



UNIVERSIDADE DE  
**COIMBRA**

Carlos Wagner Dias Ferreira

**DIÁLOGO TRANSJUDICIAL DOS DIREITOS  
HUMANOS FUNDAMENTAIS:**

**SISTEMA ÚNICO DE PROTEÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS**

Tese no âmbito do Doutoramento em Direito, Ramo de Direito Público, orientada pelo  
Professor Doutor Jónatas Eduardo Mendes Machado e apresentada Faculdade de Direito da  
Universidade de Coimbra.

Outubro de 2019



UNIVERSIDADE D  
COIMBRA

Carlos Wagner Dias Ferreira

**DIÁLOGO TRANSJUDICIAL DOS  
DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS:**

*Sistema único de proteção judicial dos direitos  
humanos fundamentais*

**Tese no âmbito do Curso de Doutoramento em Direito Público  
orientada pelo Professor Doutor Jónatas Eduardo Mendes Machado  
e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.**

Outubro de 2019

**Carlos Wagner Dias Ferreira**

**DIÁLOGO TRANSJUDICIAL DOS DIREITOS  
HUMANOS FUNDAMENTAIS:**

*Sistema único de proteção judicial dos direitos humanos  
fundamentais*

**Tese no âmbito do Curso de Doutoramento em Direito Público  
orientada pelo Professor Doutor Jónatas Eduardo Mendes Machado  
e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.**

Outubro de 2019

*“Quanto mais largas vastidões abrange o saber, tanto mais razão de serem modestos os seus cultores. A circunferência visual se enchansa, à medida que a luneta do observatório alcança mais longe. Mas o observador é um ponto, que se reduz cada vez mais no centro do horizonte sensível. Muito há que alguém disse: ‘O sábio sabe que não sabe’” Rui Barbosa (Discurso no Colégio Anchieta, 1903)*

## **AGRADECIMENTOS**

---

Agradeço, primeiramente, a Deus pelo que tem me proporcionado em minha vida e por ter me dado, nos momentos mais difíceis, força para concluir com êxito esta tese.

Agradeço aos meus pais, Antônio Carlos Ferreira e Maria do Céu Dias, pelo incansável apoio e amor e, em especial, pelos ensinamentos e lições que formataram a minha personalidade e tudo que sou hoje em dia.

Agradeço ao Professor Doutor Jónatas Eduardo Mendes Machado pela excelência da orientação desta dissertação, que, com muita paciência, sensibilidade, gentileza e sapiência, soube com extrema maestria me conduzir à conclusão deste verdadeiro projeto de vida. Todas as conversas me levaram a trilhar pela estrada mais escurteira e lúcida, em termos metodológicos e científicos, para que eu alcance enfim o meu objetivo investigativo.

A todos que, direta e indiretamente, me apoiaram nesta longa jornada, colegas de turma, amigos e familiares, fica a minha gratidão mais pura.

A Michele Nóbrega Elali, que insistiu incansavelmente para que eu finalizasse essa etapa importantíssima em minha vida e que fez parte dela desde os primeiros instantes.

E, por fim, às minhas filhas, Júlia e Beatriz, amores inesgotáveis e eternos da minha vida, que, pelos seus sorrisos, conseguiram me estimular e não desistir de travar essa grande batalha por anos na escrita desta minha contribuição à ciência jurídica.

## RESUMO

---

A presente dissertação de doutoramento trata do fenômeno do diálogo transjudicial que se realiza entre juízes e tribunais nacionais, regionais, supranacionais e internacionais no âmbito da proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. A investigação parte, em princípio, de uma análise da mudança do papel pelo qual vem passando o Estado e, por conseguinte, o Poder Judiciário, no cenário de uma comunidade global, cada vez mais dialógico, rompendo com antigos paradigmas que concebem o direito como estrutura exclusivamente normativa, calcada em sua unidade e no perfil hierárquico, e, em seu lugar, busca construir uma concepção de direito produzido por juízes e tribunais que procura harmonizar o atual pluralismo de fontes e de narrativas normativas, oriundas de constituições e tratados e convenções internacionais de direitos humanos, e que possua uma feição heterárquica, à luz de um constitucionalismo global. Este trabalho utiliza como uma das matrizes filosófico-sociológicas o pensamento sistêmico de Niklas Luhmann, especialmente para explicar a relação entre decisões judiciais que sucedem no tempo no processo de incorporação de sentidos e de elementos de interpretação. Uma das preocupações do estudo consiste em edificar uma teoria geral do diálogo transjudicial de direitos humanos e de direitos fundamentais que demarque o que significa esse processo dialógico e de que forma ocorre, diferenciando-o de outras figuras afins, como o direito comparado e várias outras teorias de compatibilização entre o direito interno e o direito internacional. A teoria propugnada colima permitir o livre trânsito de sentidos e interpretações entre juízes e tribunais num único sistema de proteção, sem que seja necessário procedimentos formais de internalização de tratados e convenções internacionais ou mesmo de reconhecimento de *status* normativo de textos estrangeiros. O processo por meio do qual se desencadeia o diálogo transjudicial torna praticamente estéril a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais e entre sistemas nacionais, regionais, supranacionais e internacionais dos direitos do homem, podendo-se falar na existência de um verdadeiro sistema único e aberto de proteção de direitos humanos fundamentais. Esse diálogo transjudicial operacionaliza-se mediante processos de adoção do precedente dialogando como pressuposto argumentativo sintético (premissa decisória) que se incorpora à decisão dialogada, de análise argumentativa de fatos e aspectos jurídicos que diferencie (*distinguishing*) o caso dialogado submetido à apreciação do precedente apontado como paradigma decisório (diferenciação) ou do alargamento do âmbito aplicativo-normativo do precedente dialogando a incidir em um caso concreto, com base no raciocínio analógico (analogia). Os liames que se estabelecem entre os juízes e tribunais nacionais e internacionais, sobretudo entre as cortes regionais de proteção de direitos humanos, vêm conduzindo a formação de uma rede sistêmica que produz a incorporação circular de sentidos, de modo que as interpretações formam novos sentidos em um típico movimento circular entre as cortes dialogandas em um contínuo processo de enriquecimento e aprendizado na proteção dos direitos humanos fundamentais. Esse processo de diálogo transjudicial, ainda que obrigatório, não leva necessariamente à uniformização e homogeneização de entendimentos entre todos os tribunais dialogandos, porém acaba, nessa busca constante de aprimoramento interpretativo, fortalecendo a proteção dos direitos humanos fundamentais no plano dos tribunais nacionais.

**Palavras-chave:** Diálogo transjudicial. Direitos humanos e direitos fundamentais. Juízes e tribunais. Constitucionalismo global. Incorporação circular de sentidos. Premissa decisória. *Distinguishing*. Rede sistêmica de proteção.

## ABSTRACT

---

The doctoral dissertation herein deals with the transjudicial dialogue phenomenon that takes place among national, regional, supranational and international judges and courts regarding the protection of human rights and fundamental rights. The investigation starts, in principle, from an analysis of the undergoing changing in the State role and, therefore, the Judiciary role, in the context of an increasingly dialogical global community, breaking old paradigms that conceive the law as exclusively normative structure, based on its unity and hierarchical profile, and instead seeks to build a conception of law produced by judges and courts that seeks to harmonize the current pluralism of normative sources and narratives, derived from constitutions and treaties and international human rights conventions, and has a heterarchic feature in the light of a global constitutionalism. This work uses as one of the philosophical-sociological matrices Niklas Luhmann's systemic thinking, especially to explain the relationship between judicial decisions that succeed in time in the process of meanings incorporation and elements of interpretation. One of the study's concerns is to build a general theory of transjudicial dialogue on human rights and fundamental rights that outlines what this dialogical process means and how it takes place, differentiating it from other similar figures, such as comparative law and several others compatibility theories between domestic and international law. The proposed theory collimates to allow the free movement of meanings and interpretations among judges and courts in a single system of protection, without the need for formal procedures of internalization of international treaties and conventions or even recognition of the normative status of foreign texts. The process whereby transjudicial dialogue is triggered makes the distinction between human rights and fundamental rights and among national, regional, supranational and international human rights systems practically sterile, and one can speak of the existence of a truly open and single protection system of fundamental human rights. This transjudicial dialogue is operationalized by adoption processes of the precedent dialoguing as a synthetic argumentative assumption (decision premise) that incorporates into the dialogued decision, argumentative analysis of facts and legal aspects that differentiates (distinguishing) the dialogued case submitted to the appreciation of the precedent pointed out as a decision-making paradigm (differentiation) or the widening of the applicative-normative scope of the precedent dialoguing to focus on a concrete case, based on analogical reasoning (analogy). The links among national and international judges and courts, especially regional human rights protection courts, have led to the formation of a systemic network that produces circular incorporation of meanings, so that interpretations form new meanings in a typical circular movement among the dialogical courts in a continuous enrichment and learning process in the protection of fundamental human rights. This process of transjudicial dialogue, although mandatory, does not necessarily lead to the standardization and homogenization of understandings among all dialoguing courts, but culminates in this constant search for interpretative improvement, strengthening the protection of fundamental human rights at the national courts level.

**Keywords:** Transjudicial Dialogue. Human rights and fundamental rights. Judges and courts. Global Constitutionalism. Circular incorporation of senses. Decision assumption. Distinguishing. Systemic protection network.

