

Tópica, transnacionalismo, globalização e a sua influência na decisão liminar da ADPF 347 MC/DF

Topical, transnationalism, globalization and its influence on the preliminary decision of ADPF 347 MC/DF

Janine Taís Homem Echevarria Borba¹

Neuro José Zambam²

Resumo: Esta exposição se orienta a partir do tema da globalização e a utilização de decisões estrangeiras pelos tribunais brasileiros. O objetivo geral é observar se é possível identificar a Tópica Jurídica na decisão da ADPF 347 MC/DF que utilizou decisões da corte colombiana para exarar a decisão, com isso também averiguar se a utilização dessas decisões não violam a democracia. Especificamente os objetivos são: 1) identificar a evolução histórica do Estado além da globalização; 2) apresentar a Tópica Jurídica como um instrumento na análise da decisão; 3) destacar a importância da democracia. O referencial para a fundamentação das convicções desta abordagem são de Aristóteles, Viehweg e Rawls. O método de abordagem que embasou esta investigação foi o dedutivo, usando como premissa a tópica jurídica para verificar se pode-se considerar que a mesma foi empregada na decisão analisada. O procedimento utilizado na pesquisa foi o crítico-bibliográfico, utilizando a pesquisa indireta em livros, artigos, dissertações e julgados. O direito à democracia pela dinâmica e riqueza da sua estrutura conceitual e vigor da sua prática é indispensável para as condições de justiça social e a segurança em relação às decisões jurídicas.

Palavras-chave: Tópica. Democracia. Globalização. Transnacionalismo. Viehweg.

Abstract: This exhibition is guided by globalization and the use of foreign decisions by Brazilian courts. The general objective is to see if it is possible to identify the Legal Topical in the decision

¹ Graduada em Direito pela IMED. Pós-graduada em Psicomotricidade Relaciona pelo La Salle/Canoas. Pós-graduada em Psicopedagogia Clínica e Institucional pela FEEVALE/Novo Hamburgo. Mestranda em Direito, Democracia e Sustentabilidade – IMED. Pós-graduanda em Direito Constitucional pela Faculdade Damásio. Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade IMED. Beneficiária de Bolsa PROSUP/CAPES vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – IMED. Integrante do Grupo de Estudo Direitos Culturais e Pluralismo Jurídico. Getúlio Vargas/RS. E-mail: janinehomemborba@gmail.com. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/4368000701048089>

² Pós-doutor em Filosofia na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Doutor em Filosofia pela PUCRS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Meridional - IMED – Mestrado. Professor do Curso de Direito (graduação e especialização) da Faculdade Meridional – IMED de Passo Fundo. Membro do Grupo de Trabalho, Ética e cidadania da ANPOF (Associação Nacional dos Programas de Pós-graduação em Filosofia). Pesquisador da Faculdade Meridional. Líder do Grupo de Estudo Direitos Culturais e pluralismo jurídico. Líder do Centro Brasileiro de Pesquisa sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen: interfaces com direito, políticas de desenvolvimento e democracia. Passo Fundo/RS E-mail: nzambam@imed.edu.br; neurojose@hotmail.com. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/6893744456793355>

of ADPF 347 MC/DF that used decisions of the Colombian court decisions to write the decision, also to verify if the use of these decisions do not violate democracy. Specifically the objectives are: 1) to identify the historical evolution of the State beyond globalization; 2) to present the Legal Topical as an instrument in the analysis of the decision; 3) highlight the importance of democracy. The referential for basing the convictions of this approach are Aristotle, Viehweg and Rawls. The method of approach that underpinned this research was the deductive, using as a premise the legal topic to verify if it can be considered that it was used in the analyzed decision. The procedure used in the research was the critical bibliographic, using indirect research in books, articles, dissertations and judgments. The right to democracy through the dynamics and richness of its conceptual structure and the vigor of its practice is indispensable for the conditions of social justice and security in relation to legal decisions.

Keywords: Topical. Democracy. Globalization. Transnationalism. Viehweg.

Introdução

O Direito hodiernamente é tido como um dos instrumentos de regulação das relações sociais, operando por meio do ordenamento jurídico. As normas de conduta contidas no referido ordenamento jurídico prescrevem os comportamentos considerados adequados para uma harmoniosa convivência social. O direito é compreendido a partir da pluralidade dos fatos sociais, os quais não são acompanhados pelo direito posto, fazendo com que o legislador não consiga prever todos os comportamentos no mundo jurídico.

Isso posto, o presente trabalho num primeiro momento objetiva, de modo geral, desenvolver o estudo sobre a tópica jurídica associada aos fenômenos do transnacionalismo e da democracia. Para tanto traçou-se como objetivos apresentar uma síntese das principais ideias que envolvem a Tópica Jurídica caracterizando essa teoria a partir de seus pressupostos históricos, com base nos estudos clássicos de Aristóteles, de Theodoro Viehweg.

Ademais, seguindo nesse diapasão dos objetivos específicos, também se faz necessária uma breve exposição acerca dos fenômenos do transnacionalismo e da democracia, pois estas categorias servirão como fundamento teórico na análise da decisão ora estudada.

