamentos de Boaventura de Souza Santos, ao direito então constituído:

(...) foi atribuída a tarefa de assegurar a ordem exigida pelo capitalismo, cujo desenvolvimento ocorrera num clima de caos social que era, em

parte obra sua. O direito moderno passou, assim, a constituir um racionalizador de segunda ordem da vida social, um substituto da cientificação da sociedade (SANTOS, 2000, p. 119).

Isto é, o direito moderno, resultado dos influxos jusnaturalista e juspositivistas, foi instituído pela burguesia dos Estados do Norte, a qual passou a priorizar a segunda corrente, quando a primeira não mais lhe era necessária. Todavia, saliente-se o traço comum: a aderência aos interesses desses burgueses, os quais mantiveram uma ideologia liberal, individualista e racionalista, projetada no iluminismo.

### **3.2 Um novo paradigma pensado para a América Latina: a transmodernidade**

Seja pelo jusnaturalismo, teoria necessária para legitimar os valores ambicionados nas Revoluções burguesas do final do século XVIII, seja pelo juspositivismo, adotado para assegurar-los, os sujeitos criadores desses valores representaram e continuam a representar os interesses capitalistas dos Estados do Norte. Apesar disso, os Estados do Sul foram e são submetidos à cultura jurídica edificada alhures, desde o final do século XV, quando é iniciada a colonização da América Latina pela Europa.

Nesse contexto, Dussel (2016) propõe situar os Estados do Sul, em específico, a América Latina quando da criação e da vivência da Modernidade. A proposta tem o

escopo de reconstruir a ideia de Pós-modernidade engendrada pelos estudiosos em 1980, cujo referencial ignorava a região em estudo e se concebia exclusivamente por uma perspectiva eurocêntrica. Para tanto, retomou-se ao próprio conceito de Modernidade, por um prisma “exterior”, “global” e não provinciano, como é o europeu e o estado-unidense.

Esse exercício passou de uma obsessão, iniciada no final de 1950, em situar a América Latina na história da humanidade, por um questionamento dessa história em si, a qual havia excluído a região. Ao adotar apenas a visão eurocêntrica, a história era distorcida não só no que diz respeito às demais culturas, mas também no tocante à própria cultura ocidental (DUSSEL, 2016).

Nas lições de Dussel (2016), a Modernidade começaria com a invasão da América pelos espanhóis no século XV, marco inicial da integração da Europa com o “sistema-mundo” (ocidental), não mais limitado pelas caravanas continentais, lentas e perigosas, mas expandido pelas grandes navegações, desbravadoras do Atlântico. O período é notabilizado pela “invenção” do sistema colonial, responsável por desenvolver na Europa o mercantilismo (gérmen do capitalismo) e fazer do continente o centro econômico-político do globo. A correspondência entre o capitalismo e o colonialismo da época denota aspectos de uma mesma realidade, na qual se compreenderia a Modernidade e teria a Espanha e Portugal como as nações integrantes da “Primeira Mo-

dernidade”. Essa hipótese opõe-se às interpretações da Modernidade adotadas pela maioria da Europa Central e dos Estados Unidos. O filósofo argentino indica uma série de argumentos para comprová-la:

De fato, a Primeira Modernidade, a Ibérica (1492-1630 aproximadamente), (...) inspirada pelo humanismo renascentista italiano, (...) e, logo depois, pela cultura barroca jesuíta, (...) que inaugura o pensamento metafísico moderno (Al-Yabri, 2001a; 2001b). Dom Quixote é a primeira obra literária moderna de seu tipo na Europa, cujos personagens têm cada pé em um mundo diferente: ao sul islâmico e ao norte cristão, na cultura mais avançada de sua época, iniciando a Europa moderna. A primeira gramática de uma língua românica era espanhola (...). Em 1521, a primeira revolução burguesa de Castela é esmagada por Carlos V (os moradores lutavam para defender suas jurisdições urbanas). A primeira moeda de prata mundial foi cunhada no México e no Peru, passando por Sevilha e, eventualmente, entesourada na China. É uma Modernidade mercantil, pré-burguesa, humanista, que começa a expansão europeia (DUSSEL, 2016).

Em continuidade, a “Segunda Modernidade” (1630 – 1688) seria identificada pelo desenvolvimento do capitalismo burguês nas Províncias Unidas dos Países Baixos. A “Terceira Modernidade”, corresponderia à da Inglaterra e na França, quando a Revolução Industrial e o Ilumi-

nismo levam os postulados modernos ao ápice, graças ao financiamento oriundo do colonialismo implantado na América Latina, o qual se propaga pela Ásia e pela África (DUSSEL, 2016).

No total, a Modernidade durou cinco séculos e significou o domínio europeu, a partir do século XV, na América e, pelos séculos XIX e seguintes, nos demais continentes. O colonialismo foi, portanto, determinante para fazer da Europa o centro político-econômico do planeta e para a construção da própria Modernidade. “O sistema colonial não podia ser feudal, (...) senão periférico de um mundo capitalista moderno, portanto, ele mesmo moderno” (DUSSEL, 2016). Dessa releitura da história do Ocidente, é relevante perceber a Modernidade não como sendo contemporânea a hegemonia europeia, mas como causa desta:

(...) a Europa moderna torna-se centro depois de ser ‘moderna’. (...) até 1789 (para dar uma data simbólica para o final do século XVIII) a China e a região do Hindustão tinham um enorme peso produtivo-eco nômico no “mercado mundial” (que produzia os bens mais importantes desse mercado tais como porcelana, tecidos de seda etc.) e que a Europa não poderia de modo algum igualar-se. A Europa não podia vender nada no mercado do Extremo Oriente. Só foi capaz de comprar no chamado mercado chinês durante três séculos, graças à prata da América Latina (principalmente do Peru e do México) (DUSSEL, 2016).

A hegemonia da Europa sobre o mundo começou na Idade Contemporânea, em 1789, e conta, por conseguinte, com apenas dois séculos. Os Estados europeus não conseguiriam, em um período tão curto, transformar profundamente culturas milenares, como as do Extremo Oriente (chinesa, japonesa e etc.), a bizantino-russa, a hinduísta, a islâmica e as da América Latina. Essas culturas foram colonizadas e, assim, negadas; porém não chegaram a ser aniquiladas. A rejeição por parte dos Estados do Norte foi reproduzida pelas elites dos Estados do Sul, as quais introjetaram os valores modernos/ coloniais (DUSSEL, 2016).

As culturas renegadas são bastante diversas entre si e guardam, com efeito, uma profunda alteridade em relação à cultura moderna europeia. Conquanto excluídas, permanecem vivas e, hodiernamente, por nunca haver se identificado com os valores entendidos como modernos, não podem ser consideradas “pós-modernas”. “São pré-modernas (anteriores à Modernidade), contudo contemporâneas à Modernidade e, logo, serão transmodernas. O pós-modernismo é uma fase final da cultura moderna euro-americana, o “centro” da Modernidade”. (DUSSEL, 2016).

Dussel (2016) apresenta então o conceito de “Transmodernidade” a fim de que nele sejam inseridas essas culturas não identificadas como modernas, ou muito menos, como pós-modernas. Para o filósofo argentino, a “Transmodernidade” não descarta os ganhos da Mo-

dernidade, entretanto, os avalia com critérios diferentes dos impostos pelos Estados do Norte. Em adição, ao levar em conta a assimetria das culturas renegadas à euro-americana, consegue um “autêntico diálogo intercultural”, rico em diversidade.

### **3.3 A perspectiva do Pensamento Decolonial**

A proposta de Dussel é alterar a perspectiva de crítica dos pós-modernos da razão em si e situá-la na razão dominadora e violenta, a qual manteve o colonialismo e subsiste na colonialidade. Nessa lógica, o pretensão universalismo dos direitos humanos não é negado como um todo, somente quando utilizado para a instauração e perpetuação da violência irracional efetivada pelo mito da Modernidade (DUSSEL, 1994). Um instrumento para essa crítica é o pensamento decolonial, cujo foco é a América Latina e o objeto é a produção de saber. O descolonialismo ambiciona uma ruptura eurocêntrica do conhecimento. Deve-se questionar a “universalidade” dos direitos humanos na origem, ou seja, no âmbito particular Europeu, quando assim foi adjetivado, no intuito de consagrar a hegemonia do continente, reconhecido como modelo e ideal de civilização na história do Ocidente (ROMAGUERA, TEIXEIRA, BRAGATO, 2015, p. 01 – 05).

Além de Dussel, notabilizam-se como expoentes do pensamento decolonial: a linguista estado-uniden-



se radicada no Equador Catherine Walsh, o antropólogo colombiano Arturo Escobar, o sociólogo peruano Aníbal Quijano, o sociólogo porto-riquenho Ramón Grosfoguel, o sociólogo argentino Walter Dignolo e o filósofo porto-riquenho Nelson Maldonado-Torres. Todos eles defendem a valorização de outros conhecimentos diversos daqueles de matriz europeia e norte-americana.

Para entender melhor o pensamento decolonial, devem-se apreender determinados conceitos. Entre eles, sobressaem-se para o objetivo da pesquisa: a “colonialidade”; a “colonialidade do poder” e a “colonialidade do saber”. Nos três parágrafos seguintes esses conceitos são explanados, um por um, na ordem indicada.

Nelson Maldonado-Torres (2007), ao conceituar colonialidade, a diferencia do colonialismo moderno. O colonialismo remete aos períodos históricos nos quais havia uma clara relação de metrópole e colônia. A colonialidade corresponde a um espectro mais amplo. Refere-se a um padrão de poder existente no trabalho, no conhecimento, na autoridade e nos demais setores da sociedade. A colonialidade é o resultado do colonialismo – as sequelas da dominação da época colonial. Maldonado-Torres (2007) cita como exemplo os critérios para um bom trabalho acadêmico. Muitas vezes esses critérios são elaborados pelos Estados do Norte e aplicados nos Estados do Sul, simplesmente porque se convencionou, desde a colonização, ter o Norte os melhores parâmetros para avaliação dos conhecimentos.

Tangente à colonialidade do poder, Quijano (2005) a descreve como a invasão do imaginário do outro. O invasor é o colonizador, o qual invisibiliza o imaginário do invadido, o colonizado. Essa invasão ocorre através de muitos métodos. Um deles é o da sedução, no qual o europeu cria um “fetichismo cultural” em torno da própria cultura para estimular os demais povos a idolatrá-la. Vale salientar: não necessariamente esse “fetichismo” é introjetado pela força física; podendo ser transmitido pela educação. O colono passa, então, a reprimir os modos de produção de conhecimento e os saberes diferentes dos produzidos pelo colonizador. Esses saberes são considerados “primitivos” ou “irracionais”.

O produto da colonialidade do poder é a colonialidade do saber. Segundo Mignolo (2003), o “fetichismo” criado pela colonialidade do poder resulta na ideia da Europa como centro de conhecimento do mundo. Ou seja, todo o conhecimento deveria ser analisado sob o viés eurocêntrico, caso assim não fosse, não poderia ser considerado como científico e, conseqüentemente, não seria válido.