## **LISTA DE SIGLAS**

---

CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos  
TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos  
TADH – Tribunal Africano de Direitos dos Homens e dos Povos  
TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia  
CIJ – Corte Internacional de Justiça  
TPI – Tribunal Penal Internacional  
OEA – Organização dos Estados Americanos  
ComIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos  
ComEDH – Comissão Europeia de Direitos Humanos  
ComADH – Comissão Africana de Direitos Humanos  
STF – Supremo Tribunal Federal brasileiro  
STJ – Superior Tribunal de Justiça brasileiro  
CF – Constituição Federal brasileira de 1988  
ConIDH – Convenção Interamericana de Direitos Humanos  
ConEDH – Convenção Europeia de Direitos Humanos  
ConADH – Convenção Africana de Direitos Humanos  
CDFUE - Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia  
TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia (Tratado de Lisboa)  
OMC – Organização Mundial do Comércio  
ONU – Organização das Nações Unidas  
UE – União Europeia  
HC – Habeas corpus  
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade  
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental  
ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade  
RE – Recurso Extraordinário  
REsp – Recurso Especial



# ÍNDICE

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
1. Considerações iniciais.....	11
2. Razões da escolha do tema.....	19
3. Questões metodológicas.....	23

## PARTE I

### BASE TEÓRICO-DOGMÁTICA DO DIREITO GLOBAL DIALÓGICO

<b>CAPÍTULO I. ESTADO E COMUNIDADE INTERNACIONAL</b> .....	28
1.1. Estado.....	28
1.1.1. Estado nacional e soberania territorial .....	28
1.1.2. Estado e autoridade estatal .....	36
1.1.3. Estado como novo agente do mundo global.....	39
1.1.4. Estado dialógico .....	45
1.2. Comunidade global internacional .....	53
1.2.1. Sociedade sem homens.....	53
1.2.2. Da sociedade à comunidade global .....	59
1.2.3. Comunidade judicial global.....	65
<b>CAPÍTULO II. DIREITO E CONSTITUCIONALISMOS</b> .....	70
2.1. Surgimento da ideia do constitucionalismo .....	70
2.2. Fases do constitucionalismo estatal .....	77
2.2.1. Constitucionalismo moderno.....	77
2.2.2. Neoconstitucionalismo .....	83
2.3. Relações entre o direito interno e o direito internacional .....	91
2.4. Concepção hierárquica de proteção dos direitos humanos fundamentais.....	102
2.5. Constitucionalismo global.....	109
2.5.1. Pluralismo do direito .....	109
2.5.2. Fragmentação no direito .....	114
2.5.3. Heterarquia no direito.....	118

2.5.4. Constitucionalismo internacional .....	125
2.5.5. Modelos de constitucionalismo internacional .....	135
2.5.5.1. Transconstitucionalismo .....	135
2.5.5.2. Constitucionalismo societário.....	138
2.5.5.3. Constitucionalismo universal de proteção dos direitos humanos .....	140
2.5.5.4. Constitucionalismo supranacional dos regimes regionais dos direitos humanos.....	142
2.5.5.4.1. Regime europeu de proteção regional de direitos humanos .....	142
2.5.5.4.2. Regime americano de proteção regional de direitos humanos ..	146
2.5.5.4.3. Regime africano de proteção regional de direitos humanos .....	148
2.5.5.4.4. Regime asiático de proteção de direitos humanos .....	151
2.5.6. Constitucionalismo global judicial dialógico .....	152

## **PARTE II**

### **DIMENSÃO TEÓRICO-PRAGMÁTICA DO DIREITO JUDICIAL DIALÓGICO NO ÂMBITO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS**

<b>CAPÍTULO III. TEORIA DO DIÁLOGO TRANSJUDICIAL DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>163</b>
3.1. Terminologia e delimitação do objeto de estudo .....	163
3.2. A decisão e o precedente judiciais como fontes do direito .....	169
3.3. Observação da decisão judicial .....	174
3.4. A decisão judicial como premissa decisória .....	179
3.5. Elementos do diálogo transjudicial .....	186
3.5.1. Conceito.....	186
3.5.2. Citações aleatórias a precedentes estrangeiros .....	191
3.5.3. Diálogos explícitos e implícitos .....	199
3.5.4. Tipos de diálogo quanto à posição hierárquica .....	205
3.6. Diálogo e institutos afins.....	209
3.6.1. Diálogo transjudicial e direito comparado .....	209
3.6.2. Diálogo transjudicial e o pensar problemático .....	220
3.6.3. Diálogo transjudicial e controle de convencionalidade.....	221

3.6.4. Diálogo transjudicial e teoria da margem de apreciação nacional .....	226
3.6.5. Diálogo transjudicial e princípio da proteção equivalente .....	230
3.7. Críticas ao diálogo transjudicial.....	232
3.8. Critérios de utilização do diálogo transjudicial .....	242
3.9. Princípios da teoria do diálogo transjudicial.....	249
3.10. Vantagens do diálogo transjudicial .....	252
3.11. Diálogo transjudicial como sistema cognitivamente aberto .....	255

**CAPÍTULO IV. DIÁLOGO TRANSJUDICIAL NO SISTEMA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS.....266**

4.1. Técnicas de operacionalização do diálogo no sistema dos direitos humanos fundamentais .....	266
4.2. Diálogo de diferentes tribunais nacionais entre si .....	276
4.3. Diálogo entre as cortes regionais de direitos humanos .....	282
4.3.1. Diálogo da CIDH com a TEDH .....	285
4.3.2. Diálogo do TEDH com a CIDH.....	291
4.3.3. Diálogo da TADH com as demais cortes regionais de direitos humanos .....	293
4.3.4. Incorporação circular de sentidos entre cortes regionais de proteção de direitos humanos.....	295
4.4. Diálogo entre cortes regionais de proteção de direitos humanos e os tribunais internacionais e supranacionais.....	301
4.5. Diálogo entre cortes regionais de proteção de direitos humanos e tribunais nacionais vinculados à mesma convenção supranacional.....	306
4.5.1. Regime americano .....	313
4.5.2. Regime europeu.....	316
4.6. Diálogo entre cortes regionais de proteção de direitos humanos e tribunais nacionais sem vinculação às respectivas convenções supranacionais .....	321
4.7. Sistema único de proteção dos direitos humanos fundamentais .....	325
4.8. Obrigatoriedade da adoção do processo dialógico transjudicial.....	332
4.9. Heterogeneidade da interpretação dos direitos humanos fundamentais .....	340
4.10. Fortalecimento dos direitos humanos fundamentais no âmbito do direito interno pela rede sistêmica da comunidade judicial dialogante.....	348

<b>CONCLUSÃO</b> .....	352
1. Teses conclusivas .....	352
2. Considerações finais .....	356
<b>FONTES CITADAS</b> .....	358
1. Jurisprudência .....	358
2. Legislação .....	373
3. Referências (Doutrina).....	374

# INTRODUÇÃO

## 1. Considerações iniciais

Talvez em nenhuma outra época da história da civilização o homem tenha olhado e observado, com tamanha intensidade, as práticas, os costumes, os hábitos e as concepções de vida do outro que se encontra fora de seu núcleo territorial de sociedade e, sobretudo com ele interagido. Nunca se falou tanto em comunicação, em interação e, sobretudo, em diálogo. Jamais esteve tão na moda o ato de comunicar-se não apenas dentro de determinado espaço (loci), mas especialmente além das fronteiras territoriais.

Jean Baudrillard destaca o surgimento, nos dias atuais, de uma sociedade marcada pela multiplicação dos contatos sociais e o conseqüente enriquecimento recíproco dessa interação<sup>1</sup>. Na sua ótica, a socialidade dialética, tradicionalmente constatada entre o Estado e a sociedade civil, entre o público e o privado e o social e o individual, é sucedida pela “socialidade do contato, do circuito e da rede transistorizada de milhões de moléculas e de partículas mantidas numa zona de gravitação aleatória, imantadas pela circulação incessante e pelas milhares de combinações táticas que as eletrizam”<sup>2</sup>.

Basta um tímido olhar ao redor da sociedade atual, de forte influência da comunicação interativa ocorrida nas chamadas “redes sociais”. As comunicações perfectibilizadas por meio de vídeos, de áudios, de sons, de vozes e de imagens não têm respeitado minimamente fronteiras.

Como produto da sociedade, o direito sempre esteve em constante mudança e alteração de seus paradigmas, dogmas, concepções, ideias, pensamentos ao longo da trajetória da história da civilização ocidental, apoiada na tradição católica-romano-grega. Acontecimentos históricos, heranças culturais, até mesmo posições geográficas,

---

<sup>1</sup>BAUDRILLARD, Jean. *À sombra das maiorias silenciosas: o fim do social e o surgimento das massas.* (l'ombre des majorités silencieuses ou la fin du social). São Paulo: Brasiliense, 1985. p. 38.

<sup>2</sup>Id. *Ibid.*, p. 43.

origens antropológicas, conjuturas econômicas, sociais e políticas, interferiram marcadamente na formação e na evolução do que se entende por direito e o seu significado para cada Estado, para cada povo, para cada nação.

Não se revela surpresa alguma afirmar que o direito mudou ou vem mudando profundamente nos últimos trinta anos. Contudo, o que vem surpreendendo não é a possibilidade constante e ininterrupta de mutação do direito, o que sempre aconteceu. É a intensidade, a rapidez e o rompimento de premissas basilares que formataram o início de sua constituição jurígena, tal como se compreende hoje. Sempre no percurso da história, as sociedades notabilizaram-se, rápida ou mais lentamente, pelas mudanças em suas estruturas políticas, sociais, culturais, organizacionais, com reflexos determinantes no direito.

Uma das mudanças mais significativas que a sociedade vem apresentando diz respeito à velocidade da dinâmica social e da comunicação, reforçando a importância do diálogo como relevante instrumento de construção do próprio direito.

É inegável que há crescente invocação recíproca de julgados, decisões e precedentes judiciais entre tribunais nacionais e internacionais. Isso não representa qualquer novidade. No passado, como recorda David S. Law e Wen-Chen Chang, os tribunais, anteriormente de potências coloniais e hegemônicas globais, influenciavam, por intermédio de transmissão unidirecional de sua jurisprudência constitucional, tribunais de países mais frágeis em um processo de simples recepção. No presente, esse processo, de certa forma, migra para um diálogo ativo e contínuo cuja conversa entre os tribunais assume um caráter mais aberto e crítico. Esse salto, de um paradigma de recepção para um de diálogo, é atribuído ao processo de globalização que reduziu as barreiras à interação global<sup>3</sup>. Na dimensão territorial, as barreiras, as fronteiras ou muros ruíram.