O transnacionalismo é um fenômeno que permeia o Estado-nação deixando-o mais suscetível a entrada de organizações e relativizando sua soberania. Necessariamente o Estado-nação desde sua criação é o principal legitimado da produção normativa. Diante do fenômeno da globalização e conseqüentemente do transnacionalismo, pode-se citar a sua ação no meio comercial, cujas empresas se inserem no mercado trazendo consigo suas próprias normatizações e o Estado começa a abrir suas fronteiras.

Contudo não é apenas na área comercial que o Estado vê sua hegemonia ameaçada, pois a globalização atinge também a esfera das decisões jurídicas que quando conveniente, sejam por lacunas no ordenamento jurídico, o mesmo por ainda não ter se deparado com determinado caso é que algumas decisões estrangeiras são importadas para o ordenamento jurídico brasileiro.

Diante desse cenário a democracia merece um olhar atento por parte dos estudiosos, pois pergunta-se se a mesma não estará sendo ameaçada com a entrada de novos atores na esfera nacional. Por isso o problema dessa investigação reside no fato de se averiguar primeiramente se é possível constatar, na decisão liminar do Supremo Tribunal Federal ADPF nº 347, a presença da Tópica como um instrumento aplicado nessa decisão, bem como se o uso do instituto do Estado Inconstitucional das Coisas verificado na decisão liminar da ADPF 347 MC/DF é uma decisão influenciada pela globalização.

A partir dessa discussão verificar-se-á se essa decisão não extrapola os limites do poder judiciário, bem como se esse tipo de decisão pode ser considerada como uma influência de decisões estrangeiras. O método de abordagem que embasou esta investigação foi o dedutivo, usando como premissa a tópica jurídica para verificar se pode-se considerar que a mesma foi empregada na decisão analisada. O procedimento utilizado na pesquisa foi o crítico-bibliográfico, utilizando a pesquisa indireta em livros, artigos, dissertações e julgados.

1 A Relação do Estado Nação e o Fenômeno da Globalização

A globalização é um fenômeno que decorre do liberalismo, como uma consequência de eventos econômicos gerados pela emergência do mercado colaborativo. Essa expressão globalização possui indicativos ideológicos, assim como pode ser compreendida a partir de uma concepção que promove a descrição da realidade, contudo qualquer que seja o seu emprego ela significará uma oposição ao Estado, ou seja, ela transcende a essa organização política.

De certo modo a organização política fechada do Estado Moderno, perde seu lugar nessa nova concepção globalizada e multicultural, surge a necessidade de que as instituições sigam por um caminho cujo modelo seja aberto para dar conta desse novo advento, portanto a superação do modelo anterior é imperiosa. Todavia para fiz de

organização conceitual é prudente estabelecer algumas características do referido Estado Moderno.

O percurso histórico pelo qual perpassa a formação do Estado até a chamada globalização que leva-nos ao advento do transnacionalismo, pode-se dizer que essa nova formação da sociedade pode ser observada sob o ponto de vista “da Paz de Westfália, de 1684, que deu vazão à noção de Estado soberano e central, que reúne sobre si as determinações últimas da ordem política e jurídica”.³ A promessa do Estado moderno, a partir do idealismo Iluminista consistia em ser ele o responsável pela administração e fiscalização de toda ordem social.

“A concentração do poder de comando sobre determinado território, por meio da monopolização de alguns serviços essenciais para a manutenção da ordem em sociedade, tais como a produção do direito através da lei, que configurava a expressão da vontade do soberano e, ainda, a sistematização do aparato coativo necessário à aplicação do direito, bem como a imposição do recolhimento fiscal” (p.192 MARILIN)

A primeira modalidade do Estado Moderno se deu por meio do Estado Absolutista que tem como características de ser o detentor do poder, este exercido sem qualquer dependência a outros poderes ou instituição, não há hierarquia de poderes nesse modelo de Estado, tampouco reconhece qualquer outra autoridade tanto internamente quanto externamente. Internamente refere-se ao poder que o soberano tem em relação aos órgãos sociais no limite de sua soberania, ao passo que externamente atribui-se às questões de convivência com outros Estados, ou seja, é o soberano quem dita quais relações externas irão ocorrer.

O absolutismo [...]constitui-se na primeira versão do Estado moderno. Paradoxalmente, sua conformação teórica é construída e reforçada, notadamente, *a posteriori*, sobretudo no período liberal, servindo como contraponto e como alvo da crítica à teoria e à ideologia burguesas, apresentando-se, exatamente, como aquilo que precisa ser superado. [...] pode ser definido [...] como aquela forma de governo em que o detentor do poder o exerce sem qualquer dependência ou controle por parte de outros poderes, sejam eles superiores o inferiores, caracterizando-se por uma tendência de monopólio do poder político e da força por parte de uma instância superior [...]⁴

³ TONET, Fernando. **Reconfigurações do constitucionalismo**: evolução e modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p. 2.

⁴ LEAL, Mônica Clarissa Henning. Absolutismo. In. **Dicionário de Filosofia Política**. Coord. Barreto, Vicente de Paulo. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010, p.15.

Essa concepção de Estado avocava para si a resolução de todos os conflitos seja com base na coerção seja com base na política, pois o soberano era representado pela pessoa do rei ou do monarca, que não buscava a aprovação de outros membros da sociedade, pois o soberano representava uma organização política única. O Estado Moderno é fruto das deficiências da sociedade medieval, que de certa maneira, determinaram as características do Estado Absolutista, anteriormente referidas, assim como as peculiaridades que formaram o Estado Moderno como território, povo, governo, poder, autoridade e finalidade.