Após a definição dos conceitos supracitados, cabe introduzir a questão dos direitos humanos.

Em uma mentalidade colonizada, os Estados do Sul acreditam que nos Estados do Norte estão as respostas para as problemáticas em torno dos direitos humanos, uma vez que estes Estados teriam supostamente conseguido concretizá-los. O progresso humanista estaria

pautado, pois, por uma sistemática eurocêntrica. Como visto, essa sistemática vincula-se a processos colonialistas, os quais subjagam o conhecimento produzido pelos Estados do Sul. O intento epistemológico do pensamento decolonial é ultrapassar os paradigmas eurocêtricos dominantes até hoje na produção do saber.

O paradigma mencionado parte de uma abstração do homem (humano) de direitos – o homem europeu ou estado-unidense – e reduz a realidades distintas da qual esse homem está realmente inserido – a europeia ou a estado-unidense. São elaborados direitos (abstratos) os quais não correspondem às necessidades dos sujeitos localizados nessa vivência diversa, como a América Latina (DOUZINAS, 2007, p. 166 apud ROMAGUERA, TEIXEIRA, BRAGATO, 2015, p. 05). “Uma mulher negra do ‘terceiro mundo’ teria a mesma humanidade de um homem branco, heterossexual, proprietário e europeu” (ROMAGUERA, TEIXEIRA, BRAGATO, 2015, p. 06). A ineficiência do modelo europeu de direitos humanos para os sujeitos da América Latina, ou, a eficiência, caso o ponto de vista seja o europeu moderno/colonizador, resulta em um latino-americano de olhar colonizado:

O olhar que o colonizado lança para a cidade do colono é um olhar de luxúria, um olhar de inveja. Sonhos de posse. Tôdas as modalidades de posse: sentar-se à mesa do colono, deitar-se no leito do colono, com a mulher dêste, se possível. O colonizado é um invejoso. O colono sabe disto; sur-

preendendo-lhe o olhar, constata amargamente mas sempre alerta: “Eles querem tomar o nosso lugar.”: É verdade, não há um colonizado que não sonhe pelo menos uma vez por dia em se instalar no lugar do colono (FANON, 1968, p. 29, apud ROMAGUERA, TEIXEIRA, BRAGATO, 2015, p. 08).

Diante desse modo de agir do colonizado, descrita por Fanon, convém questionar a postura dos Ministros do Supremo. Ao invocar a jurisprudência de outro Estado, o Ministro acaba por situá-lo como modelo ao caso em debate no Tribunal. Frise-se: aquele o qual adota um determinado modelo deseja sê-lo. Nessa lógica, a preferência pelas Cortes dos Estados do Norte e o esquecimento em relação aos Tribunais dos Estados do Sul pode significar uma perpetuação do modo de agir referido. A pesquisa jurisprudencial tem por objetivo investigar se realmente existe essa preferência e, em existindo, saber em quais proporções ela ocorre.

## 4.

O PAPEL DAS CORTES CONSTITUCIONAIS  
NA CONTEMPORANEIDADE

Nos ensinamentos de Caprice Roberts (2007, p. 1 – 47 APUD LIMA, 2013, p. 158), a menção a decisões estrangeiras por uma Corte Constitucional – o denominado “cosmopolitismo constitucional” – pode ser caracterizada como uma das manifestações do ativismo judicial, por resultar no fortalecimento do Judiciário em uma rede de diálogos global. Exemplifica com a crítica do Justice Antonin Scalia, no caso *Lawrence v. Texas*. Segundo o então magistrado da Suprema Corte dos Estados Unidos, a citação do julgado da Corte Europeia de Direitos Humanos seria um ato correspondente ao ativismo judicial (ROBERTS, 2007, p. 1 – 47 APUD LIMA, 2013, p. 158). Nesse contexto, o debate acerca do ativismo judicial revela-se necessário para a proposta desse livro: analisar as menções do Supremo Tribunal Federal às demais Cortes Constitucionais.

O ativismo judicial é um fenômeno relacionado à expansão da jurisdição constitucional, fato presente na grande maioria das democracias de praticamente todos os continentes (VALE, 2015, p. 25 – 30). De acordo com Leite (2014, p. 02), na origem dessa expansão, está o controle de constitucionalidade, introduzido de modo

efetivo, primeiramente, nos Estados Unidos, no início do século XIX e, posteriormente, nos Estados europeus e latino-americanos, na metade do século passado. Nesse cotejo, por ter convivido mais tempo com o controle de constitucionalidade, pressupõe-se uma maior experiência da Suprema Corte norte-americana. O livro, inclusive, trabalha com a hipótese da discrepância temporal da experiência jurídico-política norte-americana sobre a latino-americana ser a responsável pela suposta deferência do STF para com a primeira. Pois bem, independentemente da comprovação ou refutação dessas hipóteses, vale perquirir acerca do ativismo supracitado e, principalmente, sobre a expansão da jurisdicional, uma vez que esse conceito abrange, além do próprio ativismo, a ideia da judicialização, ambos relevantes para a justificativa desse livro. Nesse sentido, vale diferenciar cada um dos termos mencionados.

Para Barroso (2008), a judicialização e o ativismo são “primos”: vêm da mesma família, mas não têm as mesmas origens. A judicialização decorreria do modelo constitucional adotado e não de uma deliberação política. Há judicialização quando a norma constitucional autoriza determinada pretensão efetivada pelo Judiciário. Em situação distinta está o ativismo judicial, o qual resultaria de um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, passível de interferir nas esferas do Executivo e do Legislativo. Como contraponto ao Ministro do Supremo, situa-se Streck (2013). Para o jurista gaú-

cho, o ativismo judicial não seria nada mais senão uma “vulgata” da judicialização. Em outras palavras: a diferença entre o ativismo e a judicialização seria a maior popularização do primeiro termo, quando comparado ao segundo; na essência, contudo, corresponderiam ao mesmo fenômeno. Vale salientar, embora divirjam nas classificações, os dois doutrinadores concordam na existência da expansão da jurisdição constitucional. Sustentam haver, no cenário mundial das últimas décadas, uma transferência de poder tradicionalmente situado no meio político para o Judiciário. Ambos, aliás, ilustram o fato com o mesmo exemplo: o julgamento do caso *Bush v. Gore*, o qual definiu os rumos da eleição presidencial norte-americana de 2000. A discordância é retomada quando o cerne do debate pauta-se no juízo de valor da referida expansão.

Consoante Lima (2013, p. 140), de um modo geral, entre os juristas, o ativismo refere-se a um juízo valorativo negativo, utilizado como crítica doutrinária sobre a atuação da revisão judicial. Nesse diapasão, convém distinguir “a mera crítica política sobre o mérito das decisões judiciais” daquelas críticas cujo foco direcionasse à legitimidade da fonte jurídica suscitada na decisão (LIMA, 2013, p. 150). O cerne dessa segunda crítica é a dificuldade contramajoritária, consistente na suposta ilegitimidade dos tribunais para decidir questões pertinentes, em tese, a sujeitos respaldados pelo voto popular. É importante fazer essa distinção, porque caso se

confundam, o rótulo “ativismo/ativista” esvair-se-ia de significado. Isto é, ao se vincular o ativismo como uma “mera crítica política” contra determinada Corte, esse rótulo torna-se sinônimo de ruim e, como a definição de ruim retrata mais o sujeito do discurso e menos do objeto dele, a crítica revelaria mais sobre crítico e menos sobre a Corte ou a decisão dela oriunda. Leite (2014, p. 04) em citação indireta à Caprice (2007, p. 30), lembra: “sendo elevado o nível de subjetividade da crítica, o ativismo, assim como a beleza, estaria nos olhos de quem vê”. Por decorrência lógica, conclui-se: toda decisão jurídica ruim não necessariamente é ativista, porque há outros motivos os quais podem assim caracterizá-la. Resta investigar se o inverso procede: toda decisão ativista é necessariamente ruim? Nas palavras de Leite (2014, p.05): “uma decisão ativista não é necessariamente equivocada, nem (...) uma sentença proferida no exercício da autocontenção (...) necessariamente correta”. Para o constitucionalista, a ordem jurídica, em certas circunstâncias, exige posturas mais ativistas do Judiciário. Nessas hipóteses, a adoção de uma postura mais contida, além de ilegítima, poderia provocar retrocessos em âmbitos cuja ação expansiva da jurisdição constitucional tem se mostrado positiva (LEITE, 2014, p. 05 e 06). Conclui-se, portanto, não ser toda postura ativista necessariamente ruim e vice-versa.

Diante de todo o exposto, situa-se o livro. Por ter como objeto de pesquisa a menção do STF a outros Tri-



bunais Constitucionais e sendo esse recurso, conforme já explanado no primeiro parágrafo, passível de ser entendido como ativista, o debate sobre o ativismo torna-se premente. A conclusão do parágrafo anterior revela a premissa da qual parte o livro no que toca ao tema: nem toda decisão jurídica ruim pode ser enquadrada como ativista, assim como nem toda decisão jurídica ativista pode ser compreendida como ruim. Saber em quais hipóteses faz-se presente o ativismo e, em quais delas, essa posição judicial é um risco ou, pelo contrário, uma necessidade, não integra o objetivo desse livro – sequer o tangencia. O fulcro da pesquisa é saber se o Supremo prefere a jurisprudência das Cortes Constitucionais da Alemanha e dos Estados Unidos, em detrimentos das latino-americanas e se essa preferência perpetua a colonialidade do saber e do poder. Para tanto, não interessa se as decisões analisadas são dotadas de um ativismo necessário, ou se extrapolam negativamente os limites estabelecidos para o Judiciário. Basta firmar o entendimento do ativismo como o “estado da arte” no debate hodierno da expansão da jurisdição constitucional (LIMA, 2013, p. 140), pois essa conjuntura, como afirmado no segundo parágrafo, é um dos alicerces da justificativa do livro. Isto é, a avaliação de como ocorre o diálogo do Supremo com os demais tribunais é imprescindível justamente por se notar, nas últimas décadas, um recrudescimento da jurisdição constitucional. No próximo tópico, relaciona-se essa expansão com

os paradigmas trabalhados no capítulo anterior, a fim de garantir unidade para a pesquisa.