O que desperta, em maior grau, curiosidade científica é como o fenômeno do diálogo além-fronteiras, chamado de diálogo transjudicial, realiza-se na prática e que

---

<sup>3</sup>LAW, David S.; CHANG, Wen-Chen. The limits of global judicial dialogue. *Washington Law Review*, v. 86, p. 528-529, 2011.

implicações repercutem na construção do direito, sobretudo no plano da proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Aldo Baldassarri já sinalizava a possibilidade de o direito internacional constituir-se em elemento de interpretação do direito interno, naquelas hipóteses em que não estivessem em jogo interesses vitais do Estado. Nestes casos, o direito interno seria formatado à luz do direito internacional, aceitando a possibilidade de interpretar no sentido e em conformidade com a inteligência emprestada no plano internacional<sup>4</sup>.

Prática corriqueira nos debates e nas decisões legiferantes dos parlamentares no trabalho do Legislativo e, portanto, muito presente na política legislativa e até mesmo nas relações com o Executivo, o diálogo, na acepção a ser apresentada neste trabalho, nunca foi matéria afeta à tradição do Poder Judiciário, especialmente aquele criado na família do *civil law*. Desde sempre, o Judiciário cultuou, por intermédio de certos procedimentos definidos em lei, a discussão dialética de teses apresentadas pelas partes no curso de um dado processo proposto em juízo (dentro de uma relação jurídico-processual). A decisão judicial, por conseguinte, representava a síntese, objeto de análise reflexiva, na contraposição entre a tese e a antítese defendida pelas partes litigantes.

No entanto, mais recentemente, vê-se, mesmo no Poder Judicial formatado à maneira da cultura europeia (Europa continental) do direito legislado (*civil law*) e de predomínio da soberania do parlamento, maior abertura para a adoção de parâmetros ou processos dialógicos entre juízes e tribunais, seja na definição da interpretação do direito aplicável, seja na solução de conflitos com a crescente adoção de práticas autocompositivas conhecidas como conciliação e mediação. Institutos antigos, mas que tem recebido maior prestígio do Poder Judiciário para enfrentar o aumento vertiginoso de demandas que nele desembarcam em todo o mundo e, agora, mais ainda, no terreno dos órgãos jurisdicionais internacionais.

Outro fenômeno de profundo impacto ao redor de vários países do mundo diz respeito à proeminência, nas palavras de Boaventura de Sousa Santos, que o Poder

---

<sup>4</sup>BAUDRILLARD, Jean. op. cit., p. 27.

Judiciário vem conquistando em relação às demais funções estatais no corpo da sociedade. Diz o professor lusitano que esse processo de mudança deriva da qualificação constitucional do debate travado no âmbito do Poder Judiciário, antes adstrito ao nível do direito ordinário, “como estratégia hermenêutica de um garantismo mais ousado dos direitos dos cidadãos”<sup>5</sup>.

Esse incremento na qualidade do debate judicial, em parte, deriva da maior interlocução dos direitos humanos sedimentados no plano internacional com os direitos fundamentais previstos internamente nos ordenamentos jurídicos dos países. Além da internalização de tratados e convenções internacionais nas ordens jurídicas internas dos Estados signatários, o principal propulsor dessas mudanças tem sido, ao que parece, a comunicação entre os tribunais, sejam localizados internamente em cada país, sejam os que se acham na esfera internacional.

Michel Bastarache localiza duas formas das cortes nacionais receberem influência do direito além fronteiras, sendo a primeira, a internalização de tratados e convenções internacionais ou supranacionais na ordem jurídica interna de cada país, e a segunda, o diálogo transjudicial<sup>6</sup>.

As constantes citações, interações e diálogos existentes atualmente entre os tribunais têm se constituído em problema central do direito no mundo global. De tirocínio impecável, Castanheira Neves profetiza que “O poder judicial, a função judicial ou, sobretudo e melhor, a jurisdição tornaram-se um tema e um problema centrais no universo jurídico dos nossos dias”<sup>7</sup>. Difícil encontrar alguma decisão de grande repercussão e peso na vida das pessoas, proferida por algum tribunal de elevada hierarquia jurisdicional (órgãos judiciais de cúpula, como cortes constitucionais e tribunais supremos), sem que se traga à colação julgados de outras cortes e tribunais

---

<sup>5</sup>SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 20.

<sup>6</sup>BASTARACHE, Michel. How internationalization of the law has materialized in Canadá. *University of New Brunswick Law Journal*, U.N.B.L.J., v. 59, p. 192, 2009.

<sup>7</sup>NEVES, Castanheira António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz”, ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: NEVES, Castanheira A. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. v. 3, p. 161.



estrangeiros e internacionais, notadamente quando se pretende mudar o paradigma interpretativo até então existente.

A intenção é demonstrar que a nova posição sufragada encontra guarida também em outros ordenamentos que já consagraram idêntico entendimento, o que revelaria o acerto do novo sentido ou interpretação então firmado. A mera comparação entre leis e estruturas normativas não se mostraria suficientemente persuasiva, certamente porque importaria comparar a atividade do legislador com a do juiz. Cotejar normas gerais com normas individuais, na antiga terminologia cunhada por Hans Kelsen<sup>8</sup>, o que parece não ser tão simples de operacionalizar. Algo que chega a se afigurar como inapropriado, em virtude de inúmeras sutilezas existentes nos ordenamentos jurídicos de cada país e das particularidades ínsitas ao caso concreto apreciado pelo Judiciário, notadamente provocadas pelas diversidades linguística e semiótica dos textos normativos.

Daí ser mais interessante almejar-se comparar interpretações judiciais no exame de casos submetidos ao crivo do Judiciário, a despeito de textos ou narrativas textuais completamente diversas, e projetar soluções para futuros casos, como se o juiz estivesse a “legislar”, ou melhor, “normatizar”, condutas e comportamentos futuros da sociedade. E isso com uma “discutível” vantagem, a sociedade já não estaria vinculada apenas à lei e, conseqüentemente, às suas variações exegéticas a depender de cada segmento societário, mas também a lei já fruto da interpretação dada pelo Judiciário com o selo da definitividade.

Críticas não faltam ao estudo de alguma faceta do protagonismo que o Poder Judicial vem conquistando no palco de construção do direito. Soberania nacional e territorialidade, inexistência de uma sociedade global, primazia da Constituição interna de cada país (neoconstitucionalismo), direito estruturado hierarquicamente e concebido como unidade normativa, insegurança da jurisprudência como “fonte” do direito, diversos sistemas de estatura multinível de proteção dos direitos dos cidadãos, divisão compartimentada entre as competências dos órgãos judiciais nacionais, internacionais,

---

<sup>8</sup>KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 260.

regionais e supranacionais e falta de critério e vinculação na invocação de precedentes judiciais são alguns dos argumentos principais que tornam a comunidade jurídica cética quanto à importância do diálogo entre tribunais no estudo do direito.

É inegável que a nova dinâmica global e internacional de um constitucionalismo multinível, profundamente influenciada por novas injunções da globalização, instiga a necessidade de repensar novos esquemas de entrelaçamento entre as normas de direitos fundamentais e de direitos humanos em todos os quadrantes internacionais, em especial quando se observa no cenário dos países americanos signatários do Pacto de São José da Costa Rica crescente, ainda que em ritmo lento e até mesmo quase imperceptível, interlocução normativa, dogmática e jurisprudencial entre tais direitos.

O Brasil tem sido um lamentável exemplo de tímida interlocução com a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Os números de referências a julgados da Corte Interamericana pelo Supremo Tribunal Federal, órgão situado no ápice da estrutura do Poder Judiciário brasileiro, têm apresentado quantitativos inexpressivos quando comparados com as citações que esse mesmo tribunal fez a decisões prolatadas pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, pelo Tribunal Constitucional da Alemanha e por outras cortes europeias, e até mesmo pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

A decisão judicial invocada serve unicamente como elemento informativo que veicula a existência de dado instituto ou figura jurídica naquele ordenamento jurídico comparado. Foi o que fez o Supremo Tribunal Federal brasileiro em diversos julgados de sua lavra. Dentre 240 (duzentas e quarenta) acórdãos em que houve menção a decisões judiciais estrangeiras, 98 (noventa e oito) foram da Suprema Corte norte-americana, 19 (dezenove) do Tribunal Constitucional português (embora cite muitos do Superior Tribunal de Justiça português), 75 (setenta e cinco) do Tribunal Constitucional Federal alemão, 23 (vinte e três) do Tribunal Constitucional espanhol, 2 (duas) do Tribunal Constitucional italiano, 17 (dezessete) do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e apenas 37 (trinta e sete) da Corte Interamericana de Direitos

Humanos<sup>9</sup>. Nem todos esses acórdãos referenciados se constata a presença de diálogo transjudicial. Ora há simples emissão de opinião genérica, ora direito comparado, ora situações de equívoco da utilização do precedente, ora utilização da técnica dialógica, sem que se perceba que está realizando genuíno diálogo transjudicial.

Outro exemplo de crescente utilização de referências a precedentes estrangeiros acontece em larga escala pelo Poder Judiciário dos Estados Unidos da América. David Zaring levanta dados empíricos que noticiam significativo aumento de citações a decisões estrangeiras, com destaque para a Suprema Corte do Canadá, para o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e o Superior Tribunal da Austrália, pelas cortes norte-americanas (incluindo os tribunais ordinários e as cortes superiores) entre os anos de 1950 a 2000 e, especialmente, quanto à interpretação do direito doméstico, após o início do século XXI<sup>10</sup>.

