

Organizadores
Aldacy Rachid Coutinho
Enoch Albertí
Fernando Facury Scaff

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS EM UM ORDENAMENTO PLURAL

TEXTOS DAS VI JORNADAS ITALO-HISPANO-BRASILEIRAS
DE DIREITO CONSTITUCIONAL, BARCELONA-ESPANHA,
UNIVERSIDAD DE BARCELONA, UNIVERSIDA POMPEU FABRA

LA PROTECCION DE LOS DERECHOS EN UN ORDENAMIENTO PLURAL

ENSAYOS DE LAS VI JORNADAS ITALO-HISPANO-BRASILEÑAS
DE DERECHO CONSTITUCIONAL, BARCELONA-ESPAÑA,
UNIVERSIDAD DE BARCELONA, UNIVERSIDAD POMPEU FABRA

LA PROTEZIONE DEI DIRITTI IN UN ORDINAMENTO PLURALE

SAGGI DELLE VI GIORNATE ITALO-SPAGNO-BRASILIANE DI
DIRITTO COSTITUZIONALE, BARCELONA-SPAGNA, UNIVERSIDAD
DE BARCELONA, UNIVERSIDAD POMPEU FABRA

Apoio:





Copyright© 2017 by Aldacy Rachid Coutinho, Enoch Albertí e Fernando Facury Scaff
Editor Responsável: Aline Gostinski
Capa e Diagramação: Carla Botto de Barros

CONSELHO EDITORIAL:

Aldacy Rachid Coutinho (UFPR)	Alexandre Moraes da Rosa (UFSC e UNIVALI)
Aline Gostinski (UFSC)	André Karam Trindade (IMED-RS)
Antônio Gavazzoni (UNOESC)	Augusto Jobim do Amaral (PUCRS)
Aury Lopes Jr. (PUCRS)	Claudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva (ESMESC)
Eduardo Lamy (UFSC)	Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (UFPR)
Juan Carlos Vezzulla (IMAP-PT)	Juarez Tavares (UERJ)
Julio Cesar Marcelino Jr. (UNISUL)	Luis Carlos Cancellier de Olivo (UFSC)
Marco Aurélio Marrafon (UERJ)	Márcio Staffen (IMED-RS)
Orlando Celso da Silva Neto (UFSC)	Paulo Marcio Cruz (UNIVALI)
Rubens R. R. Casara (IBMEC-RJ)	Rui Cunha Martins (Coimbra-PT)
Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino (IMED)	Thiago M. Minagé (UNESA/RJ)

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

P96

A proteção dos direitos em um ordenamento plural : textos das VI Jornadas Italo-hispano-brasileiras de direito constitucional, Barcelona-Espanha, Universida de Barcelona, Universidad Pompeu Fabra = La proteccion de los derechos en un ordenamento plural : ensayos de las VI Jornadas Italo-hispano-brasileñas de derecho constitucional, Barcelona-Espanã, Universidad de Barcelona, Universidad Pompeu Fabra = La protezione dei diritti in un ordenamento plurale : saggi delle VI Giornate Italo-spagno-brasiliane di diritto costituzionale, Barcelona-Spagna, Universidad de Barcelona, Universidad Pompeu Fabra / Aldacy Rachid Coutinho, Fernando Facury Scaff, Enoch Albertí. - 1. ed. - Florianópolis, SC : Empório do Direito, 2017.
366 p.

ISBN 978-85-9477-076-9

Texto em português, espanhol e italiano

1. Direitos fundamentais. 2. Direitos humanos. I. Coutinho, Aldacy Rachid. II. Scaff, Fernando Facury. III. Albertí, Enoch.

17-42484

CDU: 342.7

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.

A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§. Lei nº 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à Empório do Direito Editora.