#### **4.1 A ascensão do Judiciário frente à ineficácia dos paradigmas modernos**

No capítulo anterior, foram trabalhados os paradigmas fundantes do direito moderno: o jusnaturalismo e o juspositivismo. Analisaram-se as tensões entre eles e como o segundo, o direito positivo, substituiu, mas também se fundamenta no primeiro, o direito natural. Foi narrado o momento dessa substituição: a partir da vitória das Revoluções Burguesas do final do século XVIII. Pois bem, o processo de positivação do direito significou a identificação dele com a lei posta, tendo o juiz a função exclusiva de revelá-la, por uma interpretação exegética. Gonçalves (2010, p. 56 – 62) explica a importância da lei nesse período histórico. A formação do Estado moderno francês – cujas bases são lançadas na Revolução Francesa – significou a superação das estruturas sociais estratificadas da Idade Média. Nesse escopo, o sistema político possui destaque, já que é o “legislador racional” – nos termos de Montesquieu – quem consegue adaptar a lei aos distintos contextos sociais e, em consequência, equalizá-los, em um exercício de universalização, necessário para promover a razão iluminista (GONÇALVES, 2010, p. 56 – 62). Em termos práticos: a lei é enaltecida no juspositivismo, pois consegue retirar os privilégios

dos nobres e igualá-los, em tese, aos burgueses, afinal, todos são franceses e, assim sendo, deveriam se guiar pelas mesmas normas, as quais são escritas tendo em vista a pretensa razão antropocêntrica do iluminismo. As demais Revoluções Burguesas, em maior ou menor grau, também se pautaram na lei como elemento fundante dos modelos políticos ambicionados.

No que diz respeito à ascensão da lei, acrescenta-se ao paradigma do juspositivismo – trabalhado no capítulo anterior e agora lembrado – o do liberalismo. Ambos convergem no tratamento conferido à lei, sendo o juspositivismo preponderantemente alusivo à forma – lei posta, escrita, codificada – e o liberalismo ao conteúdo: invoca os direitos de defesa, os quais remetem à proteção da autonomia privada, a exemplo do direito à vida e à propriedade. Em um âmbito maior, seja pela forma, seja pelo conteúdo, a lei serviria para combater o arbítrio estatal e, por conseguinte, proteger determinadas liberdades dos cidadãos – na prática, dos burgueses. Como desdobramento da função da lei, ou função legislativa, surge o princípio da separação dos poderes. Seguindo a direção dessa época, séculos XVIII e XIX, o esquema clássico de divisão de poderes reservava um lugar de destaque para a lei e, por lógica, para o legislador. Somente a lei, votada e aprovada pelos representantes do povo, obrigaria. O papel do juiz deveria ser neutro, limitado a fazer a subsunção do fato à norma, sem quaisquer referências sociais, éticas e po-

líticas (CAMBI, 2010, p. 175). No entanto, atualmente, o paradigma juspositivista vem se provando insuficiente para o Direito, uma vez que o legislador não consegue acompanhar a velocidade do desenvolvimento técnico-científico das denominadas “sociedades pós-modernas” (TORRENS, 2003).

Toma-se por marco inicial da crise positivista o segundo pós-guerra, especificamente o julgamento, no Tribunal de Nuremberg, das barbáries cometidas pela Alemanha, cujo argumento de defesa foi o amparo legal dos atos engendrados pelo nazismo (PIOVESAN, 2003, p. 188). Diante dessas circunstâncias, tem-se a crise do Legislativo, cujo resultado é a expansão do Judiciário. Barroso (2008, p. 01) aduz: “(...) desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo”.

Contemporaneamente, não há mais a percepção da lei como instrumento da vontade popular, voltada a efetivar a igualdade entre os sujeitos e capaz de garantir sozinha os direitos fundamentais, ainda que os restrinja aos direitos de defesa. Como assevera Cambi (2010, p. 183), concebe-se a lei como um resultado de “grupos de pressões (representantes de empresários, ruralistas, religiosos, sindicalistas, servidores públicos, etc.) e de mecanismos de votação ilegítimos (v.g., voto das lideranças)”. Esse cenário pede uma reformulação do con-

torno desenhado à separação dos poderes quando do surgimento da teoria na modernidade. A título de ilustração: não há mais limites claros entre o Executivo e o Legislativo; hoje em dia, a separação mais relevante ocorre entre a maioria governamental e a oposição, as quais incluem tanto os parlamentares quanto os membros da Administração (CAMBI, 2010, p. 183 – 186). Cabe avaliar como o Judiciário tem se firmado nessa nova perspectiva.

No Brasil, nas últimas décadas, o Judiciário deixou de ser um “departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político” (BARROSO, 2008, p. 3 e 4). O Ministro do Supremo aponta três causas: (i) a redemocratização, cujo produto máximo foi a Constituição de 1988, a qual expandiu o Poder Judiciário; (ii) a “constitucionalização abrangente”, a qual acabou por transformar inúmeras matérias políticas em jurídicas; e (iii) o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade – mencionado no início do capítulo –, um dos mais amplos do mundo, por combinar os sistemas americano e europeu, capaz de levar qualquer questão política, social ou moral relevante ao STF (BARROSO, 2008, p. 3 e 4). Além dessas três causas, Leite (2014, p. 02) também cita a centralidade dos direitos fundamentais no sistema jurídico atual e o reconhecimento da força normativa dos princípios. Esses dois fatores contribuíram para a expansão da jurisdição constitucional, pois ofertaram aos magistrados outros

parâmetros, diferentes da letra da lei, para decidir os conflitos a eles dirigidos e, desse modo, ampliaram as possibilidades jurídicas para a resolução dessas contendas. Por fim, Streck (2013) lembra o Novo Código de Processo Civil, publicado em 2015, como um dos contributos à analisada expansão. Para o jurista, o novo diploma processualista institucionaliza “o julgamento sem base concreta” e permite o Judiciário julgar teses ao invés de casos, em uma atividade muito similar a do legislador.

Nesse ponto, convém direcioná-la ao objetivo geral: a pesquisa documental sobre a preferência à jurisprudência norte-americana e alemã, em detrimento da latino-americana, pelo STF. Isto porque, conforme se detalha na metodologia, os objetivos específicos desse capítulo já foram alcançados. O primeiro foi fazer um recorte do objeto de estudo, ao se demonstrar a prescindibilidade do livro defender ou atacar o ativismo judicial. Não é necessário adotar uma corrente mais favorável ou mais crítica em relação a essa realidade, quando o questionamento não é o próprio poder ou a legitimidade da jurisdição constitucional, mas o *como* esse poder é exercido. O segundo objetivo foi encerrar a justificativa do livro, cuja exposição inicial ocorreu no capítulo anterior. É mister o debate sobre *como* o STF vem decidindo, devido à expansão da jurisdição constitucional. Esta ficou clara tanto quando foi enquadrada com os paradigmas trabalhados no capítulo anterior, relacionados à concepção moderna de lei, como quando cotejada com fatos históricos mais

recentes, elencados por Barroso (2008), Leite (2014) e Streck (2013). Passa-se, então, a investigar o papel do direito comparado nas decisões judiciais, por serem esses o objeto do objetivo geral da pesquisa.

#### **4.2 A legitimação democrática das Cortes Constitucionais por meio da argumentação**

Na lição de André Rufino do Vale (2015, p. 131), a citação a fontes jurídicas de outro ordenamento jurídico nas decisões judiciais pode ser encarada como uma espécie de argumentação, denominada de “argumentação comparativa”. Para o constitucionalista, esse tipo de argumento assume características de um argumento de autoridade e também de um argumento por analogia. A autoridade seria identificada no ordenamento jurídico estrangeiro cujo prestígio fosse capaz de convencer o interlocutor. Já a analogia constaria quando se reverencia soluções encontradas em ordenamentos jurídicos distintos para casos semelhantes ao debatido no julgamento (VALE, 2015, p. 131 e 132).

Nesse sentido, Vale (2015, p. 37 – 39) desloca o cerne do debate “constitucionalismo *versus* democracia” – típico no campo do ativismo judicial. Ao invés de se preocupar em legitimar a atuação das Cortes Constitucionais a partir de definições teóricas em torno de quais seriam os poderes a elas atribuídos; focaliza em como elas os exercem. Seguindo essa orientação, refe-

re-se às práticas argumentativas como “um dos aspectos cruciais de legitimação” da atividade institucional dos Tribunais Constitucionais, pois “levam consigo as razões justificadoras dessa atividade e de seus resultados decisórios, e assim se submetem constantemente à (re)avaliação de diversos auditórios (...) presentes (...) na comunidade democrática” (VALE, 2015, p. 38).

À ideia da argumentação como legitimadora (democrática) de uma Corte Constitucional, soma-se a concepção de “representação discursiva” elaborada por John Dyzek (VALE, 2015, p. 49). Trata-se de uma teoria de democracia, a qual diferencia a representação de pessoas e de discursos. Dyzeck adota como premissa a incapacidade da representação de pessoas, baseada na categoria *demos*, em apreender as diversas facetas da política contemporânea nos âmbitos onde os limites das “entidades políticas soberanas nacionais” estejam superados e nos quais se produza uma pluralidade de discursos (econômicos, sociais, trabalhistas, etc.), não mais expressos exclusivamente pela via eleitoral (VALE, 2015, p. 49). Como causa, o professor inglês aponta a psicologia discursiva, segundo a qual “a subjetividade é complexa e multifacetária, de modo que cada indivíduo pode estar engajado em múltiplos discursos (algumas vezes concorrentes entre si)” (VALE, 2015, p. 50). Chega-se, logo, à seguinte conclusão:

Uma teoria democrática (...) que leve a sério essa complexidade do indivíduo integralmente con-



siderado seria (...) superior em relação às outras (como as de corte liberal) que tratam os indivíduos desconsiderando-a por completo. Assim, mais importante (para uma democracia deliberativa) do que a representação de todos os indivíduos seria a representação de todos os discursos relevantes (VALE, 2015, p.50).

Diante disso, destaca-se a retórica. Não a retórica dos discursos emotivos cuja finalidade é manipular as massas, mas aquela concebida na antiguidade clássica. Nessa linha, a retórica seria compreendida como o elemento de adesão entre o argumento e o respectivo público-alvo. Passa a ser, portanto, a peça-chave na representação dos discursos. A partir dessa conclusão, alguns autores reconhecem a representatividade democrática de instituições não majoritárias – como as Cortes Constitucionais – já que elas, embora não se estabeleçam pelo voto popular; baseiam-se na retórica enquanto técnica argumentativa para as deliberações a elas atribuídas (VALE, 2015, p. 49 – 54).

Em síntese, pode-se estabelecer duas correntes de pensamento, as quais convergem para o mesmo fim. A primeira é: (1º) a citação a ordenamentos jurídicos estrangeiros é uma técnica de argumentação; (2º) a argumentação pode legitimar, sob o viés democrático, um Tribunal Constitucional, pois expõe as razões justificadoras da atividade jurisdicional e as submete à avaliação das comunidades (democráticas). A segunda é: (1º)

a representação dos discursos é mais efetiva, à democracia, se comparada à representação de pessoas; (2º) a retórica faz parte da representação dos discursos; (3º) a retórica integra a argumentação; (4º) a argumentação é um dos elementos imprescindíveis para a democracia; (5º) a argumentação, por fazer parte da representação dos discursos, legitima, na perspectiva da democracia, a atuação das Cortes Constitucionais.