No princípio, a interlocução limitava-se apenas ao campo do direito positivado, comparando normas instituídas pelo legislador e a forma como cada ordem jurídica comportava-se diante dos fatores social, econômico, político e cultural de cada Estado-nação. Somente mais recentemente, o fenômeno do diálogo entre os tribunais tem se observado na comunidade jurídica transnacional.

Essa comunicação entre tribunais já se constitui em prática corrente por demais difundida na realidade da união europeia, com a fertilização recíproca de julgados e precedentes entre as cortes constitucionais ou tribunais supremos dos países integrantes da União e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos ou o Tribunal de Justiça da União Europeia. E, no caso do sistema europeu de proteção dos direitos humanos com

---

<sup>9</sup>JUSTIÇA FEDERAL. Conselho da Justiça Federal. *Jurisprudência Unificada*. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada>. Acesso em: 17 jul. 2019. Não foram contabilizados como decisões judiciais estrangeiras as citações a legislações, institutos e doutrinas estrangeiras. Idêntica constatação foi feita por Guilherme Peña de Moraes, ao se referir aos dados de 2007, quando afirmou que: “O relacionamento do Supremo Tribunal Federal do Brasil com os outros tribunais constitucionais, a nosso ver, não pode ser tomado como um diálogo entre eles, por força do baixo grau de utilização de jurisprudência estrangeira e, em especial, do alto grau de referências vazias a 31 precedentes estrangeiros, desprovidas de reflexão sobre os argumentos trazidos à colação” (MORAES, Guilherme Peña de. *Constitucionalismo multinacional: uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 52).

<sup>10</sup>ZARING, David. The use of foreign decisions by federal courts: an empirical analysis. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 3, n. 2, p. 313, July 2006.

um detalhe ainda mais relevante. Qualquer cidadão na Europa que se sentir lesado em seu direito previsto na Convenção Europeia de Direitos Humanos poderá ingressar diretamente com queixa/reclamação perante o Tribunal de Estrasburgo, sem que necessite antes de submetê-la a órgão prévio encarregado de analisar a admissibilidade do pedido (Comissão), tal como se exige na hipótese dos sistemas interamericano (Comissão Interamericana de Direitos Humanos) e africano (Comissão Africana de Direitos Humanos).

Diante de tais aspectos, surgem diversas questões que serão aprofundadas neste trabalho, tais como, se o diálogo transjudicial altera a concepção escalonada ou hierárquica do direito? A decisão ou o precedente judicial pode corresponder a uma sólida e segura fonte do direito ou relevante referência para a consolidação dos direitos humanos? O diálogo transjudicial é obrigatório ou facultativo? De que forma o diálogo transjudicial pode aperfeiçoar os mecanismos de proteção dos direitos humanos?

Demais disso, o diálogo transjudicial representaria um diálogo de culturas jurídicas ou simples intercâmbios de estudos de casos sem qualquer caráter vinculante? Existem critérios e princípios para o diálogo ou pode ser realizado aleatoriamente? Se existem, que critérios e princípios seriam esses para se perfectibilizar adequado diálogo transjudicial?

Ainda é oportuno aquilatar neste trabalho, se seria possível o Brasil ser obrigado a aplicar precedente judicial do Tribunal Europeu de Direitos Humanos ou mesmo Portugal vincular-se à Corte Interamericana de Direitos Humanos? Tem alguma relevância a adesão a tratado ou convenção internacional de direitos humanos para se vincular a jurisprudência dos tribunais nacionais, regionais, supranacionais ou internacionais? Essa vinculação somente pode se dar numa perspectiva hierárquica? Há vários sistemas de proteção de direitos humanos fundamentais ou um único sistema protetivo?

São essas questões que merecem uma profunda e adequada investigação que se desenrolará no percurso deste trabalho científico em busca de se criar uma teoria geral do diálogo transjudicial do sistema de proteção dos direitos humanos fundamentais.

## 2. Razões de escolha do tema

Como sustenta Giuseppe De Vergottini, a relação entre tribunais nacionais e internacionais é particularmente intensa na arena dos direitos humanos, uma vez que as constituições modernas passaram, diversamente do que ocorria antes, a instituir cláusulas de abertura no texto fazendo referência a tratados internacionais de direitos humanos<sup>11</sup>, como, por exemplo, ocorre, de maneira mais ostensiva, com as Constituições do Brasil de 1988 (art. 5º, §2º), da Argentina de 1994 (art. 31), da África do Sul de 1996 (art. 39), da Bolívia de 2009 (prevalência dos tratados – art. 13), do Equador de 2008 (arts. 84 e 424), da Venezuela de 1999 (art. 23 e 31) e da Colômbia de 1991(art. 93 e 94).

Na hipótese da África do Sul, a Constituição vai mais além do que mera cláusula de abertura, estimulando o intérprete constitucional a fazer referência a precedentes judiciais internacionais e estrangeiros no art. 39 da Carta Política de 1996. Preconiza esse dispositivo da Constituição sul-africana que, na interpretação dos direitos fundamentais, os juízes e tribunais devem, além de promover valores que estejam alicerçados na dignidade da pessoa humana, na igualdade e na liberdade, considerar o direito internacional e o direito estrangeiro<sup>12</sup>.

Gábor Halmai conta que a previsão encartada no art. 39 da Constituição sul-africana de 1996 deveu-se, em grande medida, à necessidade de o país ter que passar pela transição do “*apartheid*” para o modelo da democracia constitucional, já que os

---

<sup>11</sup>DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le corti*. Bologna: Il Mulino, 2010. p. 45.

<sup>12</sup>Redação original do art. 39.1 da Constituição da África do Sul de 1996: “(1) When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or fórum: (a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; (b) must consider international law; and (c) may consider foreign law”. SOUTH AFRICA. *The Constitution of the Republic of South Africa, 1996*. As adopted on 8 May 1996 and amended on 11 October 1996 by the Constitutional Assembly. Disponível em: <http://www.justice.gov.za/legislation/constitution/SACConstitution-web-eng.pdf>.

seus operadores do direito não possuíam a experiência recente do direito constitucional nem de um catálogo de direitos (*Bill of Rights*)<sup>13</sup>.

Andrea Lollini ainda complementa que os constituintes sul-africanos conscientizaram-se de que não havia qualquer ponto de referência no regime segregacionista anterior que pudesse servir de base para a interpretação do novo texto constitucional. Sem falar que a consciência de uma nova ordem constitucional exigia um período de aprendizagem legal e cultural para os membros do Judiciário ordinário e para os juízes constitucionais, que conduzisse à transformação de todo o sistema jurídico e à implementação da jurisdição constitucional<sup>14</sup>.

Nesse processo de migração de ideias constitucionais, a África do Sul inspirou-se no direito dos Estados Unidos da América, do Canadá, da Alemanha e no rol de direitos humanos previstos da convenção europeia a este respeito.

Apenas para citar o exemplo da Alemanha, o primeiro julgamento do Tribunal Constitucional sul-africano a considerar precedentes estrangeiros, em particular do Tribunal Constitucional Federal tedesco com 79 (setenta e nove) referências, foi o *caso S vs. Makwanyane* (1995), que decidiu a respeito da abolição da pena de morte naquele país, mas que também teceu várias considerações a respeito de interpretação constitucional<sup>15</sup>. Em outro caso, o Tribunal Constitucional africano, no *caso Vryenhoek v. Powell* (1996) fez referência a nada menos do que 17 (dezesete) precedentes alemães. Discutia-se se a Lei das Sociedades Empresariais nº 61/1973 violava a regra

---

<sup>13</sup>HALMAI, Gábor. The use of foreign law in constitutional interpretation. In: ROSENFELD, Michael; SAJÓ, András (Eds.). *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 1.344.

<sup>14</sup>LOLLINI, Andrea. The South African Constitutional Court experience: reasoning patterns based on foreign law. *Utrecht Law Review*, v. 8, n. 2, p. 60, May 2012. DOI: <http://doi.org/10.18352/ulr.195>.

<sup>15</sup>CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA. *S v Makwanyane and Another. S v. Makwanyone*, 1995 (3) SA 391 (CC). Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/3.html>. *S v. Makwanyone* 1995 (3) SA 391 (CC). Christa Rautenbach e Laurens du Plessis contabilizaram 220 (duzentas e vinte) citações de casos estrangeiros de 11 (onze) países e 3 (três) cortes supranacionais, sendo 79 (setenta e nove) de julgados alemães citados 28 (vinte e oito) vezes (RAUTENBACH, Christa; DU PLESSIS, Lourens. In the name of comparative constitutional jurisprudence: the consideration of german precedents by South African Constitutional Court Judges (August 16, 2013). *German Law Journal*, v. 14, n. 8, p. 1559, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2313038>).

constitucional que estipulava a proibição contra a auto-incriminação e, por via de consequência, o direito de um acusado a um julgamento justo à luz da Constituição de transição<sup>16</sup>. No julgamento de *Bernstein vs. Bester* (1996), a Corte africana fez 11 (onze) citações de decisões alemãs em um processo em que se debatia se a previsão encartada na Lei das Sociedades relativamente ao exame de pessoas e a divulgação de informações e documentos relativos aos assuntos da empresa encontrava-se em conformidade com a Constituição de transição. A análise tribunalícia gravitava em torno dos contornos e do alcance do princípio da interpretação conforme à Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), de construção profundamente refinada na jurisprudência tedesca<sup>17</sup>. Um outro, o caso *Du Plessis v. de Klerk* (1996), o Tribunal sul-africano, embora tenha feito 13 (treze) citações a julgados do Tribunal Constitucional Federal alemão, acabou não seguindo a sua orientação pacífica que admitia a incidência dos direitos fundamentais previstos na Constituição nas relações entre particulares<sup>18</sup>.

Christa Rautenbach e Laurens du Plessis, identificaram, por exemplo, que, nessas hipóteses julgadas, a maior parte das referências feitas a precedentes alemães era protagonizada apenas por 3 (três) juízes daquela corte, tais como Ackermann, Mahomed e Ngcobo<sup>19</sup>, o que mostra que não se pode dizer que a prática dialógica ocorre de maneira simétrica com todos os membros daquele tribunal.