Todos os direitos desta edição reservados à Empório do Direito

Rua: Santa Luzia, 100 – sala 610 – CEP 88036-540 – Trindade – Florianópolis/SC
www.emporiiododireito.com.br – editora@emporiiododireito.com.br

Organizadores
Aldacy Rachid Coutinho
Enoch Albertí
Fernando Facury Scaff

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS EM UM ORDENAMENTO PLURAL

**TEXTOS DAS VI JORNADAS ITALO-HISPANO-BRASILEIRAS
DE DIREITO CONSTITUCIONAL, BARCELONA-ESPANHA,
UNIVERSIDAD DE BARCELONA, UNIVERSIDA POMPEU FABRA**

LA PROTECCION DE LOS DERECHOS EN UN ORDENAMIENTO PLURAL

**ENSAYOS DE LAS VI JORNADAS ITALO-HISPANO-BRASILEÑAS
DE DERECHO CONSTITUCIONAL, BARCELONA-ESPAÑA,
UNIVERSIDAD DE BARCELONA, UNIVERSIDAD POMPEU FABRA**

LA PROTEZIONE DEI DIRITTI IN UN ORDINAMENTO PLURALE

**SAGGI DELLE VI GIORNATE ITALO-SPAGNO-BRASILIANE DI
DIRITTO COSTITUZIONALE, BARCELONA-SPAGNA, UNIVERSIDAD
DE BARCELONA, UNIVERSIDAD POMPEU FABRA**



ÍNDICE DA OBRA

APRESENTAÇÃO.....	7
Fernando Facury Scaff	

PRIMEIRA PARTE - A PROTEÇÃO INTERNA DOS DIREITOS

CAPÍTULO 1	
LA PROTECCION DE LOS DERECHOS EN UN ORDENAMIENTO PLURAL: LA PROTECCIÓN INTERNA DE LOS DERECHOS	13
Roberto Bin	

CAPÍTULO 2	
A SINGULARIDADE DO PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA DO TRABALHO NO BRASIL	25
Aldacy Rachid Coutinho	

CAPÍTULO 3	
POLÍTICAS PÚBLICAS, PODER LEGISLATIVO E PODER JUDICIÁRIO ...	43
Cintia Rejane Moller Araujo	

CAPÍTULO 4	
LA GARANTÍA FINANCIERA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN BRASIL	49
Fernando Facury Scaff	

CAPÍTULO 5	
O RECURSO DE AMPARO E A REALIDADE DA JURISDIÇÃO BRASILEIRA: A GARANTIA DA CENTRALIDADE DA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	57
Francisco Sérgio Silva Rocha	

SEGUNDA PARTE - AS RELAÇÕES ENTRE AS ORDENS NACIONAL, SUPRANACIONAL E INTERNACIONAL NA TUTELA DOS DIREITOS

CAPÍTULO 6	
LE RELAZIONI TRA L'ORDINAMENTO NAZIONALE, SOVRANAZIONALE E INTERNAZIONALE NELLA TUTELA DEI DIRITTI	75
Elisabetta Lamarque	

CAPÍTULO 7	
LA SUPRALEGALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN BRASIL	141
Antonio Maués	

CAPÍTULO 8	
¿ES LA PROTECCIÓN MULTINIVEL DE DERECHOS BUENA PARA LOS INDIVIDUOS?	161
Aida Torres Pérez	

CAPÍTULO 9

LA PROTECCION DE LOS DERECHOS EN UN ORDENAMIENTO PLURAL: I DIFFERENTI LIVELLI DI PROTEZIONE DEI DIRITTI: UN INVITO A RIPENSARE I MODELLI	175
Roberto Romboli	

CAPÍTULO 10

SALVAGUARDIA DEI DIRITTI FONDAMENTALI ED EQUILIBRI ISTITUZIONALI IN UN ORDINAMENTO "INTERCOSTITUZIONALE" ..	215
Antonio Ruggeri	