Além das duas correntes supracitadas, há outras correntes doutrinárias para as quais a argumentação é concebida como elemento de legitimação democrática dos Tribunais Constitucionais. Robert Alexy (VALE, 2015, p. 52 - 54) está entre esses doutrinadores. De acordo com o jurista alemão, a tensão entre o constitucionalismo e a democracia, no âmbito da jurisdição constitucional é resolvida pelo conceito de “representação argumentativa”. Defende a democracia não como um sistema fundado apenas em decisões tomadas pela maioria (“democracia formal”), mas também na argumentação produzida em torno dessas decisões (“democracia deliberativa”). O resultado é a diferenciação entre a democracia do parlamento e a praticada nas Cortes Constitucionais. Enquanto na primeira, haveria tanto o respeito à maioria (“democracia formal”), quanto a preocupação em compatibilizar as decisões com os argumentos suscitados; na segunda, a representação adviria somente da técnica argumentativa.

### **4.3 O déficit democrático do STF no que tange ao diálogo entre as Cortes da América Latina**

Estabelecido o valor da argumentação para um Tribunal Constitucional, convém situar o objeto da pesquisa: o Supremo Tribunal Federal no contexto latino-americano. Para o estudo do objeto, adota-se como pressuposto o Parágrafo Único do Artigo 4º da Constituição (1988), segundo o qual: “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”. Esse dispositivo pode ser entendido como um discurso de ordem constitucional e, assim sendo, o STF deve agir como um representante desse discurso, quando da argumentação utilizada nas decisões pelo Tribunal proferidas. Esse dever existe no intuito de legitimar a própria instituição, já que, como explanado, por meio de uma argumentação capaz de representar discursos, mormente os de força constitucional, a Corte encontra respaldo democrático e resolve o multicitado embate “constitucionalismo *versus* democracia”.

Entre os muitos doutrinadores os quais debatem a possibilidade do Supremo funcionar como órgão capaz de representar o discurso constitucional da integração do Brasil com a América Latina, esse livro alinha-se às ideias defendidas por Virgílio Afonso da Silva (2010). Isto porque a integração por ele almejada é a “jurídica argu-

mentativa”. O constitucionalista não busca, pois, a integração latino-americana sob o tradicional ponto de vista da hierarquia ou da vinculação jurídica entre as Cortes da região. Pretende uma integração lastreada por um diálogo constitucional transnacional, no qual não sejam necessários documentos ou instituições comuns. Esse diálogo pode ocorrer de maneiras diversas. Silva (2010, p. 518) aponta as duas principais: os empréstimos e a migração de ideias constitucionais.

Na acepção de Silva (2010, p. 518 e 519), os empréstimos constitucionais adquirem um sentido bastante amplo. Extrapolam a ideia de simples transplante de regras escritas, comumente adotada na doutrina, e manifestam-se tanto no âmbito constituinte, como no jurisprudencial. Ademais, envolvem a importação de ideias ou teorias da Constituição. Por não corresponder à ideia comumente adotada pela doutrina, Silva (2010, p. 519) introduz o conceito de “migração de ideias constitucionais”, embora esse também não seja unívoco. Em outras palavras: em Silva (2010, p. 518 e 519), o significado de migração é o mesmo ao atribuído a empréstimo; essa diferenciação é feita com o fim de se adequar aos conceitos utilizados pela doutrina majoritária. Pois bem, empréstimos ou migrações constitucionais, o importante, nesse exercício, é o uso comum por mais de um Tribunal Constitucional do mesmo critério interpretativo. Nessa lógica, quanto mais tribunais valem-se dos mesmos critérios interpretativos, mais integrados eles estão. A

aproximação entre Cortes ocorreria não por legislações ou instituições comuns, mas pelo discurso jurídico, em um pleno diálogo efetivo. Em contraponto, Vale (2015, p. 130) só entende ser possível afirmar a existência de diálogo quando há “uma citação mútua de jurisprudências entre dois ou mais tribunais”. Para esse livro, a ideia de diálogo segue os preceitos de Silva (2010), para quem a importação de uma ideia constitucional é concebida como diálogo, afinal, há a participação de mais de um interlocutor, ainda que somente uma das partes mencione a outra.

No caso do Supremo Tribunal Federal, tem-se por hipótese a preferência do diálogo com o Tribunal alemão e o norte-americano, em detrimento das Cortes latino-americanas. Essa predileção é assinalada tanto por Silva (2010), como por Marcelo Neves (2014). O primeiro aduz:

No Brasil, (...), pouco se sabe o que ocorre nos países vizinhos e o que decidem seus tribunais. Às vezes sabemos o que é decidido no Tribunal Constitucional alemão ou na Suprema Corte dos Estados Unidos, mas não temos 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 (SILVA, 2010, p. 523).

Em consonância com Silva (2010), o jurista pernambucano atenta:

Na América Latina, há também uma velha tradição de referências a dispositivos, jurisprudências e doutrinas constitucionais estrangeiras. Embora a influência dos Estados Unidos, especialmente em virtude da forte influência do modelo constitucional desse país na origem do constitucionalismo latino-americano, tenha sido por muito tempo dominante, o direito constitucional dos países europeus e a respectiva jurisprudência passaram a ser invocados crescentemente, cabendo destacar a influência recente do constitucionalismo alemão. (NEVES, 2014, p. 198).

Assim como esse livro, Silva (2010, p. 528 a 530) também se preocupou em fazer uma pesquisa no banco de dados do STF para investigar a preferência suscitada. Uma vez que o artigo, no qual consta essa pesquisa, foi publicado em 2010, imagina-se que os dados coletados estejam compreendidos entre 1951, ano dos primeiros acórdãos disponibilizados ao público, e 2010. As instruções e os comentários aos dados colhidos por Silva foram transcritos integralmente – em citação direta –, no intuito de enriquecer o livro. Apresentam-se, pois, duas avaliações realizadas por sujeitos distintos: a primeira formulada por Silva (2010, p. 528 a 530) e a segunda a correspondente ao próprio livro. Segue a análise de Silva (2010, p. 528 a 530):

Uma pesquisa no banco de dados do Supremo Tribunal Federal dá uma ideia do cenário atual.

Foram procuradas decisões que fizessem menção à jurisprudência dos seguintes tribunais: Corte Interamericana de Direitos Humanos, Corte Suprema de Justiça da Argentina, Tribunal Constitucional do Chile e Corte Constitucional da Colômbia. Além desses tribunais, foram também pesquisadas referências à Suprema Corte dos Estados Unidos e ao Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, para se ter uma idéia da frequência com que se citam decisões de tribunais estrangeiros. Esse último passo é necessário porque um pequeno número de referências a decisões de tribunais de países da América do Sul ou à própria Corte Interamericana de Direitos Humanos poderia significar apenas e tão-somente uma prática decisória refratária à consideração de decisões estrangeiras em geral, como ocorre em alguns países do mundo, especialmente nos Estados Unidos. O resultado, no entanto, parece mostrar que o cenário não é exatamente esse. A tabela a seguir resume a situação:

Tribunal	Quantidade de referências
Corte Interamericana de Direitos Humanos	0
Corte Suprema de Justiça da Argentina	0
Tribunal Constitucional do Chile	0
Tribunal Constitucional da Colômbia	0
Suprema Corte dos Estados Unidos	80
Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	58

(...). Os números parecem ser auto-explicativos: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é altamente permeável a argumentos utilizados em alguns tribunais de outros países, mas ignora por completo a jurisprudência dos tribunais dos países vizinhos, que são justamente aqueles que, em alguns âmbitos, têm problemas - como a efetivação de direitos humanos - muito semelhantes aos brasileiros.

A pesquisa documental pode ser aplicada à base teórica fundada nesses dois últimos tópicos. Em rememoração: de início, teorizou-se sobre a capacidade dos argumentos utilizados pelas Cortes Constitucionais funcionarem como legitimadores democráticos das próprias instituições, em virtude deles representarem discursos. Os estudos de André Rufino do Vale (2015) foram fundamentais na construção dessas reflexões. Posteriormente, questionou se o discurso constitucional de integração do Brasil com a América Latina estaria presente nos argumentos das decisões do Supremo. Essa possibilidade foi trabalhada, com ênfase, pelos ensinamentos de Virgílio Afonso da Silva (2010). A pesquisa documental por ele realizada demonstra a ausência das Cortes latino-americanas nos argumentos dos Ministros do Supremo e, destarte, apontam para o descompasso entre o discurso constitucional e a representação desse mesmo discurso. Nesse cenário, registra-se como resultado um déficit democrático do STF.



A dimensão da relevância do déficit democrático para o Tribunal foi analisada nos dois primeiros tópicos do capítulo, quando se retratou a expansão da jurisdição constitucional, um fenômeno o qual redefine o papel do Judiciário no Estado. Nessa conjuntura, foi balizada a crítica feita ao Judiciário no campo do ativismo, cujo aspecto negativo está justamente relacionado à questão do déficit democrático desse Poder. Na composição dessas ideias, foram extremamente válidas as lições de Luis Roberto Barroso (2008), Lênio Streck (2013), Glauco Salomão Leite (2014), Flávia Santiago Lima (2013), Guilherme Gonçalves (2010), Eduardo Cambi (2010) e Haradja Torrens (2003). No próximo capítulo, a pesquisa passa a ser essencialmente documental. Lança-se sobre o banco de dados do Supremo para se perquirir sobre o diálogo do Tribunal com as Cortes latino-americanas, alemã e estado-unidense. Por fim, nas conclusões, estabelece-se uma ponte entre o aporte teórico construído até o presente capítulo com os dados auferidos no próximo.

5.

A COLETA DAS DECISÕES UTILIZADAS,  
NO DIÁLOGO ENTRE CORTES, NO  
ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL

Nesse capítulo, foram coletadas todas as decisões do STF nos últimos 05 anos e meio – entre primeiro de janeiro de 2012 a 30 de junho de 2017 – com alguma menção às cortes dos Estados latino-americanos, da Alemanha e dos Estados Unidos. Não se delimitou se a decisão era ou não referente a um direito humano, porque essa definição seria assaz subjetiva. Tomou-se como pressuposto o fato do Supremo, enquanto “guardião da Constituição”, estar, na maioria das vezes, decidindo conflitos cujos direitos envolvidos são fundamentais. Desse modo, via de regra, os acórdãos do STF tem como objeto, ainda que tangencialmente, os direitos humanos e, como afirmado, procurar quais seriam as exceções poderia trazer uma subjetividade indesejável para o livro.

Ademais, não foram colhidas as jurisprudências referidas por citação indireta de um doutrinador. Isto porque o objetivo dessa pesquisa é perquirir acerca do diálogo entre tribunais, sem intermediadores. Como exemplo, cita-se o acórdão da RE 583523 / RS, cujo trecho seguinte não foi analisado:

Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção : “a) dever de proibição (Verbotspflicht), consistente no dever de se proibir uma determinada conduta; b) dever de segurança (Sicherheitspflicht), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas; c) dever de evitar riscos (Risikopflicht), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico” (RICHTER; SCHUPPERT, 1996, p. 35-36. APUD BRASIL, STF, 2013).

Esse trecho compreende o entendimento da doutrina acerca da jurisprudência estrangeira e, seguindo a orientação já explanada, não será levado em consideração para os fins dessa pesquisa. Em situação oposta está a jurisprudência quando referida pela doutrina em citação direta, já que, nessa hipótese, o doutrinador serviu de mero instrumento para que o julgador tivesse acesso direto à jurisprudência mencionada. Nesse caso, o precedente será colhido.