O Brasil já teve regra semelhante à sul-africana. Com a proclamação da República em 1889 e o consequente fim do regime imperial, foi criada, por meio do Decreto nº 848/1890, a Justiça Federal, sob a inspiração do modelo federativo dos Estados Unidos da América, com o objetivo de processar e julgar as ações movidas contra o governo federal. O art. 386 de tal decreto dispunha que: “Os estatutos dos

---

<sup>16</sup>CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA. *Vryenhoek and Others v Powell NO and Others*. [Vryenhoek v. Powell 1996 (1) SA 984 (CC)]. <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1996/27.html>.

<sup>17</sup>CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA. *Bernstein v. Bester 1996 (2) SA 751 (CC)*. Disponível em: <https://collections.concourt.org.za/handle/20.500.12144/1997>.

<sup>18</sup>CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA. *Du Plessis and Others v De Klerk and Another*. 1996 (3) SA 850 (CC). Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/16487339/du-plessis-and-others-v-de-klerk-and-another-1996>.

<sup>19</sup>RAUTENBACH, Christa; DU PLESSIS, Lourens. op. cit., p. 1571.

povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na Republica dos Estados Unidos da America do Norte, os casos de *common law* e *equity*, serão também subsidiários da jurisprudência e processo federal”.

Como o Brasil no final do século XIX encontrava-se à época em processo de construção de suas instituições fundadas em novos postulados político-jurídicos, tais como o federalismo, a república, o presidencialismo e os Poderes constituídos federal e estadual (Executivo, Legislativo e Judiciário), o recurso ao direito estaduense mostrou-se o caminho mais tranquilo para evitar maiores sobressaltos ou rupturas na ordem jurídica brasileira.

Sem falar que se almejava no Brasil um rompimento por completo do modelo político-jurídico da antiga metrópole portuguesa, a exemplo que se desejou nos Estados Unidos da América, após a sua independência da Inglaterra em 1776. Conta Linda Greenhouse, inclusive, que os Estados de New Jersey, Kentucky e Pennsylvania aprovaram leis que proibiam os seus tribunais estaduais de citarem quaisquer casos decididos pelos tribunais ingleses, após 4 de julho de 1776, tendo o então presidente Thomas Jefferson, em correspondência privada, apoiado o esforço para livrar os tribunais americanos do direito inglês. No entanto, obtempera Greenhouse que a atitude americana em relação ao direito estrangeiro foi ambivalente, na medida em que, a despeito da hostilidade à cultura jurídica inglesa, o primeiro parágrafo da Declaração da Independência referia-se a “a decent respect for the opinions of mankind” e as primeiras decisões da Suprema Corte incluíam referências ao direito estrangeiro<sup>20</sup>.

É certo que o diálogo transjudicial não se limita às interações recíprocas entre direitos humanos e direitos fundamentais. Em qualquer área ou ramo do direito, é possível aquilatar as relações jurisprudenciais entre tribunais nacionais e internacionais. No entanto, mais do que qualquer outro segmento do direito, há inegável convite à circulação de entendimentos e interpretações entre direitos humanos e fundamentais. Otfried Höffe, ancorado na concepção culturalista, chega a vaticinar que os direitos humanos predestinam-se aos diálogos ou discursos interculturais (*interkulturelle*

---

<sup>20</sup>GREENHOUSE, Linda. *The U.S. Supreme Court: a very short introduction*. New York: Oxford University Press, 2012. p. 83.



Diskurse), tanto que essa pretensa universalidade não se confunde com uniformidade<sup>21</sup>. Para Höffe, a legitimidade dos direitos humanos estaria assentada na reciprocidade (Wechselseitigkeit) e, nomeadamente, no intercâmbio (Tausch)<sup>22</sup>.

Enfatiza Christopher McCrudden que a temática do diálogo transjudicial desperta um interesse sem igual no cenário dos direitos humanos e fundamentais da criatura humana. Para ele, equivocam-se os que o ligam a uma nova forma de “descobrir” uma lei natural, pois, ao que parece, os juízes buscam inspiração em experiências interpretativas estrangeiras para resolver conflitos atinentes a direitos humanos em meio a uma série de princípios colidentes, ainda que o resultado seja diferente em cada país<sup>23</sup>. Exalta José Martín y Peres de Nanclares que não existe habitat mais propício ao desenvolvimento do diálogo transjudicial no atual constitucionalismo contemporâneo do que a tutela dos direitos fundamentais<sup>24</sup>.

Por tais circunstâncias, embora fértil o estudo do diálogo transjudicial em outros campos do conhecimento científico, este trabalho demarca a investigação científica no campo exclusivo do liame dialógico entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, na medida em que se constitui no coração do constitucionalismo global.

### 3. Questões metodológicas

O tema escolhido desperta profundo interesse científico e pragmático tendente à resolução de problemas relacionados ao alcance dos direitos humanos na concretização da ordem jurídica interna e os direitos fundamentais na realização dos direitos humanos.

---

<sup>21</sup>HÖFFE, Otfried. *Vernunft und Recht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998. p. 57-58.

<sup>22</sup>Id. *Ibid.*, p. 73.

<sup>23</sup>McCRUDDEN, Christopher. A common law of human rights?: transnational judicial conversations on constitutional rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 20, n. 4, p. 528, 2000.

<sup>24</sup>MARTÍN Y PERES DE NANCLARES, José. El TJUE como actor de la Constitucionalidad en el espacio jurídico europeo: la importancia del diálogo judicial leal con los tribunales constitucionales y con el TEDH. *Teoría e Realidad Constitucional*, UNED, n. 39, p. 244, 2017. DOI: <https://doi.org/10.5944/trc.39.2017.19160>.

Como lembra Castanheira Neves, a metodologia jurídica procura analisar o “método da judicativo-decisória realização do direito”, que não se resume unicamente em simples aplicação ao caso concreto de normas pressupostas, mas verdadeira criação do direito (direito judicial)<sup>25</sup>.

Mas mesmo nesta hipótese, por mais que se debruce somente sobre casos (problemas e controversias jurídicos concretos), o direito não perde o sentido de “ordem e norma de validade e de valoração”<sup>26</sup>. Aliás, registra Castanheira Neves ser a realização judicativo-decisória que faz o direito simplesmente existir. Só a sua realização prática o corporifica em direito<sup>27</sup>.

Este trabalho, sem descurar das limitações próprias do método indutivo tão precisamente apontadas por Karl Popper<sup>28</sup>, buscará demonstrar a existência de um sistema único de proteção judicial dos direitos humanos fundamentais, mediante o estudo das relações que vêm se estabelecendo entre decisões proferidas por juízes e tribunais nacionais, regionais, supranacionais e internacionais que dialogam entre si.

Além da pesquisa doutrinária de fôlego empreendida, o principal objeto de investigação foi a análise de centenas de decisões judiciais de tribunais nacionais, regionais, supranacionais e internacionais que fizessem alguma citação ou referência a precedentes estrangeiros, com a finalidade de avaliar que espécie de relação dialógica mantinham entre si.

A pretensão deste estudo não se dirige a apresentar uma reflexão do fenômeno do diálogo transjudicial que esgote a compreensão do direito e o processo de sua realização prática. Não se nega – e nem se poderia fazê-lo – a inestimável importância da legislação em geral e de sua obediência cívica, da doutrina, das práticas, dos usos,

---

<sup>25</sup>NEVES, Castanheira António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1993. p. 17.

<sup>26</sup>Id. Ibid., p. 21.

<sup>27</sup>Id. Ibid., p. 25.

<sup>28</sup>Karl Popper questiona a natural limitação do método indutivo para inferir enunciados universais a partir de casos particulares pela quantidade de casos examinados. Não será, para ele, pela enorme quantidade de casos selecionados que, necessariamente, deixará o enunciado universal de ser falso. Entretanto, o que importa, para o método científico, é não ser contraditório ou incoerente, bastando que seja logicamente possível (POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Ed. Cultrix, 2010. p. 27-29).

do direito invisível, que contribuem para a formatação e construção do direito. O direito jurisprudencial é apenas uma parcela da grande dimensão do direito em geral.

Busca-se somente oferecer uma perspectiva comunicacional, sem olvidar a importância dos valores, da moral e dos princípios de coloração até mesmo jusnaturalista do direito. O diálogo transjudicial, longe de exaurir todas as facetas e tentáculos do direito, antes o aprimora, à medida em que se intensifica a comunicação entre tribunais no exame de casos concretos. O interesse, neste estudo, repousa na forma como o Judiciário decide os conflitos de interesses relacionados com direitos humanos fundamentais, instaurados nas ações judiciais, e como interage com outros órgãos também jurisdicionais espalhados pelo mundo.

É de bom alvitre destacar, desde logo, que não será debatido neste trabalho a concorrência entre jurisdições, entre diferentes tribunais, ou mesmo conflitos entre decisões proferidas por diferentes cortes sobre casos iguais ou similares, nem sequer o fenômeno conhecido como “*forum shopping*”. O foco será analisar de que forma um precedente citado influência e se relaciona com a decisão que o invoca.

O presente trabalho é constituído de quatro capítulos divididos em duas partes estruturantes, sendo a primeira delas, a base teórico-dogmática do direito global dialógico, e a segunda, a dimensão teórico-pragmática do direito judicial dialógico no âmbito dos direitos humanos fundamentais.

O primeiro capítulo inicia, dentro de uma perspectiva teórico-dogmática do direito global, a trajetória do Estado, desde a sua concepção tradicional vinculada à ideia de autoridade estatal e territorialidade até o seu atual papel de agente dialógico do mundo global, e a construção de um modelo de comunidade global judicial a partir de uma matriz conceitual fundada na teoria da sociedade sem homens.