Esses elementos supra citados constituíram a criação do Estado Moderno, são eles que fundamentam o Estado como uma instituição político-jurídica moderna. A partir desses elementos há uma nova classificação onde pode-se dizer que o território e o povo constituem elementos materiais, enquanto que o governo, o poder, a autoridade são os elementos formais, e por fim a finalidade, que é considerada por alguns autores como elemento substancial, pois um Estado deve possuir uma finalidade que legitime sua existência.⁵

O entendimento que decorre dessas características apresentadas previamente depreende-se que a soberania “no pensamento jurídico e político, diz-se ser soberana a pessoa ou instituição que exerce a autoridade final dentro de determinado território e sobre uma comunidade política específica”⁶. O autor segue descrevendo que esse conceito de soberania está ligado na formação do Estado Moderno, como já referimos, no entanto importa retomar o pensamento do autor

A história do conceito está intimamente ligada à formação do Estado moderno. Com o fim da Guerra dos Trinta Anos pelo Tratado de Westfália (1648), a soberania – como atributo de Estados que detêm poder supremo sobre seus territórios – tornou-se um fato incontestável na Europa. Afirmava-se algo até então inédito: as diversas comunidades políticas haviam se organizado em Estados que, exercendo internamente o poder absoluto, por um lado, não reconheciam externamente nenhum poder maior que o seu próprio, por outro”.⁷

⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de. Estado. In: **Dicionário de Filosofia Política**. Coord. Barreto, Vicente de Paulo. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010, p. 183.

⁶ ARGUELHES, Diego Werneck. Soberania. In: **Dicionário de Filosofia do Direito**. Coord. Barreto, Vicente de Paulo. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009, p. 763.

⁷ ARGUELHES, Diego Werneck. Soberania. In: **Dicionário de Filosofia do Direito**. Coord. Barreto, Vicente de Paulo. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009, p. 763.

Este é o cenário no qual estava inserido o Estado e toda sua organização, uma soberania ilimitada em relação ao ordenamento jurídico não havendo nenhuma outra autoridade para além desse Estado. E foi com a Revolução Francesa que um novo sentido foi dado à soberania, que antes monopolizada pelo Estado, agora era disseminada entre os cidadãos, essa nova forma de organização o povo, tinha poder e a soberania anteriormente exercida somente pelo Estado agora estava nas mãos dos nacionais.⁸

Anteriormente referiu-se como características do Estado Moderno o território, povo e governo (poder, a autoridade) e a finalidade, sendo que esta última não é pacificado, por isso se permanecerá com os primeiros elementos, para discutir-se se a soberania, tão cara, aos Estados nacionais ainda permanece inalterada diante do fenômeno da globalização. O conceito básico de soberania, conforme os autores é um conceito primário, mas adequado para uma primeira compreensão.

[...] podemos extrair um conceito básico de soberania, entendendo-a como o poder que emana de um povo e que constitui uma nação, dotada de características como a auto-organização, a exclusividade do poder de gerência, da força e da formulação legislativa, com limites territoriais definidos e aspectos culturais e históricos próprios e característicos.⁹

O surgimento da globalização leva-nos a discutir algumas questões acerca da soberania, uma vez que a globalização que, para além de atravessar oceanos, também desenvolve novos atores que mitigam a soberania absoluta até então dominante. Com esse fato o Estado deve reorganizar suas estruturas tanto no âmbito interno como no externo, isto é, no tocante a suas relações com os novos atores que estão se inserindo no território.

Especificadamente a soberania ocorre nos limites do seu território e, ultrapassar esses limites devem ser feitos com muita cautela, pois isso desestabiliza a instituição. A “[...] normatização é, talvez, a principal expressão da soberania de uma

⁸ TONET, Fernando. **Reconfigurações do constitucionalismo**: evolução e modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade, 2013, p. 5-6.

⁹ WENTZ, Gustavo; STAFFEN, Márcio Ricardo. Os juízes e os tribunais como agentes da globalização. A utilização de leis e jurisprudência estrangeiras pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2015. In: **Direito, Democracia e Sustentabilidade**: programa de pós-graduação stricto sensu em Direito da Faculdade Meridional. PIRES, Cecília Maria Pinto; PAFFARINI, Jacopo; CELLA, José Renato Gaziero. Erechim: Deviant, 2017, p. 171.

nação. [...] encontram suas forças, em princípio, nas fronteiras geográficas [...] servem para fortificá-las e defendê-las contra turbações de outros países”¹⁰

Inicialmente acreditou-se que os mercados comerciais fossem os que mais “sofressem” com a globalização, nesse alargamento decorrente da globalização não restou restrito às questões comerciais, mas começou-se a perceber a influência desse novo paradigma inclusive nas decisões judiciais, pois o viés aberto suscitado pelo fenômeno da globalização condiz com uma nova estruturação, inclusive, de como proceder em determinados casos, esta temática será abordada posteriormente, no entanto serve para demonstra a amplitude da globalização.