Após a explanação acima, cabe analisar os critérios adotados para se avaliar essas decisões. Inicialmente se considera o aspecto quantitativo na análise dessas decisões. Saber em quantos acórdãos o Supremo fez referên-

cia a cada um dos tribunais relatados é de extrema valia para a pesquisa. A escolha por parte de um Ministro de determinado tribunal, seja para servir de fundamento, seja para servir de mera retórica ao voto significa, pelo menos, a não consideração dos demais tribunais (não escolhidos). Esse aspecto por si só é um forte indício sobre as preferências do STF quando do diálogo entre as cortes. A partir desse primeiro indício, parte-se, posteriormente, para a análise qualitativa, a fim de comprová-lo ou rejeitá-lo. Nesse momento, questiona-se sobre o grau de influência dos tribunais elencados no Supremo Tribunal Federal, afinal pode haver a situação de um tribunal ser mencionado muitas vezes no STF, mas não de modo a conseguir influenciar o mesmo, assim como um tribunal pode ser pouco citado, porém sempre com grande relevância para os votos dos Ministros. Embora essa hipótese não seja a esperada, deve-se alvitrá-la já que faz parte da investigação científica albergar os argumentos capazes de refutá-la (POPPER, 1987). Para se aferir a influência do precedente estrangeiro no Supremo, foram elaborados oito critérios. Cada um deles é descrito nos parágrafos seguintes.

O primeiro é modo pelo qual o STF faz referência à jurisprudência estrangeira, se por meio de: (a) citação direta; ou (b) citação indireta. A distinção é baseada nas normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), pelas quais a primeira consiste em uma transcrição literal do texto citado e a segunda em uma pará-

frase ou condensação dele. Importa perquirir sobre esse critério, porque na citação indireta já está contida certa interpretação por parte de quem a invoca, diferentemente da citação direta, cuja interpretação, se realizada, localiza-se em outra parte do texto. A citação indireta costuma ser um indício de preocupação do autor em elaborar uma versão da fonte referida com mais autenticidade e comumente com um vínculo maior com o objeto em pauta. Salienta-se: é mais um indício de uma determinada postura. Deve-se então procurar outros indícios para essa conclusão: a existência da preocupação do intérprete em adequar o precedente estrangeiro à decisão em julgamento. Esse é o âmago do quarto e do quinto critérios, os quais serão expostos no sexto e no sétimo parágrafo desse tópico.

O segundo critério é a localização do precedente judicial invocado, se (a) entre os votos vencedores; ou (b) entre os votos vencidos. Na linha da força argumentativa do precedente estrangeiro, analisa-se se ele costuma ser seguido (ou não) pela maioria do órgão julgador. Contudo, não se pode concluir a concordância de um(ns) Ministro(s) com o(s) outro(s), com base apenas nesse critério. Em outras palavras: um Ministro pode seguir ou rejeitar um voto, por outro motivo independente do precedente estrangeiro. Em virtude disso, procura-se também citar se os Ministros, ao seguir ou rejeitar o voto no qual o precedente foi invocado primeiramente, aludiu a esse recurso do direito comparado para se posicionar

de tal modo. Em havendo Ministros nesse sentido, os nomes deles são explicitados; caso contrário, não há necessidade de maiores observações. Além disso, relatar quais Ministros utilizam esse recurso é relevante para se distinguir se determinada conduta é uma característica da Corte como um todo ou se é de apenas algum(ns) Ministro(s) específico(s).

Como terceiro critério tem-se a função do precedente na decisão: se é de (a) *obiter dictum*; ou (b) *ratio decidendi*. A classificação entre *obiter dictum* e *ratio decidendi* é conhecida no direito processual e foi utilizada, no trabalho, a conceituada pelo jurista Luiz Guilherme Marinoni (2010). No ensinamento do processualista, “quando um fundamento é desnecessário para se chegar à solução de dada questão, em regra ele não é tomado a sério e efetivamente discutido pelos juízes, caracterizando-se facilmente, desta forma, como *obiter dictum*”. Por consequência lógica, quando um fundamento é necessário para se chegar à solução de dada questão, esse é classificado como *ratio decidendi*. Em outras palavras, nesse critério, ambiciona-se investigar se o precedente estrangeiro possui uma carga argumentativa essencial para a decisão, ou se o uso dele é desnecessário. O objetivo é saber quais Estados conseguem influenciar efetivamente as decisões dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Conforme vem se afirmando no trabalho, a hipótese é de uma preferência pelos Estados do Norte, em detrimento dos Estados do Sul.

O quarto critério investiga se houve preocupação em trazer a realidade do país de origem da decisão. As alternativas são excludentes: (a) sim ou (b) não. Nesse ponto, para tentar evitar, ao máximo, subjetivismos oriundos da interpretação do pesquisador, entendeu-se por “preocupação em trazer a realidade do país de origem da decisão” todo e qualquer aspecto desse país os quais estejam vinculados com o julgado aludido.

No quinto critério, indaga-se: houve uma preocupação efetiva em adequar o precedente estrangeiro à realidade brasileira? (a) sim ou (b) não. Assim como no anterior, para se evitar, ao máximo, subjetivismos oriundos da interpretação do pesquisador, entendeu como “adequação à realidade brasileira” toda e qualquer comparação com o Brasil realizada a partir do precedente. A título de ilustração, colaciona-se um trecho do acórdão referente ao HC 126292 / SP, no qual se nota o cotejo entre o precedente alemão e a realidade do Brasil:

Como já foi amplamente destacado aqui e tem sido objeto de ampla discussão e reflexão, nosso sistema é bastante singular, porque, ao contrário, por exemplo, do modelo alemão, não enseja o trânsito em julgado a não ser depois de ultimadas todas as providências verificadas no processo. Daí, termos visto o caso recente trazido ao Plenário, do ministro Dias Toffoli. Esses apelos, minúcias, expedientes, que vão ao extremo. No Direito alemão, uma Verfassungsbeschwerde, um recurso constitucional, já se lançaria

contra uma decisão trânsita em julgado. Foi, inclusive, o modelo que o ministro Peluso imaginou introduzir aqui, por proposta de emenda constitucional, dizendo, na fase da apelação, definida a apelação, já haverá trânsito em julgado (BRASIL, STF, 2016).

Vale salientar que esse trecho não foi considerado para os fins da pesquisa, por não ser uma construção jurisprudencial, mas sim constitucional, uma vez que a proposta de alteração, como imaginou o Ministro Peluso, seria realizada via emenda à Constituição.

Sobre a relevância do quarto e quinto critério, convém a lição de Neves, para quem a não adequação do direito comparado utilizado à realidade brasileira pode ser um “episódio histórico de ‘colonialismo’”:

É bom, porém, que se tenha cuidado para que a invocação frequente da jurisprudência americana, alemã e de outras ordens jurídicas não constitua mais um episódio histórico de “colonialismo” no campo da cultura jurídica (MONTORO, 1973; NEVES, 1992, p. 206). Passaríamos, 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. Fundamental é, portanto, que sejam “feitas as devidas adaptações”, para que não caiamos no velho rótulo das “ideias fora de lugar” (SCHWARZ, 2008, p. 9-31),



ou seja, da jurisprudência e da doutrina constitucional deslocadas do seu contexto jurídico e social (NEVES, 2014).

Segue-se ao sexto critério. Nele se questiona: houve comparação com outros precedentes estrangeiros? (a) sim (quais) ou (b) não. Esse critério é bastante objetivo: preocupa-se em saber se, no julgamento, outros precedentes estrangeiros foram suscitados, além daquele referente ao Estado analisado. Em havendo, mencionam-se quais.

No sétimo critério, a pergunta é se houve a preocupação em incluir o precedente estrangeiro no âmbito dos tribunais supranacionais. Como resposta, pode-se obter (a) sim (quais?); e (b) não. O cerne é contrapor os Tribunais americanos aos europeus, em um exercício semelhante ao adotado em relação aos Estados latino-americanos e a Alemanha e os Estados Unidos.

O oitavo critério avalia a finalidade do uso do direito comparado naquela decisão. Por ter uma notória carga subjetiva do pesquisado quando dessa avaliação, explicam-se agora quais são as possíveis finalidades desse uso e como elas são assim identificadas. As finalidades possíveis são: (a) mera retórica, (b) fundamentação e (c) convencimento aos outros Ministros. Como mera retórica, compreendem-se os precedentes estrangeiros sem vínculo direto com o objeto do julgamento no STF. Para “fundamentação”, foram considerados os julgados

estrangeiros com vínculo direto ao tema debatido pelos Ministros. Como “convencimento aos outros Ministros”, estão as jurisprudências estrangeiras as quais foram debatidas pelos Ministros, ou seja, aqueles julgados os quais não foram contemplados apenas no voto do Ministro suscitante, mas também no voto dos demais. Atento para o fato de ser o critério com maior carga subjetiva e, portanto, haverá necessidade de justificar, em cada um dos acórdãos analisados, o porquê da classificação dele em mera retórica, fundamentação ou convencimento aos outros Ministros. Os demais são mais objetivos, logo, apenas em alguns acórdãos os quais não haja tanta clareza na classificação, haverá a devida justificativa. Pois bem, abaixo seguem casos os quais esclarecem melhor cada uma dessas finalidades.

Exemplo de mera retórica é o precedente alemão invocado nesses dez julgados: HC 110603 / SP, HC 108527 / PA, HC 107848 / SP, HC 114544 / SP, RMS 31661 / DF, HC 126663 / MG, HC 131198 / SP, HC 132336 / MT, HC 118344 / GO, HC 110603 / SP. Todos foram analisados nesse livro. Utilizou-se o mesmo precedente estrangeiro (alemão) em cada um desses julgados, ainda que não houvesse convergência neles quanto ao pedido apreciado pelo STF e tampouco em relação ao decidido no Tribunal. O precedente invocado serviu apenas para conceituar, de modo assaz genérico, o princípio da ampla defesa, para, a partir disso, receber o tratamento desejado pelo Ministro responsável por invoca-lo, por

vezes, inclusive, em comportamentos dissonantes. Para clareza do exposto, segue abaixo a conceituação dada pelo Tribunal estrangeiro:

(...) no direito alemão, assinala o Bundesverfassungsgericht que essa pretensão (ampla defesa) envolve não só o direito de manifestação e o de informação sobre o objeto do processo, mas, também, o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar”. (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã – BVerfGE 70, 288-293; sobre o assunto, ver, também, Pieroth e Schlink, Grundrechte - Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis, Ulrich, Gusy, Christoph, Einführung in das Staatsrecht, 3. ed. Heidelberg, 1991, p. 363- 364 APUD BRASIL, STF, 2013).