CAPÍTULO 11

IL DIFFICILE CONFRONTO TRA EUROPA E AMERICA LATINA SU DIRITTO GIURISPRUDENZIALE E TUTELA MULTIORDINAMENTALE DEI DIRITTI FONDAMENTALI.....	245
Michele Carducci	

TERCEIRA PARTE - AS RELAÇÕES JUIZ-LEGISLADOR NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO 12

AS RELAÇÕES JUIZ-LEGISLADOR NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	271
Luiz Alberto David Araujo	

CAPÍTULO 13

IL RAPPORTO TRA GIUDICE E LEGISLATORE NELLA TUTELA DEI DIRITTI: VERSO UN NUOVO EQUILIBRIO	295
Paolo Caretti	

CAPÍTULO 14

LEGISLATORE E GIUDICE NELLA PROTEZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI. IL CASO DELL'UNIONE EUROPEA.....	309
Gaetano Azzariti	

CAPÍTULO 15

LAS RELACIONES JUEZ - LEGISLADOR EN LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES (21 OBSERVACIONES SOBRE EL CASO ESPAÑOL)	319
Miguel Revenga	

CAPÍTULO 16

A SEPARAÇÃO DOS PODERES REVISITADA: ENTRE A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, O ATIVISMO JUDICIAL E A RETRAÇÃO DO LEGISLATIVO.....	333
Gina Vidal Marcilio Pompeu	
Clarissa Fonseca Maia	

APRESENTAÇÃO

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS EM UM ORDENAMENTO PLURAL

Fernando Facury Scaff¹

Direitos humanos e direitos fundamentais são expressões frequentemente utilizadas como sinônimas, mas possuem diferentes significados. Ambos decorrem de uma criação humana e se caracterizam por serem instrumentos contra atos que não levem em consideração a dignidade dos indivíduos, venham de onde vier – dos governos, do poder econômico ou simplesmente em razão de relações sociais assimétricas. Nesse sentido, *indivíduo* é a pessoa não-dividida, ente singular da sociedade, que apenas por fazer parte da espécie humana já é senhor de direitos em sua convivência social.

Esses direitos não surgiram de sábios debruçados sobre livros empoeirados e nem de ordenações editadas por emissários divinos. Decorrem de lutas travadas ao longo dos séculos, fruto da conflituosidade da espécie humana.

Direitos humanos engloba um conceito que têm a pretensão de ser válido para todos os homens, em todos os tempos, sendo usualmente vinculados ou ao *direito natural* ou a uma lógica *humanista*. Seguir esse caminho obriga trilhar um debate sobre *culturalismo*, pois diferentes culturas podem ter distintas compreensões do que esteja inserido no núcleo duro desses direitos.

Direitos fundamentais são aqueles *direitos humanos* que foram positivados pelo ordenamento jurídico de cada país, seja em razão de sua direta inserção no sistema normativo interno, seja pela internalização de normas supranacionais e internacionais. A diferença é de alcance—se tais direitos são *para todos os homens* ou *para* os habitantes de determinado país. Cada país tem seu rol de *direitos fundamentais*, que são positivados e aplicados de acordo com

1. Professor da Universidade de São Paulo (USP) e da Universidade Federal do Pará (UFPA). Livre docente e Doutor em Direito pela USP. Advogado, sócio do escritório Silveira, Athias, Soriano de Mello, Guimarães, Pinheiro e Scaff – Advogados.

as relações socioeconômicas daquela sociedade.

Tratar de *direitos humanos* permite maior facilidade na busca de sua *globalização*, pois transcende fronteiras. Os *direitos fundamentais* estão delimitados no tempo e espaço jurídico de um país. Logo, seu estudo traz uma série de outras dificuldades metodológicas, pois obriga a realização de análise de direito comparado, para buscar identidades, semelhanças e distinções, mesmo quando é idêntico o texto da norma interna ou internalizada.