No próximo item se desenvolverá a temática da Tópica Jurídica e do Estado Inconstitucional das Coisas, cujo objetivo é evidenciar como esses elementos estão presentes no cotidiano do Poder Judiciário mesmo que não recebam o destaque conforme a ênfase que pretendemos demonstrar.

2 Tópica Jurídica e o Estado de Coisas Inconstitucional: decisões judiciais transnacionais?

O livro de Aristóteles afirma que “o propósito deste tratado é descobrir um método que nos capacite a raciocinar a partir de opiniões de aceitação geral”¹¹, focando em um meio de buscar a solução para os casos concretos com base em opiniões geralmente aceitas.

A Tópica na concepção atual tenha sido desenvolvida na antiguidade por Aristóteles, ela tem suas raízes na antiguidade clássica pré-aristotélica, mas foi Aristóteles quem lhe deu rigor teórico-sistemático e o devido aprofundamento filosófico. Conforme podemos conferir

[...] as raízes do raciocínio tópico-retórico já estavam presentes na antiguidade clássica pré-aristotélica, como um repositório mnemônico de técnicas utilizadas para efeito de oratória, sendo esta utilizada pelos sofistas na forma de clichês argumentativos, foi o estagirita quem pela

¹⁰ WENTZ, Gustavo; STAFFEN, Márcio Ricardo. Os juízes e os tribunais como agentes da globalização. A utilização de leis e jurisprudência estrangeiras pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2015, 2017, p. 172-173.

¹¹ ARISTÓTELES. **Órganon**: Categorias, Da interpretação, Analíticos anteriores, Analíticos posteriores, Tópicos, Refutações sofistas. Traduzido por Edson Bini. Bauru: Edipro, 2ª ed., 2010, p. 347.

primeira vez, lhe deu um tratamento de rigor teórico-sistemático e um aprofundamento filosófico¹².

[...] o nome *tópica* vem de Aristóteles, mas o assunto já existia, e era um patrimônio intelectual da cultura mediterrânea antes dele, que apareceu em diferentes exercícios da retórica, com o nome de *euresis*, *inventio*, *ar inveniendi* etc. Como tal a *tópica* prevaleceu durante a Idade Média por meio das chamadas *artes liberales*, como parte essencial das três primeiras delas, que constituíam o *trivium* (Gramática, Retórica, Dialética), perdendo significado posteriormente, com a institucionalização e supremacia do *more geométrico* no conhecimento moderno¹³.

Aristóteles estabeleceu os diferentes tipos, como se pode ver: o silogismo demonstrativo, o silogismo dialético, o silogismo polêmico e o falso silogismo. Conforme o pensador o raciocínio demonstrativo estabelece uma relação dedutiva entre os axiomas, cuja partida se dá por meio da verdade de uma premissa; o raciocínio dialético, por sua vez, tem como ponto de partida as opiniões “geralmente aceitas” por todos ou pela maioria; os raciocínios erístico e paralogístico, consiste no fato do primeiro ser formado pelas opiniões em que necessariamente são tidas como anuídas, mas que na prática não o são, enquanto que o segundo parte de proposições que não são verdadeiras tampouco e aceitas.¹⁴

Com base na descrição anteriormente exposta compreende-se que o raciocínio que embasa a teoria da *Tópica* é o dialético e, e leva a elaboração dos *topoi*, cujos conteúdos desenvolvem-se a partir de enfrentamentos entre as premissas que possuem aceitação geral.

Esse instrumental argumentativo, o *topos* ou *topoi*, permite a solução de problemas e a contraposição de teses, desde que essas premissas que fundamentam o instrumental sejam dotadas de credibilidade e expressem aceitação.¹⁵ É evidente que o direito positivo, não está preparado para lidar com as questões controvertidas mediante critérios rígidos e infalíveis, por isso o positivismo sozinho não consegue dar uma resposta satisfatória¹⁶.

¹²NEDEL, Antonio. **Uma tática jurídica**: clareira para a emergência do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 24.

¹³FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 303.

¹⁴ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A Tática e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 89.

¹⁵ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *Tática*. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009, p. 826.

¹⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Tática e argumentação jurídica**. 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/985/R163-10.pdf?sequence=4>> Acesso em: 28 fev. 2017, p. 154.

Diante desse cenário que Viehweg, resgata na tópica aristotélica uma metodologia que pudesse contribuir na resolução desses conflitos. Pode-se inferir, obra de Viehweg, uma definição aproximada da tópica, para ele é uma técnica de pensar por problemas, “é a constatação de que se trata de uma *techné* do pensamento que se orienta para o problema”¹⁷. Percebe-se que pensar por problemas não exclui o sistema, nem tampouco duvida da sua existência, pois ela parte de um sistema o que é essencial para compreender a tópica.

Para o autor, se colocarmos acento no sistema pode-se chegar ao extremo de que os problemas serão distinguidos entre solúveis e insolúveis, caso haja apenas um sistema. Nessa situação pode ocorrer que problemas insolúveis possam ser eliminados da apreciação judicial, sendo na melhor das hipóteses, considerados meros dissabores¹⁸.

Retomando a teoria tópica de Aristóteles, a qual serviu de base teórica para a teoria de Viehweg, retrata o pensamento do autor, além de apresentar os desdobramentos metodológicos da dialética compreendida por Aristóteles. Para Aristóteles a dialética é o meio pelo qual nascem todos os temas específicos, bem como compreende que é por meio do discurso que todo conhecimento é validado¹⁹.