Para ilustrar a utilidade de “fundamentação” do precedente estrangeiro, tem-se o HC 103425 / AM, analisado melhor em outro momento do livro. Nesse acórdão, a Ministra, responsável por suscitá-lo, delimita o sigilo das comunicações seguindo à risca o entendimento estrangeiro:

(...) A proteção do segredo das telecomunicações não vai além do alcance do segredo determinado pelos participantes e segundo a discricção destes. A garantia constitucional desse segredo não limita qualquer dos participantes na comunicação em seu direito de sozinho decidir se e em qual extensão ele vai manter a comunicação fechada ou irá garantir acesso a ela a um terceiro. (BHGSt 39,

335, at 338-39, 344-45, decisão de 08.10.1993, citada em THAMAN, Stephen C. Comparative criminal procedure: A casebook approach. Durham: Carolina Academic Press, 2002, p. 71 APUD BRASIL, STF, 2012)

A Ministra assim considerou o segredo das telecomunicações: sem limites quando um dos participantes decide revelá-la para órgãos do Estado.

Por fim, segue um exemplo de precedente utilizado para o convencimento dos Ministros. É a ADPF 347/DF. O A partir de uma criação jurisprudencial da Corte Constitucional Colombiana, acolhida no voto do relator, o Ministro Marco Aurélio, muitos dos outros Ministros passaram a seguir, com menção expressa, esse conceito colombiano. Essa ADPF será analisada em momento oportuno.

Perquirir sobre os motivos da menção à jurisprudência estrangeira é relevante, pois se verifica se determinadas ideias pré-concebidas condizem com a realidade. Entre essas ideias, destacam-se duas, as quais serão averiguadas, através da coleta da pesquisa jurisprudencial, nas conclusões. A primeira é: a causa do uso dos precedentes alemães e estado-unidenses, em detrimento dos demais, deve-se à experiência de ambos no controle de constitucionalidade. A segunda é a ideia oriunda do pensamento decolonial: a razão do uso da jurisprudência da Alemanha e dos Estados, em desprezo às latino-americanas, é um dos sintomas do pensamento colonizado do

Supremo. A hipótese do livro tenciona-se para a segunda ideia, até porque, como aduz Vale (2015, p. 39):

O constitucionalismo de origem ibero-americana sempre foi, e ainda é, um verdadeiro “laboratório” repleto de experiências institucionais inovadoras, como já reconhecem hoje em dias alguns estudiosos sobre o tema. E quando o assunto é, especificamente, a jurisdição constitucional, essas constatações não são diferentes. (...) ainda que a primeira ideia de garantia jurisdicional da Constituição tenha nascido nos Estados Unidos, os demais países do continente americano nunca foram sujeitos passivos das técnicas de fiscalização da constitucionalidade criadas nos contextos anglo-americano e europeu-continental. Ao contrário, apesar de tal fato ser desconhecido mundo afora, a América Latina, com a heterogeneidade e pluralidade que lhe é peculiar, representa um verdadeiro “laboratório constitucional” no tocante às técnicas de controle de constitucionalidade das leis e demais atos de poder. A recepção latino-americana da *judicial review* ocorreu num ambiente extremamente criativo (...) capaz de gerar instrumentos originais (e eficazes) (...) como o *juicio de amparo* mexicano e o *mandado de segurança* brasileiro, o qual acabou revelando a estreita conexão entre o controle de constitucionalidade e a proteção dos direitos fundamentais como característica marcante dos modelos latino-americanos de jurisdição constitucional.

Maiores reflexões sobre o embate entre essas duas ideais pré-concebidas serão realizadas nas conclusões, quando a pesquisa jurisprudencial já terá sido realizada e o debate então será mais frutífero. Em seguida, cada tópico abaixo se refere a um Estado ao qual o STF fez menção.

## 6.

RESULTADOS DA PESQUISA SOBRE AS  
MENÇÕES DE CORTES ESTRANGEIRAS  
PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A principal hipótese trabalhada nesse livro foi comprovada. O Supremo Tribunal Federal prefere a jurisprudência das Cortes Constitucionais da Alemanha e dos Estados Unidos às dos demais Estados da América Latina. De 01/01/2012 a 30/06/2017, não foi feita nenhuma menção, nos votos proferidos no Supremo nesse período, à jurisprudência ou a precedentes dos Tribunais latino-americanos, a exceção da Colômbia, cuja Corte foi mencionada em 11 votos, integrantes de 07 acórdãos. Em cotejo, nos 05 anos e 06 meses analisados, o Tribunal Constitucional alemão foi citado em 46 votos, incluídos em 40 acórdãos; e a Suprema Corte norte-americana em 73 votos, os quais compuseram 67 acórdãos.

Conforme explanado na metodologia, em sendo confirmada a hipótese supracitada, convém investigar se essa preferência pode ser entendida como um dos sintomas de um pensamento colonizado para, então, situá-la na crítica decolonial: o marco teórico dessa pesquisa. Isto porque a predileção pelos Estados Norte, representados pela Alemanha e pelos Estados Unidos,

poderia ocorrer devido à notória experiência desses Estados no controle de constitucionalidade concentrado e difuso, respectivamente. Em assim sendo, não seria o caso de se confirmar um pensamento colonizado e, por conseguinte, a crítica decolonial restaria prejudicada. Nesse sentido, foram elaborados oito critérios, os quais averigam os motivos do uso da jurisprudência e dos precedentes estrangeiros nos acórdãos proferidos no Supremo. Os parágrafos abaixo contam com as conclusões de cada um desses critérios.

O primeiro critério foi saber o modo de citação aos Tribunais estrangeiros, se direto ou indireto. Consoante exposto, a citação indireta poderia ser um indício de preocupação do Ministro em adequar o julgado estrangeiro à realidade brasileira, por exigir um esforço interpretativo maior – o Ministro descreve nas próprias palavras as teses firmadas pelo Tribunal estrangeiro. Isto é, ao ter de fazer uma interpretação mais apurada, imagina-se uma influência também maior do próprio Ministro, o qual tenderia a adequar o refencial citado à realidade onde vive: a brasileira. Seguem os resultados. Na coleta de dados referente à Corte da Alemanha, dos 46 votos analisados, 29 (63%) a citaram indiretamente e 17 (37%) diretamente. Em relação aos Estados Unidos, dos 73 votos avaliados, 44 (60%) fizeram citações indiretas e 29 (40%) diretas. No tópico da Colômbia, os resultados dos 11 votos foram diversos. Houve mais citação direta: 07 (63%) contra 04 indiretas (37%). A partir do pressuposto



traçado e desses resultados, poderia se supor uma maior preocupação em adequar a jurisprudência norte-americana e alemã à realidade brasileira, em comparativo com a colombiana. No entanto, como explanado, esse critério apresenta apenas um indício, o qual foi descartado quando da apuração dos demais critérios. Na verdade, os Ministros, em geral, não se preocupam em fazer a aludida adaptação, seja essa respeitante a qualquer um dos Estados elencados. Essa conclusão será trabalhada quando dos resultados do quarto e quinto critérios.

O segundo critério perquiriu se o voto no qual foi invocada a jurisprudência estrangeira está entre os vencidos ou entre os vencedores. Na hipótese de configurar mais votos entre os vencedores, haveria um indício da boa capacidade de influência de julgados estrangeiros nas decisões dos Ministros. Referente à Corte alemã, dos 47 votos, 40 (85%) sagraram-se vencedores, havendo apenas 07 (15%) vencidos. A discepância em relação aos Estados Unidos foi maior: dos 73 votos, 64 (88%) estão entre os vencedores e 09 (12%) entre os vencidos. Por fim, a maior diferença foi vista nos votos vinculados à Colômbia: 10 (91%) foram vencedores, contra somente 01 (09%) vencido. Contudo, assim como aconteceu no primeiro critério, o indício do segundo é descartado quando se observa as conclusões de todos os critérios reunidos. Não se pode, pois, imaginar uma influência dos precedentes estrangeiros nos julgamentos nos quais eles foram suscitados. Essa conclusão será devidamente

entendida na apreciação do terceiro e nono critérios. Agora se tenta entender o porquê de se consagrarem vencedores os votos nos quais se utilizou a jurisprudência estrangeira, na discrepância retratada. Vale salientar: o objetivo dos critérios é saber o como os Ministros se influenciam quando da menção às Cortes de outros Estados. Esse objetivo foi alcançado. Saber o porquê da maioria dos votos, nos quais se usou a jurisprudência externa, foram vencedores, quando já se deixou claro não ter esse uso correlação com a vitória do julgamento, é um exercício extra. Por ser extra, não se adota o mesmo rigor científico empregado no exame dos demais critérios. Feita essa ressalva, passa-se ao entendimento proposto. Cogita-se a vitória dos votos nos quais houve uso dos precedentes estrangeiros devido ao maior empenho ou, até mesmo, interesse por parte do Ministro redator. Comumente, os votos os quais se valem desse recurso contam com várias estratégias de argumentação: citação a diversos doutrinadores célebres, a jurisprudência do próprio STF, entre outras. Ratifica-se: não há relação entre o uso da jurisprudência externa e a vitória, conforme se demonstrará na avaliação dos critérios terceiro e nono.

O terceiro critério avaliou a função do precedente na decisão. Esse critério tem uma importância ímpar, porque não resulta apenas em um indício, como fazem o primeiro e o segundo. Evidencia-se o próprio cerne da pesquisa. Nele, o uso da jurisprudência estrangeira foi

classificado em *obiter dictum* ou em *ratio decidendi*. Os parâmetros utilizados para essa classificação já foram explanados. A seguir, os resultados: na grande maioria das vezes, o uso da jurisprudência estrangeira integrou a *obiter dictum* dos acórdãos. Nos 40 acórdãos nos quais foi mencionado o Tribunal Constitucional da Alemanha, 29 (72,5%) deles a jurisprudência aludida fez parte da *obiter dictum* e apenas em 11 (27,5%) da *ratio decidendi*. Respeitante à Suprema Corte dos Estados Unidos, as porcentagens foram semelhantes: dos 67 acórdãos, 49 (73%) integraram a *obiter dictum* e 18 (27%) a *ratio decidendi*. No tocante à Corte da Colômbia, os números foram mais expressivos: dos 07 acórdãos, 06 (86%) usaram a referência externa como *obiter dictum* e somente 01 (14%) como *ratio decidendi*. Diante dos resultados, desprende-se como o uso dos precedentes estrangeiros não costuma interferir na decisão dos Ministros, por se quer se relacionar ao mérito do objeto em julgamento. Resta esclarecido o segundo critério, quando se afirmou não haver vinculação entre o uso desse recurso e a vitória do voto correspondente. O fato da jurisprudência estrangeira fazer parte, na maioria das vezes, da *obiter dictum* comprova o motivo pelo qual esses precedentes são suscitados: a existência de um pensamento colonial no STF. Isto porque essa jurisprudência não possui ligação com o mérito e, portanto, não ajuda na tomada de decisão da Corte. Sobra pra ela um papel retórico, como se observará no oitavo e último critério.