Como os *direitos fundamentais* são aplicados vem sendo objeto de estudos do grupo formado por professores e pesquisadores de Itália, Espanha e Brasil, que se reúnem anualmente para debater o assunto. O desafio é analisar a aplicação dos *direitos fundamentais* nesses três países, que possuem trajetórias históricas e culturais tão diversas, o que resulta em diferentes tradições democráticas. A Itália é uma república, regida pela Constituição de 1948, que reorganizou o país após a II Grande Guerra. A Espanha é uma monarquia, regida pela Constituição de 1978, surgida após a derrocada do regime autoritário do generalíssimo Franco. O Brasil é também uma república, regido pela Constituição de 1988, promulgada após a derrubada de um regime autoritário-militar que durou cerca de 20 anos.

Várias *Jornadas* foram realizadas e livros editados. Um primeiro encontro discutiu a questão dos *direitos sociais* (2008, Belém²), posteriormente foram tratados temas relacionados à *legalidade* (2009, Palermo), às *novas dimensões da participação política* (2010, Segóvia³), à *discriminação por orientação sexual* (2011, Fortaleza⁴), problemas relacionados à *crise financeira mundial* (2012, Lecce⁵), e o presente livro decorre do encontro realizado em 2013, em Barcelona. Outras *Jornadas* já ocorreram em 2014⁶, 2015⁷ e 2016⁸.

2. SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, R.; REVENGA, M. (Org.). A Eficácia dos Direitos Sociais – I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália. São Paulo: Quartier Latin, 2010. Também editada na Itália: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, R.; REVENGA, M. (Org.). Problemi e prospettive in tema di tutela costituzionale dei diritti sociali. Brasile, Spagna, Italia. Milano: Giuffrè, 2009.
3. PAJARES, Emilio (Org.). Nuevas dimensiones de la participación política. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
4. POMPEU, Gina Vidal Marcílio; SCAFF, Fernando Facury. (Org.) Discriminação por orientação sexual: a homossexualidade e a transexualidade diante da experiência. Florianópolis: Conceito, 2012.
5. POMPEU, Gina Vidal Marcílio; CARDUCCI, Michele e ARAUJO, Luiz Alberto David. (Org.). A Constituição à prova da crise financeira internacional. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
6. 2014 (Foz do Iguaçu). O livro correspondente ao tema já foi lançado: COUTINHO, Aldacy Rachid; COPETTI, Alfredo e ARAUJO, Luiz Alberto David. (Org.). Nas fronteiras do Direito: Sustentabilidade e Desenvolvimento. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
7. 2015 (Pisa-Firenze). Já foi editado o livro: CARETTI, Paolo; ROMBOLI, Roberto. La lingua dei giuristi. Pisa: Pisa University Press, 2016.
8. Em 2016 (Madrid) o tema foi El Derecho a la Intimidad, estando o livro no prelo.

Esta obra reúne textos dos conferencistas e as comunicações apresentadas nas Jornadas de 2013, cujo tema central foi *A proteção dos Direitos em um ordenamento plural*. Foram realizadas três sessões, orientadas pelos seguintes subtemas: 1) *A proteção interna dos direitos*; 2) *As relações entre as ordens nacional, supranacional e internacional na tutela dos direitos* e 3) *As relações juiz-legislador e a garantia dos direitos fundamentais*. Os subtemas foram abordados por um expositor de cada país, o que permite uma análise comparada acerca da aplicabilidade do exercício desses direitos fundamentais, em diferentes sistemas jurídicos. Como se pode ver pelo sumário da obra, busca-se demonstrar como os direitos fundamentais vêm sendo protegidos nos diferentes países, sob diferentes enfoques.

Seguramente é uma obra de referência para os estudiosos dos direitos fundamentais, que nela terão um conjunto relevante de informações disponível para suas pesquisas acerca da proteção desses direitos.

O grupo segue sua trajetória. O encontro de 2017 (Recife) tratará d'*Os limites à atividade criativa do juiz*. Fique atento.

Aproveite a leitura.

São Paulo, março de 2017.