Tendo como premissa que é a partir da dialética eu se desenvolve os *topois*, e que o conhecimento se valida por meio do discurso, pode-se deduzir que as opiniões de aceitação generalizadas, como anteriormente referidas, são consideradas o ponto de partida para a descoberta de novos argumentos, ou seja, *topoi*, pois decorre da dialética, sendo necessário apenas que os mesmos aparentem serem admissíveis, nesse sentido as opiniões que

[...] parecem verdadeiras ou boas a todos, à maioria, aos sábios e, dentre estes, a todos ou à maioria ou aos mais conhecidos e de melhor reputação. Esse ponto de partida é o que diferencia um argumento de outro e permite qualifica-lo como dialético ou apodíctico²⁰.

¹⁷ ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: Tópica, Discurso, Racionalidade**. Florianópolis: Momento Atual, 2004, p. 143.

¹⁸ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008. p. 35.

¹⁹ NEDEL, Antonio. **Uma tópica jurídica: clareira para a emergência do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 205-206.

²⁰ ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: Tópica, Discurso, Racionalidade**. Florianópolis: Momento Atual, 2004, p. 112-113.

Nesse contexto a dialética refere-se ao plausível, enquanto que o apodítico alude às certezas, sendo que são as premissas que estabelecem a diferenciação entre eles, conseqüentemente, naquela as proposições podem apenas aparentar serem verdadeiras, enquanto que nessa as proposições necessariamente devem ser verdadeiras.

Por conseguinte a dialética é uma “espécie de arte de trabalhar com opiniões opostas, que instaura entre elas um diálogo, confrontando-as, no sentido de um procedimento crítico. Enquanto a analítica estaria na base da ciência, a dialética estaria na base da prudência”²¹. Reafirmando o que dito anteriormente e por meio da dialética que são estabelecidos os *topoi*, estruturas que contribuem para a solução dos problemas, conforme a proposta de Aristóteles.

Nessa conjuntura de uma análise dialética de como decidir casos conflituosos é que a tópica procura contribuir e de certa forma ela ganha um certo respaldo por meio da globalização que como já referido não atinge apenas o mercado, mas também outras áreas inclusive no jurídico e no legislativo. A modificação dessas estruturas vão paulatinamente adentrando no sistema jurídico e legislativo devido a velocidade com que chegam essas informações modificando dessa forma a realidade com a qual estamos acostumados. Essas mutações refletem de forma que os “eixos de pressão e as fontes normativas vem sofrendo um alargamento, provocado tanto pela globalização jurídica quanto pelo transnacionalismo”.²²

Identifica-se nesse contexto que, inclusive as decisões jurídicas, se deslocam de um sistema fechado, para um sistema aberto, como o defendido pela tópica. Urge nessa circunstância uma revisão do papel do julgador, visto que se verifica a diálogo transnacional judicial. Sob essa óptica “o comércio entre juízes, no sentido de constante e progressivo intercâmbio de experiências jurídicas, [...] que demandam compartilhamento além dos limites tradicionais da jurisdição”.²³

E até mesmos os juízes são influenciados pela globalização. Quando já não lhe basta ser s “boca da lei”, ou por não encontrar na legislação a resposta adequada, ou ainda por não existir previsão legal para o fato em

²¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 303.

²² WENTZ, Gustavo; STAFFEN, Márcio Ricardo. Os juízes e os tribunais como agentes da globalização. A utilização de leis e jurisprudência estrangeiras pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2015, 2017, p.174.

²³ STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 33.

discussão, este é obrigado a encontrar novas soluções, mesmo que fora dos limites da sua outorga. Ou seja, o próprio juiz, neste processo de globalização, vale-se dos seus benefícios para solucionar possível omissão ou injustiça decorrente da lei nacional e soberana, e assim cumprir o seu papel na sociedade.²⁴

Atualmente, nos órgãos do poder judiciário esta “importação” de decisões estrangeiras vem sendo adotadas ou mesmo suscitadas em alguns julgados, na busca da melhor solução do caso concreto. Embora suscitadas, no entanto nem sempre são efetivamente adotadas nas decisões como um argumento que fundamente a decisão, isto é, alguns julgadores embora no seu voto tragam menções estrangeiras, por vezes seus votos acabam vencidos.

Com base nessa globalização e inserção transnacional de decisões judiciais, foi que um partido político instigou por meio do instituto do Estado de Coisas Inconstitucional a intervenção judiciária na situação caótica dos presídios brasileiros. É imperioso destacar que não se analisará a situação dos presídios, nem mesmo o conteúdo da petição que provocou a introdução desse instrumento no Brasil, o que se pretende é verificar se essa decisão liminar pode ser considerada sob o viés da tópica e da transnacionalização judicial.

O Estado de Coisas Inconstitucional, por sua vez, é considerado uma novidade no direito constitucional e, foi introduzido no direito brasileiro a partir da ADPF nº 347/DF que suscitou esse instituto para demonstrar as violações dos Direitos Fundamentais no que se refere ao sistema carcerário brasileiro. O termo teve origem na Corte Constitucional Colombiana em face da constatação de diversas violações dos direitos fundamentais, nota-se que essas violações se davam de maneira generalizadas, contínuas e sistemáticas, conforme Nunes Júnior

[...] a) grave, permanente e generalizada violação de direitos fundamentais, afetando um amplo e indeterminado número de pessoas; b) comprovada omissão reiterada de órgãos estatais diversos, no cumprimento de seus deveres institucionais para a tutela dos direitos fundamentais (por exemplo, falta de medidas legislativas, administrativas e políticas) c) insuficiência de uma solução unilateral, voltada para um único órgão [...]²⁵.