No segundo capítulo, é realizada uma análise do percurso do constitucionalismo e do direito, desde o moderno, passando pelo neoconstitucionalismo, alicerçados em concepções de um Estado de direito fortemente iluminadas pelas luzes da presença estatal, até a configuração de um modelo de constitucionalismo global judicial com características de maior interatividade dialógica.

O terceiro capítulo aborda a teoria geral do diálogo transjudicial dos direitos humanos fundamentais, destacando os seus elementos intrínsecos e extrínsecos que dão guarida à apreciação concreta de como ocorre a comunicação além-fronteiras entre juízes e tribunais nas problemáticas que envolvem os direitos humanos e os direitos fundamentais.

O quarto e último capítulo tocam na análise das técnicas e de como se estabelecem os elos e os liames dialógicos entre os vários juízes e tribunais nacionais, regionais, supranacionais e internacionais que compõem o sistema único de proteção dos direitos humanos fundamentais, a formar uma grande rede sistêmica de circulação de interpretações jusfundamentais capazes de fortalecer a tutela dos direitos do homem no mundo global.

**PARTE I**  
**BASE TEÓRICO-DOGMÁTICA DO DIREITO GLOBAL**  
**DIALÓGICO**

## **CAPÍTULO I. ESTADO E COMUNIDADE INTERNACIONAL**

### **1.1. Estado**

#### **1.1.1. Estado nacional e soberania territorial**

A noção de território sempre cimentou o percurso por onde deveria transitar o direito e esse elo fez com que o Estado o incorporasse para erguer e consolidar o poder soberano sobre os seus súditos. O território era indissociável do Estado. Sem território não se podia falar propriamente em Estado. Tanto isso é verdade que, nas relações internacionais em referência aos relacionamentos mantidos unicamente entre Estados, o desejo maior de um governante soberano consistia em ampliar a extensão territorial de seu Estado e, o mais das vezes, valia-se de ocupações forçadas, de domínios de povos e de guerras. A comunicação entre os Estados, portanto, desenvolvia-se mediante a tentativa de impor a vontade de um sobre o outro, através da força e da violência. Naturalmente, a experiência do diálogo entre os Estados era muito reduzida, quando muito na esfera única da diplomacia.

O território servia como o espaço geográfico sobre o qual o soberano poderia exercitar o seu poder e estabelecer o domínio sobre os seus governados (súditos). O território teria o condão de demarcar poder soberano. Fora dos limites territoriais o poder não alcançava. Qualquer decisão emitida por um de seus órgãos não projetava efeitos, nem inspirava interpretações. Cada governante exercia o seu poder e a sua autoridade, praticamente sem questionamento interno ou intervenção externa, dentro de seus lindes territoriais.

Günther Teubner concebe a territorialidade, longe de se estruturar em conceito meramente geográfico, como o espaço simbólico por onde as relações de poder incidem, que não se limitam apenas a pessoas, mas se estendem a recursos e

interações<sup>29</sup>. Mas esse poder interativo do Estado baseava-se, como sempre se baseou, na noção da autoridade e, portanto, no poder de impor a vontade a outrem sem necessidade de justificá-la.

Para que esse intento expansionista se consolidasse, o Estado precisava garantir o seu poder sobre os seus próprios súditos e se estruturava através do predomínio da autoridade hierarquizada ínsita à soberania estatal<sup>30</sup>. O Estado se exprimia, sobretudo por sua autoridade. A autoridade do Estado. A estatalidade, como define Ulrich K. Preuss, é a organização espacial da autoridade<sup>31</sup>.

Para garantir a sua autoridade, o Estado viu-se compelido a associar o direito por ele criado à força coercitiva estatal para fazer cumprir as normas e regras a recair sobre a sociedade. Gustavo Zagrebelsky revela que a relação entre a soberania estatal e o direito resultaram na criação de uma espécie de direito do Estado, assim compreendido como um direito produzido exclusivamente pelo Estado e posto à sua disposição<sup>32</sup>. Vigorava à época o monopólio estatal da criação do direito. Apenas era reconhecido como tal aquele produzido pelo Estado. Não existia pluralismo na instituição de formas e institutos jurídicos, mas monismo na formatação do direito promovido exclusivamente pelo Estado.

Esse monismo, contudo, não extrapolava as fronteiras territoriais, porquanto, além de tais lindes, outro Estado detinha semelhante poder e autoridade sobre os seus respectivos súditos e espaços geográficos.

Como enfatiza Roberto Bin e Paolo Caretti, o Estado, no ambiente europeu, era sinônimo de direito, a fonte exclusiva e que detinha o seu monopólio e o uso legítimo

---

<sup>29</sup>TEUBNER, Günther. *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 43.

<sup>30</sup>Paulo Bonavides traça as características tradicionais da soberania do Estado, lecionando que “A soberania é una e indivisível, não se delega a soberania, a soberania é irrevogável, a soberania é perpétua, a soberania é um poder supremo” (BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 126).

<sup>31</sup>PREUSS, Ulrich K. Disconnecting Constitutions from Statehood: is global constitutionalism a viable concept? In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Eds.). *The twilight of constitutionalism?* New York: Oxford University Press, 2010. p. 27.

<sup>32</sup>ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 11.

(justamente porque fundado no direito) da força coercitiva<sup>33</sup>. É importante destacar, como o faz Neil MacCormick, que a expressão “Estado” nos países europeus não ostentam o mesmo significado. Enquanto na Alemanha se reporta à palavra “Estado”, na Grã-Bretanha, fala-se em “coroa”, “governo”, “parlamento” e até mesmo “tribunais”. Mas isso não elimina a condição da Grã-Bretanha como Estado, nem as instituições que a compõe como órgãos estatais<sup>34</sup>.

Umberto Vincenti recorda que, na Roma antiga, a palavra “direito” esteve associada à ideia de limites e de linha reta para estabelecer determinado espaço territorial. O radical “reg”, presente tanto na palavra “rectus” (reto) como em “regula” (régua), aproxima o direito, que significava aquilo que era reto e, portanto, probo, leal e honesto, da linha direta traçada pela régua, definindo, além da área, os contornos da moral<sup>35</sup>.

A interseção entre território, Estado e direito os tornava inseparáveis. Sem território, não havia Estado nem sequer direito. Direito somente era aquilo produzido pelo Estado. O poder estatal, por sua vez, só se legitimava pelo direito e alcançava o território por ele dominado.

Entretanto, mais a frente, será possível constatar que, com as transformações marcantes ocorridas na sociedade contemporânea, intensificadas pela globalização e internacionalização da vida das pessoas, esses liames se rompem por completo, sendo até mesmo natural se falar em direito sem que tenha sido criado pelo Estado, poderes privados equiparados a Estados sem qualquer vinculação a território e incidência do direito além de suas fronteiras, especialmente mediante decisões judiciais e interpretações consolidadas por tribunais que navegam o mundo reconhecidamente global.

O Estado, na perspectiva de Jürgen Habermas, representa ainda hoje um conceito jurídico intimamente ligado às soberanias interna e externa, delimitado

---

<sup>33</sup>BIN, Roberto; CARETTI, Paolo. *Profili costituzionali dell'Unione europea*. 2.ed. Bologna: Il Mulino, 2008. p. 33.

<sup>34</sup>MacCORMICK, Neil. Estado de derecho y *rule of law*. In: THESING, Josej (Ed.). *Estado de derecho y democracia*. 2. ed. Madrid: CIEDLA, 1999. p. 106.

<sup>35</sup>VINCENTI, Umberto. *Diritto senza identità: la crisi delle categorie giuridiche tradizionali*. Roma: Editori Laterza, 2007. p. 4-5.



especialmente por um território, cuja ordem jurídica a ele (o Estado) dá forma e confere titularidade de direitos aos cidadãos na forma da positividade normativa. A nação assumiria o mesmo significado de povo em referência a identidades étnica, linguística, cultural e histórica<sup>36</sup>.

François Rigaux assinala que o direito, à luz de uma visão estatalista, era uma ordem de coação e o Estado tinha o monopólio do exercício da coerção física para fazer valer o cumprimento das normas jurídicas. Sem essa força coercitiva, de direito não se trataria, como, *verbi gratia*, o direito internacional<sup>37</sup>. Somente era considerado direito aquele criado pelo Estado dentro de um determinado território e estruturado hierarquicamente, para fazer-se impor em decorrência da autoridade estatal. Como as normas internacionais não detinham tais caracteres, propriamente de direito não se cuidava. Na época, não existia órgão judicial de dimensão internacional.

Herbert L. A. Hart chega a comparar a essencialidade da estrutura vertical de obediência dos súbitos em relação ao soberano, tão característica da soberania estatal, independentemente da forma política adotada (democracia ou absolutismo), à coluna vertebral do homem<sup>38</sup>. De fato, sem a coluna vertebral, o homem não tem condições de se postar de pé. O Estado, nessa ótica, sem a autoridade hierarquizada, de igual modo, não cumpriria a sua missão de garantir a ordem e proporcionar segurança à sociedade.

Enfatiza Thomas Hobbes que, na guerra de todos contra todos<sup>39</sup>, onde não houvesse um poder forte e comum, não existiria propriamente a lei<sup>40</sup>. A existência do

---

<sup>36</sup>HABERMAS, Jürgen. *L'inclusione dell'altro*. Milano: Feltrinelli Editore, 2013. p. 121.

<sup>37</sup>RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 17-19.

<sup>38</sup>HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 59.