No quarto critério, questionou-se se há preocupação em trazer a realidade do país de origem da decisão. Quanto à Alemanha, apenas em 04 (10%) acórdãos houve a aludida preocupação, nos outros 36 (90%) não. Tangente aos Estados Unidos, somente 05 (07%) acórdãos atentaram para aludir à realidade daquela nação, enquanto 62 (93%) sequer a mencionaram. Quando se referiu à Colômbia, apenas 01 (14%) acórdão teve esse cuidado, 06 (86%) não tiveram.

Em uma perspectiva próxima ao quarto critério, está o quinto. O fulcro dele foi saber se houve preocupação em adequar o precedente estrangeiro à realidade brasileira. Seguem os dados. Apenas em 03 (7,5%) acórdãos os quais invocavam, em um dos seus votos, a Alemanha houve essa preocupação, nos outros 37 (92,5%) não. No caso dos Estados Unidos, a desatenção manteve-se em 59 (88%) dos acórdãos, restando apenas 07 (12%) com a devida cautela. Quanto à Colômbia, os números foram: 06 (86%) acórdãos sem ter feito a adequação da jurisprudência externa à realidade do Brasil e 01 (14%) com essa preocupação.

Diante dos resultados do quarto e quinto critérios, constatou-se não haver, por parte dos Ministros do STF, a preocupação em trazer a realidade do país de origem da decisão e tampouco a atenção em adequar o precedente estrangeiro à realidade brasileira. No compasso do terceiro critério, pode-se aduzir desses critérios agora estudados, um pensamento colonizado. Para Marcelo

Neves, a colonialidade jurídica faz-se presente quando um Tribunal importa os julgados estrangeiros sem as devidas adequações à realidade do próprio. Os Ministros parecem dispensar esses ajustes, por acreditar na semelhança da realidade brasileira aos Estados citados, ou não querer ver as diferenças. Essa “autoinvisibilização” é um dos mais graves sintomas do pensamento colonial.

O sexto critério analisa se houve cotejo com outros precedentes estrangeiros. No sétimo, o exame tem como referência a inclusão do precedente no âmbito dos Tribunais supranacionais. Por dialogarem, esses critérios serão avaliados em conjunto. Nos acórdãos nos quais há menção há algum julgado alemão, houve citação também aos Estados Unidos (11), Espanha (03), França (01), Itália (01), Colômbia (01), África do Sul (01) e Canadá (01); em 02 deles houve a comparação com o Tribunal Europeu dos Direitos dos Homens, em 01 com o Tribunal de Justiça da União Europeia, em 01 com a Corte Europeia de Direitos Humanos e em 05 com a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em relação aos acórdãos referentes aos Estados Unidos, foi também feita menção aos Tribunais dos seguintes Estados: Alemanha (11), Espanha (05), Inglaterra (04), Portugal (04), França (03) e Colômbia (01); em 01 deles incluiu-se a jurisprudência norte-americana com o Tribunal Europeu dos Direitos dos Homens, em 03 com a Corte Europeia de Direitos Humanos e em 08 com a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Já quando se tratou da Colômb-

bia, também se fez referência a Portugal (03), Espanha (02), Índia (02), Alemanha (01), França (01), Áustria (01), Israel (01), África do Sul (01) e Estados Unidos (01). No que toca aos Tribunais supranacionais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos foi mencionada 05 vezes e a Corte Europeia de Direitos Humanos 02. Ao total, os Estados com mais referências nesses acórdãos – excluindo os já trabalhados nesse livro: EUA, Alemanha e Colômbia – foram: a Espanha (10), Portugal (07), França (05), Inglaterra (04), Índia (02), África do Sul (02), Áustria (01) e Israel (01). Curiosamente, os 04 Estados mais citados – Espanha, Portugal, França e Inglaterra – foram os maiores impérios coloniais da modernidade. Ao total, esses 04 Estados representaram 26 das referências; em detrimento de Estados conhecidos por terem sido colonizados, como a África do Sul (02) e a Índia (02), os quais totalizaram apenas 04 menções.

Por fim, o último critério avalia o uso do direito comparado na decisão. Esse uso foi classificado em: (a) mera retórica; (b) fundamentação; e (c) convencimento aos demais Ministros. Seguem os dados. O Tribunal Constitucional alemão foi usado em 29 (72,5%) acórdãos por mera retórica, 08 (20%) para fundamentação e 03 (7,5%) para o convencimento dos demais Ministros. A Suprema Corte norte-americana foi mencionada em 43 (64%) acórdãos por mera retórica, 16 (24%) para fundamentação e 08 (12%) para o convencimento dos demais Ministros. Por último, a Corte Constitucional colombiana-

na foi referida em 06 (86%) acórdãos por mera retórica e 01 (14%) para o convencimento aos demais Ministros.

Antes da análise de cada um dos enquadramentos possíveis – mera retórica, fundamentação e convencimento aos demais Ministros – notou-se uma identificação natural entre a mera retórica e a *obiter dictum*; bem como um vínculo entre a fundamentação e a *ratio decidendi*. Quanto ao “convencimento aos demais Ministros”, pensou-se inicialmente haver uma relação entre ele e a *ratio decidendi*, pois se imaginava que um Ministro só faria alusão à jurisprudência estrangeira invocada por outro, na hipótese dessa jurisprudência integrar a *ratio decidendi*. Todavia, foi constatado que os Ministros podem debater jurisprudências estrangeiras, ainda que elas não venham a fazer parte da *ratio decidendi* de nenhum dos acórdãos. Essa constatação é aferível nos dados: em 84 dos 114 acórdãos analisados, o precedente estrangeiro integra a *obiter dictum*, mas desses 114, 78 são de mera retórica. Os 06 acórdãos de diferença (“84 *obiter dictum*” “menos” os “78 mera retórica”) são justamente vinculados ao “convencimento aos demais Ministros”, os quais debateram jurisprudência estrangeira – e, portanto, foram classificados como “convencimento...” – porém não o utilizaram na *ratio decidendi* das decisões respectivas. Feita essa observação, segue-se à análise dos enquadramentos.

A maioria das decisões analisadas fez um uso meramente retórico do direito comparado. Ou seja, o precedente ou a jurisprudência suscitada não se relaciona-

vam com o mérito do julgamento. Foram colacionados, a título de ilustração, os seguintes julgados: HC 140589 / PB, HC 131198 / SP, HC 132336 / MT, HC 118344 / GO, RMS 31661 / DF, HC 114544 / SP, HC 107848 / SP, HC 108527 / PA. Todos eles invocavam um conceito alemão assaz vago sobre o direito à defesa. Não há necessidade de maiores considerações, pois essas já foram realizadas no capítulo aludido. O objetivo de colacioná-los agora foi de mera rememoração. Cabe trazer outros exemplos para enrobustecer a análise sobre os casos de mera retórica – todos já devidamente analisados no decorrer da pesquisa e agora lembrados. Nesse momento será dada preferência aos acórdãos os quais fizeram referência aos Estados Unidos, porque os exemplos foram retirados ou da jurisprudência alemã ou da colombiana.

O primeiro exemplo é a jurisprudência suscitada pela Ministra Rosa Weber nos seguintes julgados: RHC 116345 / SC, HC 103206 / MG, HC 115045 / SP, HC 114996 / RS, HC 109528 / PA, HC 105923 / SC, HC 107605 / MG, HC 104813 / SP. Weber trouxe o caso *US v. Russel*, no qual a Suprema Corte norte-americana afirmou: “a produção ilícita de entorpecentes não é um incidente esporádico ou isolado, mas uma contínua, apesar de ilegal, empresa de negócios”. O intuito da Ministra foi demonstrar como os traficantes, em geral, estão vinculados a uma organização criminosa e não atuam sozinhos. Todavia, para saber dessa informação, era prescindível invocar o precedente norte-americano. Trata-se de uma



característica da “indústria do tráfico” bastante conhecida no Brasil.

O segundo exemplo é o uso do direito comparado pelo Ministro Gilmar Mendes nos julgados RE 522897 / RN, ARE 709212 / DF, RE 637485 / RJ. Com o objetivo de alterar os efeitos da decisão, Mendes relata casos nos quais a Suprema Corte norte-americana consagrou a possibilidade da mutação constitucional. No entanto, não era necessária a menção à jurisprudência estado-unidense, uma vez que o instituto em alusão já encontra respaldo na doutrina e jurisprudência pátria.

O terceiro exemplo é oriundo do precedente estado-unidense “Ex Parte Milligan” suscitado pelo Ministro Celso de Mello nos julgados HC 110237 / PA, HC 110185 / SP, HC 112936 / RJ, HC 105256 / PR. Nesse julgamento, a Suprema Corte dos Estados Unidos invalidou uma condenação motivada por fatos ocorridos na Guerra Civil americana, a qual impusera a pena de morte ao acusado civil. O Tribunal americano reconheceu o direito do civil a não ser julgado pela Justiça Militar, se os órgãos da Justiça comum estivessem em funcionamento normal. O uso desse precedente serviu de mera retórica, pois: (i) a jurisprudência norte-americana é diversa da brasileira – as hipóteses nas quais um civil é julgado por um Tribunal militar, no Brasil, vão além da mencionada no caso estado-unidense; (ii) o conceito do princípio do juiz natural, apresentado no precedente, é extremamente vago e em nada acrescenta ao consolidado no ordenamento pátrio.

Expostos esses três exemplos – cujos julgados já foram devidamente examinados no decorrer do livro –, mas, sobretudo, depois de demonstrado, não restam dúvidas: na maioria das vezes, a jurisprudência estrangeira serve de mera retórica no STF. Essa conclusão deve ser analisada à luz do pensamento decolonial.

Nas lições de André Rufino do Vale, o uso de fontes jurídicas estrangeiras é visto como uma “argumentação comparativa”, cujas características são o prestígio da Corte citada e a analogia entre os casos semelhantes. Conforme avaliado anteriormente, no Supremo, não há preocupação em trazer a realidade do país de origem da decisão e tampouco em adequar o precedente estrangeiro à realidade brasileira. No STF, portanto, não subsiste a ideia de analogia e a “argumentação comparativa” resta prejudicada, em uma versão para a qual apenas o prestígio importa. Esse prestígio indica o sintoma do pensamento colonizado presente no Tribunal brasileiro.

Não só pela perspectiva de Vale pode-se concluir ser o prestígio o motivo à invocação do direito comparado no Supremo. O fato do STF utilizar, na maioria das vezes, a jurisprudência estrangeira como mera retórica também leva à mesma conclusão. Isto porque não se menciona a Corte dos Estados Unidos, devido à vasta experiência dela no controle de constitucionalidade difuso, a qual poderia ser útil em determinado caso levado ao Supremo. Tampouco se menciona o Tribunal da Alemanha pelo reconhecido histórico desse Estado em

relação ao controle concentrado. Os Ministros do Supremo valem-se da jurisprudência alemã e estado-unidense para colacionar conceitos jurídicos vagos, imprecisos e, em muitos dos casos, sem relação direta com o mérito do julgamento. Logo, como afirmado, o motivo para utilizá-los é o prestígio oriundo desses precedentes.