²⁴ WENTZ, Gustavo; STAFFEN, Márcio Ricardo. Os juízes e os tribunais como agentes da globalização. A utilização de leis e jurisprudência estrangeiras pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2015, 2017, p.176.

²⁵ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins. **Curso de direito constitucional**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 548.

Esse instituto, portanto, tem a finalidade de encontrar soluções estruturais para as violações realizadas em face dos direitos fundamentais perante aos grupos vulneráveis. O caráter ativista desse instituto é evidente, pois as decisões emanadas dos tribunais avançam nas funções executivas e legislativas, repercutindo em questões orçamentárias. Diante desse cenário o Poder Judiciário ao declarar “um “estado de coisas” como inconstitucional, indo, portanto, além de sua competência tradicional de invalidar lei ou ato normativo pela via da inconstitucionalidade”²⁶. Campos, nesse perspectiva, salienta que

Acusações de ativismo judicial são feitas: cortes estariam usurpando os poderes do Legislativo e do Executivo, cujos membros são eleitos por votação popular, sujeitos a controle social periódicos juízes, por sua vez, não são eleitos nem responsáveis perante a população, carecendo, portanto, de legitimidade democrática para assim agir; em uma democracia, juízes deveriam apenas aplicar a lei, não podendo comandar a confecção delas. Ademais há aqueles que acusam a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir sobre políticas públicas.²⁷

Haja vista os diversos casos de violações de Direitos Fundamentais ocorridos no Brasil é relevante aprofundar os conhecimentos sobre esse instituto, pois ele poderá ser empregado em outras ações, com isso incentivando o ativismo judicial, de maneira a interferir na autonomia de cada um dos poderes violando dessa forma o artigo da CF/88, diante desse conjuntura se faz necessário averiguar se tal instituto quando adotado pelas cortes superiores não interferem na democracia na qual o Estado está inserido. O próximo conteúdo a ser desenvolvido se refere a essa relação entre a democracia, as decisões importadas referente a decisão liminar da ADPF 347 MC/DF.

3 A Democracia e a Legitimidade das Decisões Judiciais Embasadas no Instituto do Estado de Coisas Inconstitucional

A necessidade de afirmação da democracia como um valor moral foi precedido por inúmeros eventos e outras conquistas, especialmente, as revoluções Francesa, Inglesa e

²⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 1590.

²⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: JusPodvim, 2016, p. 214.

Americana, que estão catalogados entre os eventos de forte repercussão para a organização política da humanidade que, tanto do ponto de vista simbólico quanto das suas consequências, foram essenciais e em muito contribuíram para a afirmação, evolução e eleição do regime democrático como a melhor forma de organização e administração das sociedades. No período mais recente, houve o acelerado processo de globalização²⁸, que é um fenômeno com influências universais cujas características e consequências interferem e moldam a estruturação das sociedades. A utilização do termo acelerado é uma opção didática e política a fim de demonstrar que essa é uma dinâmica contínua desde os sistemas de troca na antiguidade, contudo, adquiriu um dinamismo peculiar devido à evolução da tecnologia da informação e a popularização dos demais mecanismos de comunicação com poder de transformação das relações entre os povos, Estados, instituições, cidadãos e outros interesses e formas de pensamento.

A convicção sobre o valor universal da democracia, ou seja, a afirmação relativa a sua repercussão política, ao seu poder jurídico e a sua legitimidade moral, demanda a construção de um conjunto de razões que fundamentem os seus referenciais mais importantes e o seu funcionamento, especificamente, os recursos necessários para que ela possa funcionar para todos, independentemente das suas peculiaridades. Nesse sentido se pode-se afirmar que

Um regime legítimo é aquele em que as instituições políticas e sociais são justificáveis para todos os cidadãos – para cada um deles em particular – recorrendo à razão dessas instituições, teórica e prática. Repetindo: uma justificativa das instituições do mundo social deve ser, em princípio, disponibilizada a todos, de modo que elas sejam justificáveis para todos os indivíduos por elas afetados. A legitimidade de um regime depende de tal justificativa²⁹.