<sup>39</sup>Hobbes explicita as consequências da insegurança causada pela inexistência de um poder comum que salve os homens da guerra entre si nos seguintes termos: “cada hombre es enemigo de cada hombre, se derivan también de un tempo en el que los hombres viven sin outra seguridade que no se ala que les procura su propia fuerza y su habilidade para conseguirla. En una condición así, no hay lugar para el trabajo, ya que el fruto del mismo se presenta como incierto; y, consecuentemente, no hay cultivo de la tierra; no hay navegación, y no hay uso de productos que podrían importarse por mar; no hay construcción de viviendas, ni de instrumentos para mover y transportar objetos que requieren la ayuda de una fuerza grande; no hay conocimiento en toda la faz de la tierra, no hay cómputo del tempo; no hay artes; no hay letras; no hay sociedad. Y, lo peor de todo, hay un constante miedo y un constante peligro de perecer con muerte violenta. Y la vida del hombre es solitaria, pobre, desagradable, brutal y corta” (HOBBS, Thomas. *Leviatán*. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p. 115).

<sup>40</sup>Id. *Ibid.*, p. 117.

Estado era imprescindível para assegurar a segurança dos indivíduos e impedir a destruição de uns pelos outros. Para Hobbes, o Estado personificaria a única força capaz de garantir a segurança de todos contra todos e resultaria da transferência de poderes dos indivíduos da sociedade em favor dele (o Estado), promovendo uma autolimitação de suas próprias liberdades em benefício de um poder único e central<sup>41</sup>.

Preuss destaca que a territorialidade tinha especial relevância para o Estado, em razão do monopólio da força física que poderia imprimir aos seus respectivos súditos e, por via de consequência, servir como instrumento de controle social. Na fase das associações políticas pré-estatais, a força constituía um dos mecanismos disponíveis nas mãos de quem detinha a autoridade baseada na idade, na descendência divina, na tradição dinástica, no carisma religioso, em virtudes militares ou em outros aspectos.

---

<sup>41</sup>O Estado, como desdobra Hobbes, seria uma espécie de pessoa fictícia em que se concentraria todos os poderes e todas as forças, na medida em que “El único modo de erigir un poder comum que pueda defenderlos de la invasión de extraños e y de las injurias entre ellos mismos, dando-les seguridade que les permita alimentarse con el fruto de su trabajo y con los productos de la tierra y llegar así una vida satisfecha, es el de conferir todo su poder y toda su fuerza individuales a un solo hombre o a una asamblea de hombres que, mediante una pluralidade de votos, puedan reducir las voluntades de los súbditos a una sola voluntad. O, lo que es lo mismo, nombrar a un individuo o a una asamblea de individuos que representen a todos, y responsabilizarse cada uno como autor de todo aquello que haga o promueva quien ostente esa representación en asuntos que afecten la paz y la seguridade comunes; y, consecuentemente, someter sus voluntades a la voluntad de ese representante, y sus juicios respectivos, a su juicio. Esto es algo más que consentimiento o concordia; es una verdadera unidad de todos en una y la misma persona, unidad a la que se llega mediante un acuerdo de cada hombre con cada hombre, como si cada uno estuviera diciendo al otro: *Autorizo y concedo el derecho de gobernarme a mí mismo, dando esa autoridad a este hombre o a esta asamblea de hombres, con la condición de que tú también le concedas tu propio derecho de igual manera y les des esa autoridad em todas sus acciones.* Una vez hecho esto, una multitud así unida en una persona es lo que llamamos ESTADO, en latín CIVITAS. De este modo se genera ese gran LEVIATÁN, o mejor, para hablar con mayor reverencia, ese *dios mortal* a quien debemos, bajo el *Dios inmortal*, nuestra paz y seguridade. Pues es gracias a esta autoridad que le es dada por cada hombre que forma parte del Estado, como llega a poseer y a ejercer tanto poder y tanta fuerza; y por el miedo que ese poder y esa fuerza producen, puede hacer que las voluntades de todos se dirijan a lograr la paz interna y la ayuda mutua contra los enemigos de fuera. Y es en él en quien radica la esencia del Estado, al que podríamos definir así: *una persona de cuyos actos, por mutuo acuerdo entre la multitud, cada componente de ésta se hace responsable, a fin de que dicha persona pueda utilizar los medios y la fuerza particular de cada uno como mejor le parezca, para lograr la paz y la seguridade de todos.* Esta persona del Estado está encarnada en lo que se llama el SOBERANO, de quien se disse que posee un *poder soberano*; y cada uno de los demás es su SÚBDITO” (Id. Ibid., p. 156-157).

Na concepção moderna do Estado, a força coercitiva notabilizou-se como o único instrumento da autoridade política<sup>42</sup>.

A noção de fronteira, explica Monique Chemillier-Gendreau, compreendida como uma divisão de soberanias e de dois poderes que se duelam pela expansão territorial, nasceu na Europa no Estado moderno. A concepção de poder é, depois do final do feudalismo, uma influência do referencial religioso, para a construção de uma certa mística do reino que mais tarde vem a se converter na mística da nação, agregada a valores morais, éticos e políticos, forjados no amor à pátria e na glorificação da ideia de morrer por sua própria pátria<sup>43</sup>. Nesta fase, pode-se dizer que se vivia a época do Estado territorial, constituído sob a áurea do absolutismo.

Mais tarde surge a ideia de Estado-nação. O Estado-nação, em última análise, emergiu das revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, com destaque para a Revolução Francesa de 1789<sup>44</sup>. O Estado-nação era uma espécie de autogoverno pelo povo através do Estado. Ao menos em princípio, essa ficção estatal conseguia regular a economia e o mercado, fundamentalmente agrária e limitada a servir ao consumo interno de seu povo, não havendo, pois, necessidade de empreender voos transfronteiriços. Aí surge a ideia de Estado nacional.

---

<sup>42</sup>PREUSS, Ulrich K. Disconnecting Constitutions from Statehood: is global constitutionalism a viable concept?, cit., p. 44-45.

<sup>43</sup>CHEMILLIER-GENDREAU, Monique. *Humanité et souverainetés: essai sur la fonction du droit international*. Paris: Éditions la Découverte, 1995. p. 21-22.

<sup>44</sup>R. C. van Caenegem relata que “Os Estados-Nação têm origens diversas. Alguns foram a organização política de antigas nações. Assim, o antigo reino inglês tornou-se na moldura comum para anglos e saxões, a que o Venerável Bede chamava já *gens anglorum* (‘a nação inglesa’): nesse caso, grupo étnico e Estado coincidiam. Em França também, a unidade étnica prevaleceu em grande medida, apesar de não ser tão inequívoca como em Inglaterra; falando de um modo geral, porém, o Estado francês coincidia com o povo francês. No outro extremo do espectro, encontramos Estados que eram tudo menos etnicamente homogêneos. Eram o produto de dinastias construtoras de nações, que reuniam populações mistas sob um mesmo ceptro: as terras dos Habsburgos são o exemplo mais notório dessas unidades políticas multinacionais. Sempre que Estado e nacionalidade não coincidiam, a tensão era susceptível de aumentar, deixando cicatrizes ainda hoje dolorosamente visíveis. Os povos da monarquia de Danúbio seguiram caminhos separados após a Primeira Grande Guerra. Na Bélgica, que consistia na parte amputada do sul dos Países-Baixos borgonheses e no principado-bispado de Liège, as duas comunidades culturais, a Flandres neerlandesa e a Valónia francófona, chegaram a uma solução federal.” (CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 31).

O antigo feudalismo, típico da Idade média, pressupunha o poder disperso nas mãos de vários senhores feudais. A transição para o Estado nacional veio consolidar uma era de Estados centralizados.

Ao longo dos séculos, porém, a figura do Estado passou paulatinamente por significativas transformações no plano de suas relações internacionais e, mais particularmente, no grau de interferência externa e na existência de normas estrangeiras no processo de construção do direito interno.

Dieter Grimm pondera que a soberania, ainda que desejasse ser o maior atributo do Estado e a autoridade mais alta e indivisível que existia, mesmo assim relativizava-se na prática<sup>45</sup>. Hobbes, um dos maiores defensores da soberania estatal, da mesma forma, sucumbia a autoridade do Estado frente às leis da natureza e as leis divinas<sup>46</sup>. Jean Bodin foi mais além. A soberania não poderia ofender o direito das gentes<sup>47</sup> e, portanto, diante do direito internacional da época.

Para Jean Bodin, a soberania correspondia ao poder absoluto do Estado, perpétuo e superior à própria lei<sup>48</sup>, transmitindo a ideia de que era impossível governar dando ou recebendo ordens de iguais. A soberania em Bodin, pondera Ulrich K. Preuss, tinha o claro propósito de servir como antídoto contra as guerras religiosas na França, que estavam ameaçando a unidade do Reino francês<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup>GRIMM, Dieter. The achievement of constitutionalism and its prospects in a changed world. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Eds.). *The twilight of constitutionalism?* New York: Oxford University Press, 2010. p. 6.

<sup>46</sup>HOBBS, Thomas. *Leviatán*, cit., p. 190.

<sup>47</sup>BODIN, Jean. *De la République ou Traité du Gouvernement*. Paris: Renê für l'Édition Latine de Francfort, 1591. p. 283.

<sup>48</sup>Id. *Ibid.*, p. 266.

<sup>49</sup>PREUSS, Ulrich K. Disconnecting Constitutions from Statehood: is global constitutionalism a viable concept?, cit., p. 28. R. C. van Caenegem conta que “o sentimento de soberania nacional surgiu no século XII. Luís VI da França, por exemplo, em 1214, resistiu com desdém à planeada intervenção no seu reino do Imperador Romano-Germânico Henrique V. Menos de dois séculos depois, o grave conflito entre Filipe o Belo e o papa Bonifácio VIII demonstrou, de forma dramática, a emancipação francesa em relação ao papado. A noção jurídica de soberania foi também formada no século XII, quando os juristas sustentaram que ‘*rex est imperator in regno suo*’ (‘o rei é imperador no seu reino’). Esta ficção significava que qualquer governo do rei era soberano dentro das fronteiras do seu reino, uma vez que não existia a autoridade superior de um imperador” (*Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental*, cit., p. 32).