Nesse diapasão, contudo, poderia-se cogitar o fundamento desse prestígio na própria experiência jurídica dessas Cortes, ainda que os Ministros não as invoque. Essa ideia deve ser avaliada com cautela. Conforme exposto, a América Latina vem despontando como um ambiente jurídico fértil. Ademais, entre todos os Estados do mundo, os mais semelhantes ao Brasil são os latino-americanos. Diante desses dessas duas circunstâncias, a disparidade entre as vezes nas quais a jurisprudência de um Estado latino-americano foi mencionada no Supremo e as vezes nas quais se utilizou um precedente oriundo da Alemanha ou dos Estados Unidos não se justifica por um prestígio oriundo da experiência desses últimos. Isto é, esse prestígio deve ter outras raízes, entre as quais, a mentalidade colonizada, subsistente mesmo após o fim do colonialismo.

Das inúmeras consequências de uma Corte colonizada, três serão destacadas.

A primeira consequência é a perpetuação da crença na universalidade dos direitos humanos. Isto se deve ao uso de um ideário humanista construído por conceitos jurisprudenciais vagos – criticados nesse trabalho –,

oriundos de realidades bastante diferentes da brasileira. Como desdobramento, tem-se a inefetividade dos direitos humanos, justamente por terem sido elaborados no contexto descrito. Por exemplo, na ADI 4983 / CE – cujo pedido foi a declaração da inconstitucionalidade da lei que regulamentava a vaquejada –, o Ministro Gilmar Mendes suscitou um precedente alemão, segundo o qual, os limites às cavalgadas violariam o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, uma vez que as pessoas devem ser livres para buscar a diversão em cavalgadas pelas florestas. Ao se referir, através do voto, ao direito ao desenvolvimento da personalidade, o Ministro assume uma postura supostamente humanista. Entretanto, a alusão à Alemanha, onde o tratamento oferecido aos animais destoa muito daquele praticado no Brasil, revela-se o oposto. Por vezes, a dificuldade em se efetivar os direitos humanos tem como causa um embate entre esses mesmos direitos, tal qual acontece nessa ADI, com o direito ao meio ambiente equilibrado e à preservação da fauna de um lado e o direito à manifestação cultural de outro. Nessa linha, tomar como modelo a Alemanha, onde ambos os direitos produzem expectativas bem diferentes daquelas esperadas no Brasil, pode acabar sendo ineficaz. Em outras palavras: tocante aos direitos humanos, a expectativa da sociedade alemã é diferente da brasileira, logo, assumir a posição do Tribunal alemão cujo foco é a primeira, pode frustrar a segunda. Inclusive, na hipótese de se adotar a tese

vencedora no julgamento da ADI, a prática da vaquejada violaria os direitos humanos no Brasil e, nesse quadro, o voto de Mendes poderia ser entendido como contrário a efetivação ampla desses direitos. Em síntese: o voto de um Ministro do STF, no qual se defende teoricamente os direitos humanos, por meio de uma referência a uma realidade tão destoante da brasileira, pode passar a ideia desses direitos serem universais. A consequência é o risco do ideário humanista tornar-se um discurso vazio, inefetivo.

A segunda consequência resulta da primeira. Nessa lição, a pretensa universalidade humanista revelou-se falha por ter um *locus* de criação bem delimitado: o dos Estados do Norte, responsáveis por lançar os paradigmas modernos sobre os quais o direito foi edificado. Consoante o pensamento decolonial, tais paradigmas só se firmaram devido à colonização da América Latina e, destarte, com ela se confundem: o moderno é o colonizador e deve ser seguido; todo conhecimento proveniente de outro lugar não é moderno e, assim, não é válido. No STF, esse pensamento funciona como causa, mas também produz consequências no mesmo âmbito, em um ciclo vicioso ou em uma retroalimentação. Isto é, a causa da predileção pelos Tribunais dos Estados do Norte é a já debatida mentalidade colonizada e a consequência é a manutenção da mesma. O Supremo funciona como um produtor de conhecimento jurídico. Nessa lógica, ao citar as jurisprudências da Alemanha e dos

Estados e olvidar as dos demais Estados latino-americanos, o STF promove as primeiras e invisibiliza as segundas. Desse modo, mantém-se o “fetichismo cultural”, tão benéfico ao Norte e tão maléfico para o Sul.

Por derradeiro: a terceira consequência. Concluiu-se a capacidade da argumentação presente nos acórdãos dos Tribunais servir à representação de discursos, um dos meios pelos quais a democracia se manifesta. Ou seja, sob o viés democrático, o argumento é o elemento pelo qual o órgão do Judiciário se legitima institucionalmente. Para tanto, esse argumento deve representar discursos. No que diz respeito ao objeto do livro, o discurso ressonante é o do parágrafo único do Artigo 4º, segundo o qual há de se buscar a integração dos povos da América Latina. Virgílio Afonso da Silva indica a resposta para essa busca: a migração de ideias constitucionais entre os Tribunais latino-americanos. Diante disso, nota-se: um diálogo efetivo entre o STF e as demais Cortes da região promoveria a integração entre os povos e, por representar o discurso constitucional mencionado, funcionaria como legitimador democrático do Judiciário brasileiro. São dois ganhos em uma única ação. Um exemplo bem sucedido dessa tese é a ADPF 347 MC / DF, relatada no tópico da Colômbia. Nessa ação, os Ministros debateram em torno do “estado de coisas inconstitucional”, instituto criado pela Corte colombiana, o qual foi aplicado à situação calamitosa dos presídios brasileiros – o objeto dessa ADPF. Depois

dessa decisão, o instituto ganhou notoriedade entre os bacharéis em Direito do Brasil e, nesse sentido, também a Colômbia: um momento raro de integração jurídica entre esses Estados.

As três consequências explanadas demonstram como o pensamento colonizado do STF pode ser um risco aos direitos humanos. A coleta dos acórdãos serviu para analisar como esse pensamento se faz presente nas decisões do Supremo quando do diálogo entre Cortes. O somatório de todos esses fatores estrutura o arcabouço para a crítica decolonial, tão importante à sociedade brasileira. Trata-se da cura do “complexo de vira-lata”, mencionado e ilustrado nas primeiras páginas desse livro. Pois bem, o diagnóstico foi dado.

## REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah, **Eichmann en Jerusalén**, Barcelona, De Bolsillo, 2006.

BALDI, César Augusto. “**Descolonizando o ensino de direitos humanos?**” *Hendu-Revista Latino-Americana de Direitos Humanos* 5.1 (2014): 8-18.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. (Syn) thesis 5.1 (2008).

BENVENUTO, Jayme. Universalismo, relativismo e direitos humanos: uma revisita contingente. *Lua Nova*, São Paulo, 94: 117-142, 2015

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Traduzido por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**/ Eduardo Cambi. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

COSTA, Alexandre Araújo. **O silenciamento do naturalismo**. 2008. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/artigos/curso-de-filosofia-do-direito/iii-etica-e-direito-filosofia-moderna/3-o-silenciamento-do-naturalismo->>. Acesso em: 10 maio 2017.

DUSSEL, Enrique. Transmodernidade e interculturalidade: interpretação a partir da filosofia da libertação. **Sociedade e Estado**, [s.l.], v. 31, n. 1, p.51-73, abr. 2016. FapUNIFESP (SciELO).

FIGUEIREDO, Wellington dos Santos. O Mundo Islâmico no Discurso Veja. **Revista Intellector**, São Paulo, p.01-18, 20 jan. 2008.



GALINDO, Bruno. **Teoria intercultural da constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GONÇALVES, Guilherme. Comentário: Limites do projeto iluminista: problemas operativos do Estado nacional na sociedade mundial. In: NEVES, Marcelo (Org.). **Transnacionalidade do Direito: Novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 53-65.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: Uma história**. Internacional: Companhia das Letras, 2009.

HUPFFER, Haide Maria. A Filosofia do Jusnaturalismo Moderno-Iluminista como Paradigma Precursor da Cientificidade do Direito. **Revista Temas Atuais de Processo Civil**, Eletrônica, p.10-25, 02 ago. 2011.

IBARRA, David. O neoliberalismo na America Latina. **Revista de Economia Política**, [s.l.], v. 31, n. 2, p.238-248, jun. 2011. FapUNIFESP (SciELO).

LEITE, Glauco Salomão. **Inércia legislativa e ativismo judicial: a dinâmica da separação dos poderes na ordem constitucional brasileira**. Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, n. 45, 2014.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate**. 2013. 300f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

MACIEL, Débora Alves; FERREIRA, Marrielle Maia Alves; KOERNER, Andrei. Os estados unidos e os mecanismos regionais de proteção dos direitos humanos. **Lua Nova**, São Paulo, 90: 271-295, 2013

MAGNOLI, Demétrio. **História das Guerras**. São Paulo: Contexto, 2006.

MIGNOLO, Walter. Desobediência epistêmica: a opção descolonial e o significado de identidade em política. **Cadernos de Letras da UFF**, Dossiê: Literatura, língua e identidade, Niterói, n. 34, p. 287-324, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

QUIJANO, Aníbal; WALLERSTEIN, Immanuel. Colonialidade do poder e classificação social. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Org.). **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010.

ROMAGUERA, Daniel Carneiro Leão; TEIXEIRA, João Paulo Allain; BRAGATO, Fernanda Frizzo. Por uma crítica descolonial da ideologia humanista dos direitos humanos. **Derecho y Cambio Social**, Perú, p.1-27, 1 out. 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Org.). **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010.

KELSEN, Hans. **A Justiça e o Direito Natural**. 2. ed. Traduzido por João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 2001.

LUCAS, Douglas Cesar. O problema da universalidade dos direitos humanos e o relativismo de sua efetivação histórica. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, p.81-103, jan. 2009.

Pew Research Center, Nov. 13, 2014, "Religion in Latin America: Widespread Change in a Historically Catholic Region

PIRES, Marcos Cordeiro. A nova ordem mundial e o consenso de washington. **Revista Novos Rumos**, n. 45, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014

ROMAGUERA, Daniel Carneiro Leão; TEIXEIRA, João Paulo Allain; BRAGATO, Fernanda Frizzo. Por uma crítica descolo-

nial da ideologia humanista dos direitos humanos. **Derecho y Cambio Social**, Perú, p.1-27, 1 out. 2014.

STEPHAN, CLAUDIA. A Doutrina da Segurança Nacional de Contenção na Guerra Fria: fatores que contribuíram para a participação dos militares na política brasileira (1947-1969). **Conjuntura Global**, vol. 5 n. 3, set./dez, 2016, p.537-565

SILVA, Virgílio Afonso Da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**, p. 515-30, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2017.

TORRENS, Haradja L. **Neo-Positivismo e Pós-Positivismo Jurídico**. Rio de Janeiro A Expansão do Direito (2003) Disponível em: <http://works.bepress.com/haradjatorrens/6/>. Acesso em: 10 de dezembro de 2016.

VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais**. 2015. 415 f., il. Tese (Doutorado em Direito) –Universidade de Brasília, Universidad de Alicante, Brasília, 2015.