A construção do entendimento dessas conexões, bem como o encadeamento da realidade onde a democracia é exercida, demanda um conjunto de referências sem as quais não se pode sublinhar a complexidade do sistema ou as divergências existentes no interior das sociedades. As diferenças existentes nas sociedades, sejam democráticas ou não, representam apenas um dos indicativos para se abordar a necessidade de os

²⁸GIAMBIAGI, Fábio; BARROS, Octávio de. **Brasil globalizado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

²⁹ RAWLS, John. **Conferências sobre a história da filosofia política**. Tradução de Fábio M. Said. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p.14.

convencimentos serem seguros para a sua organização, mas, especialmente, demonstra as dificuldades para conjugar o objetivo básico da sua estrutura que visa justiça social para todos. A exposição desse contexto e suas consequências foram amplamente debatidas por Rawls desde “Uma Teoria da Justiça”

A gravidade do problema reside no fato de que uma sociedade democrática moderna não se caracteriza apenas por um pluralismo de doutrinas religiosas, filosóficas e morais abrangentes. Nenhuma destas doutrinas é professada pelos cidadãos em geral. Nem se deve esperar que, num futuro previsível, uma ou outra doutrina razoável chegue a ser professada um dia por todos os cidadãos, ou por quase todos. O liberalismo político pressupõe também que, para propósitos políticos, uma pluralidade de doutrinas abrangentes e razoáveis, e, ainda assim incompatíveis, seja o resultado normal do exercício da razão humana dentro da estrutura das instituições livres de um regime democrático constitucional³⁰.

O reconhecimento desse ambiente, que, por vezes, pode parecer demasiado, complexo, suscetível a inúmeras manipulações, instável na sua origem, difícil para planejamentos seguros e incapaz de reconciliação, entre outras dúvidas, representa o fato do pluralismo que caracteriza o cotidiano da convivência humana e do exercício do poder cuja admissão é indispensável para o exercício da democracia em suas diferentes dimensões. Toda sociedade democrática constrói a igualdade a partir das diferenças que a impulsionam para a sua permanente renovação e combate das desigualdades que a ameaçam e desestabilizam.

A responsabilidade cidadã tem como consequência a necessária capacidade de aglutinar os valores e compromissos originais da democracia e atualizar o seu sentido no atual período. A missão de cada cidadão ou Estado é, simultaneamente, defender, aprimorar e legitimar as democracias. Esse é um apelo moral e político integrado à convicção de que a democracia é um direito de todos os povos. A partir disso, afirma-se que a igual dignidade humana precisa ser uma convicção sem a qual não se pode conviver ou ordenar qualquer ambiente social e, por consequência, emerge a necessidade de construir a igualdade a partir da diversidade social e cultural. Logo, “o *status* de igualdade é uma conquista fundamental para a equidade social³¹”. O homem, na condição de agente

³⁰RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 24.

³¹ZAMBAM, Neuro José. A democracia contemporânea: entre a cruz e a espada. In. TRINDADE, A. K.; ESPÍNDOLA, A. A. S.; BOFF, S. O. (Orgs.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação**

social, possui compromissos de atuar do ponto de vista moral e político para influenciar e ordenar a vida social com o seu aparato jurídico, institucional e de participação em vista do bem comum, isto é, o bem de todos.

A meta de construção de bem de todos é um princípio básico da democracia desde a sua origem e precisa ser reconfigurada conforme a evolução social e a emergência de novos contextos e prerrogativas às quais o sistema deve orientar segundo um processo que inclui a renovação dos mecanismos de participação que precisam ser cada vez mais sólidos, a correção das desigualdades, o fortalecimento das instituições e o aprimoramento constante da razão pública e da estrutura jurídica. O direito à democracia está inserido nessa conjuntura cujas deficiências, problemáticas e potencialidades ultrapassam as fronteiras territoriais, culturais e institucionais.

Outrossim, cabe ressaltar que as novas formas de relacionamento e a explicitação das múltiplas filiações culturais, juntamente com as pesquisas que indicam a pluralidade de referências e influências que contribuíram para a formação dos valores da democracia e da própria convivência humana, clamam pelo direito universal à democracia, bem como pela responsabilidade de cada cidadão em vista da efetivação desse objetivo. Pode-se citar, como exemplo, a origem e evolução do conceito de tolerância, atualmente tão caro às democracias contemporâneas e necessário para dirimir conflitos e para o exercício das liberdades e o direito das culturas³².

A fundamentação do direito à democracia, considerando as suas deficiências e as suas inúmeras potencialidades, precisam contemplar a estrutura conceitual e a consequente capacidade de concretização dos seus ideais no cotidiano dos cidadãos. Feitas essas inferências acerca da democracia, cabe, nesse momento averiguar a legitimidade dessa decisão liminar exarada na ADPF 347 MC/DF.

Inicialmente a ADPF é um instrumento regulamentada pela Lei 9.882/1999 e, que está prevista no artigo 102, §1º, da CF/88, ela foi o instrumento utilizado por um determinado partido político brasileiro, para reconhecer os instituto do Estado de Coisas Inconstitucionais (ECI), o objetivo da ADPF é “evitar o reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público [...]. Caberá também quando for relevante

Strictu Senso da Faculdade meridional. Passo Fundo: IMED, 2014.

³² ZAMBAM, Neuro José; AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. Tolerância: reflexões filosóficas, políticas e jurídicas para o século XXI. In: **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 142, n. 137, p. 374, março de 2015. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/389/323>. Acesso em 21 de outubro de 2015.

o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal”.³³

A referida ADPF suscitou a precariedade do sistema carcerário, o qual é competência do Poder Executivo sua manutenção, “seja reconhecida a figura do “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro e a adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos, que alega decorrerem de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal”.³⁴ A partir dessa petição foi que se iniciou a discussão acerca legitimidade democrática do Poder Judiciário ao consignar decisões interventivas sobre os atos dos outros poderes quando há a percepção de mau funcionamento estrutural do Estado.³⁵

O autor refere que a “legitimidade do ativismo judicial das cortes [...] possuam a virtude de alimentar o diálogo institucional, e não a supremacia judicial”, segue o autor afirmando que assim dessa forma, ou seja, alcançado o diálogo, assegura a legitimidade democrática de sua intervenção.³⁶ Portanto o autor defende o “ativismo judicial dialógico como possibilidade legítima de intervenção judicial em face de um ECI”.³⁷ O próprio legitimado afirmou que não ofende à democracia a atuação do judiciário, pois a mesma está voltada para a proteção de direitos fundamentais, cujos envolvidos são minorias impopulares. O pedido ainda está em fase cautelar, carecendo de apreciação do mérito, mas pode ser visto como um movimento no que se refere ao reconhecimento de tal instituto no direito brasileiro.

Considerações Finais

A proposta inicial do artigo era verificar se as categorias Tópica Jurídica, Democracia e Globalização e as decisões transnacionais tinha relação com a decisão liminar exarada pela Supremo Tribunal Federal que reconheceu liminarmente o instituto do

³³ OLIVEIRA, Erival da Silva. **Prática Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 77.

³⁴ BRASIL. Supremo p. 3.

³⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: JusPodvim, 2016, p. 215.

³⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: JusPodvim, 2016, p. 215.

³⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: JusPodvim, 2016, p. 219.

Estado de Coisas Inconstitucional. De pronto já salientamos que tais categorias necessitam um aprofundamento teórico, contudo o que no presente artigo não comporta tal minúcia.

Percebeu-se no decorrer da pesquisa que houve um processo célere de globalização cujas influências foram universais que interferiram e remodelaram a estruturação das sociedades e das instituições sendo uma delas o Poder Judiciário. Portanto, a globalização quando atinge a seara das decisões jurídicas que importam as decisões estrangeiras e as aplicam no ordenamento jurídico brasileiro geram inquietações no que tange a democracia.

No entanto pode-se perceber que quando a decisão importada por meio do transnacionalismo judicial, como é o caso da decisão exarada na ADF 347MC/DF, que a democracia resta preservada, uma vez que foram levantadas questões envolvendo direitos fundamentais que nos são muito caras. Ademais, a proposta do instituto busca estabelecer um diálogo entre os poderes e dessa forma não pode ser considerada ilegítima, nem mesmo uma manifestação de supremacia do Poder Judiciário.

No que se refere a Tópica infere-se que ela é um instrumento, uma vez que compreende o sistema aberto e, que procura encontrar a melhor solução para o problema, portanto, tal mecanismo nos parece estar em sintonia com o fenômeno da globalização, com isso ela legitima a aderência dos tribunais às aplicações de decisões estrangeiras no direito brasileiro.

Reitera-se que o trabalho em si carece de um aprofundamento teórico acerca de todos os temas tratados nessa investigação, pois a mutabilidade do direito influenciada pela globalização exige tal atualização.

Referências Bibliográficas:

ARGUELHES, Diego Werneck. Soberania. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

ARISTÓTELES. **Órganon**: Categorias, Da interpretação, Analíticos anteriores, Analíticos posteriores, Tópicos, Refutações sofistas. Traduzido por Edson Bini. Bauru: Edipro, 2ª ed., 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental MC n. 347DF**. Ministro Relator Marco Aurélio Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 25 de maio de 2018.

- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Tópica e argumentação jurídica**. 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/985/R163-10.pdf?sequence=4>> Acesso em: 28 fev. 2017.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: JusPodvim, 2016.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.
- GIAMBIAGI, Fábio; BARROS, Octávio de. **Brasil globalizado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- LEAL, Mônica Clarissa Henning. Absolutismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) **Dicionário de Filosofia Política**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010.
- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A Tópica e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. Tópica. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. Estado. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) **Dicionário de Filosofia Política**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010.
- NUNES JÚNIOR, Flávio Martins. **Curso de direito constitucional**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- OLIVEIRA, Erival da Silva. **Prática Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016
- RAWLS, John. **Conferências sobre a história da filosofia política**. Tradução de Fábio M. Said. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: Tópica, Discurso, Racionalidade**. Florianópolis: Momento Atual, 2004.
- STAFFEN, Márcio Ricardo; WENTZ, Gustavo. Os juízes e os tribunais como agentes da globalização. A utilização de leis e jurisprudência estrangeiras pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2015. In: **Direito, Democracia e Sustentabilidade: programa de pós-graduação stricto sensu em Direito da Faculdade Meridional**. PIRES, Cecília Maria Pinto; PAFFARINI, Jacopo; CELLA, José Renato Gaziero. Erechim: Deviant, 2017.
- TONET, Fernando. **Reconfigurações do constitucionalismo: evolução e modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade**, 2013.
- VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

ZAMBAM, Neuro José. A democracia contemporânea: entre a cruz e a espada. In. TRINDADE, A. K.; ESPÍNDOLA, A. A. S.; BOFF, S. O. (Orgs.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação Strictu Senso da Faculdade meridional**. Passo Fundo: IMED, 2014.

ZAMBAM, Neuro José; AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. Tolerância: reflexões filosóficas, políticas e jurídicas para o século XXI. In: **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 142, n. 137, p. 374, março de 2015. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/389/323>. Acesso em 21 de outubro de 2015.