A partir da afirmação de Bodin quanto ao caráter absoluto da soberania, seguiram-se os tratados de Münster e Osnabrück de 1648, que passaram a se chamar de tratados de Westfalia, na qual vem a Alemanha a se dissolver em 355 (trezentos e cinquenta e cinco) Estados das mais variadas formas e grandezas, tendo a consagração da soberania e da independência de cada estado. Esses tratados de Westfalia significaram o fim das autoridades papal e imperial, dando origem à comunidade internacional e ao direito internacional<sup>50</sup>. E, com base nessa concepção, segundo Antonio Cassese, a soberania passou a ser sinônimo de independência, assim compreendida como a capacidade de cada Estado de prover os próprios bens e de se desenvolver sem qualquer interferência de outros Estados e nos limites do respeito aos próprios direitos por aquele estabelecidos<sup>51</sup>.

O modelo de Westfalia, assim revela Antonie Garapon, ancorava-se em três processos de separação: a separação entre o direito e a política; a separação entre o direito interno e o direito internacional e a separação entre direito e moral. A separação entre os direitos nacional e internacional posicionava o Estado, no plano interno, como o principal produtor do direito e, no externo, como sujeito do direito internacional<sup>52</sup>. Afinal, o objetivo dos tratados de Westfalia, em última análise, era proporcionar um equilíbrio entre os territórios<sup>53</sup> e, por isso mesmo, entre os Estados.

Se, por um lado, o Estado internamente era onipotente, por outro, nas relações internacionais, encontrava balizas frente a outros Estados, igualmente soberanos e com poder de influência na arena internacional.

Frantz Despagnet aponta as três ideias essenciais do tratado de Westfalia e que, durante muitos anos, alicerçaram a base da doutrina moderna do direito internacional: a) soberania dos Estados; b) exclusividade nos assuntos internos; e c) igualdade jurídica entre os Estados<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup>BALDASSARRI, Aldo. *Corso di diritto internazionale*. Bari: Cacucci Editore, 1947. p. 10.

<sup>51</sup>CASSESE, Antonio. *Diritto internazionale*. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 2013. p. 68.

<sup>52</sup>GARAPON, Antoine. *Lo Stato minimo: il neoliberalismo e la giustizia*. Milano: Raffaello Cortina Editore, 2012. p. 110.

<sup>53</sup>Id. Ibid., p. 117.

<sup>54</sup>DESPAGNET, Frantz. *Cours de droit international public*. Paris: Recueil Sirey, 1910. p. 18-19.

Monique Chemillier-Gendreau, nesta toada, percebe nítida fragilidade do Estado para enfrentar novos desafios, diante da dificuldade vivenciada entre a fragmentação dos poderes estatais e a necessidade de uma “gestão mundial de funções econômicas, técnicas ou sociais essenciais”, sendo, pois, incapaz de promover adequada regulação do mercado em escala mundial<sup>55</sup>. Acentua Monique que a união mundial das finanças e da técnica enfraquece a política e o Estado deixa de atuar como modo de organização desterritorializante da economia<sup>56</sup>. Habermas, de outra banda, decreta o fim do modelo do Estado nacional, sobretudo em decorrência do automatismo e impermeabilidade do sistema econômico global, que se blindou de forma a obstar a influência da política e da força normativa do direito em sua esfera<sup>57</sup>.

Como não poderia deixar de ser, a ideia de soberania estatal modificou-se profundamente no percorrer da história, o que naturalmente provocou alteração na forma de relacionamento do Estado no plano internacional, o que, como será visto, redundará na formação de um Estado de perfil dialógico.

### **1.1.2. Estado e autoridade estatal**

O Estado, ao se valer da autoridade que dispunha (autoridade estatal), não trazia propriamente uma novidade nas relações de poder em sociedade, na medida em que, desde as formações mais primitivas de nossa civilização ocidental, os homens organizavam-se em estruturas societárias alicerçadas em autoridades de matriz moral, religiosa, militar, patriarcal, política, econômica, entre outras formas.

A autoridade, neste sentido, sempre fez parte dos esquemas na convivência social. E, em cada momento da história, é possível constatar certa proeminência de determinada faceta da autoridade. Na Europa continental, por exemplo, a Idade Média foi marcada pela autoridade religiosa da Igreja Católica Apostólica Romana e a Idade

---

<sup>55</sup>CHEMILLIER-GENDREAU, Monique. *Humanité et souverainetés: essai sur la fonction du droit international*, cit., p. 29.

<sup>56</sup>Id. Ibid., p. 328.

<sup>57</sup>HABERMAS, Jürgen. *L'inclusione dell'altro*, cit., p. 138.

Moderna, pela autoridade política dos monarcas absolutistas (célebre a famosa frase de Luiz XIV, monarca francês: “*Je souis la Loi, Je souis l'Etat; l'Etat c'est moi*”).

Impensável, pois, se cogitar de diálogo na relação existente entre súdito e Estado, justamente em virtude da posição de superioridade da autoridade estatal face ao indivíduo integrante da sociedade. A autoridade assinala a onipotência do Estado frente aos súditos que governa. O Estado estava situado acima dos indivíduos, daí a profunda desnecessidade de diálogos com qualquer um que estivesse sob o império de seu poder. Onde imperava a autoridade, desnecessário, em princípio, o diálogo. A autoridade operacionalizava-se pelo poder da força, enquanto o diálogo reina pelo poder do convencimento.

A característica de autoridade estatal, inspirada em seu poder soberano, não permitia que o Estado dialogasse com os seus súditos. Aliás, não necessitava buscar consensos ou diálogos, já que impunha a sua força coativa e impositiva sobre a vontade dos indivíduos que o integravam. Por paradoxal que isso possa parecer, embora tenha origem contratual (um pacto fictício entre os cidadãos para a criação do Estado), e, portanto, aparentemente lastreada em diálogos negociativos, uma vez constituído, o Estado perdia completamente a sua gênese dialógica para assumir vestes de autoridade do soberano.

Em verdade, na constituição do Estado, não havia propriamente um contrato fruto da interlocução de contratantes interessados na formação do objeto contratual, tal como acontece na seara dos negócios típicos do direito privado. Essa “contratualização” do Estado constituiu-se em um recurso fictício para justificar a sua criação. Uma ficção jurídica, como o é, inclusive, o próprio Estado.

O contrato é, como de resto sempre foi, o instrumento por excelência de autolimitação de direitos, entre os quais as liberdades. O Estado, em que pese ter se erguido sob uma alavanca de natureza contratual (ou contratualista), não havia propriamente renúncia expressa da liberdade dos súditos. Em última instância, tratava-se de mera premissa filosófica para justificar a imprescindibilidade do Estado e de seu poder soberano. Espaço algum havia, pois, para negociar ou mesmo dialogar no

vínculo entre o súdito e a autoridade soberana. O súdito deveria simplesmente obedecer às ordens estatais, sob pena de ofensa à soberania e aos comandos legais determinados pelo próprio Estado.

O Estado, para isso, bastava construir um direito marcadamente hierarquizado cujo cumprimento e observância apoiava-se nos órgãos que detinham força e autoridade, em especial o Poder Judiciário (Estado-juiz). Neste ponto em particular, descansa a força central da autoridade do Estado e a conseqüente inexistência de diálogo com os súditos: a estrutura hierarquizada do Estado e, como corolário disso, do próprio direito. O Estado foi estruturado em instâncias administrativas formadas por órgãos e agentes ligados hierarquicamente e de maneira escalonada a um poder superior até chegar à figura central do governante soberano (geralmente, monarcas soberanos). O Estado-juiz também seguiu essa lógica hierarquizante com instâncias administrativas e judiciais de revisão.

Ora, se uma ordem estatal se justificava pelo simples fato de vir de uma autoridade situada em instância acima, perdia sentido se falar em diálogo. Mesmo nos contratos típicos do direito privado, o diálogo ganha corpo quando as partes contratantes podem influenciar a decisão mediante um consórcio de vontades. Distancia-se da prática dialógica no instante em que a vontade de um deles é desprezada em nome da autoridade do outro, para ditar as cláusulas e as exigências contratuais. A vontade do indivíduo perante o Estado, em todas as situações, não detinha qualquer relevância.

Hoje, esse panorama ainda existe, porém o que se vê nitidamente é a crescente perda de poder, de autoridade e de influência do Estado, mesmo internamente em relação aos seus próprios súditos, o que o coloca em posição tendencialmente mais horizontalizada e menos verticalizada.



### 1.1.3. Estado como novo agente do mundo global

Na origem da ideia de Estado-nação, consoante já exposto, a economia e o mercado, restrita à área agrária e destinada exclusivamente ao consumo interno, alcançavam os mesmos limites territoriais da soberania e da política, não sofrendo, por esta razão, qualquer influência de outros ordenamentos jurídicos. Porém, hoje, há inegável assimetria entre a economia, mais desmaterializada e profundamente móvel, em busca de vantagens lucrativas e condições fiscais menos onerosas, e, do outro lado, a política, notadamente vinculada à figura do Estado.

Surge a globalização econômica, na esteira de Peter Singer, quando a tecnologia anula a distância<sup>58</sup>. A globalização, na esteira do pensar de M. Isabel Garrido Gómez, elevou os pactos (contratos entre particulares) a uma posição de destaque no sistema de fontes do direito em detrimento da lei, contribuindo para a privatização do direito e da arena pública, além de provocar a perda de soberania, decorrente do avanço do direito supranacional e transnacional. Atribui, ainda, à globalização a mudança de concepção a respeito do direito, deixando de ser produto da vontade política, para se afirmar como meio de obtenção de determinados fins<sup>59</sup>.

Na medida em que a globalização e o império do mercado interferem na essência do território, não resta dúvida como decorrência lógica a forte repercussão provocada nos contornos do Estado-nação e, outrossim, na própria ótica do direito, com destaque para as decisões estatais.

Neste cenário global, pouco importa a soberania ou a territorialidade, diferentemente do modelo Westfalia. A globalização, ensina Jirí Pribán, sepulta a era de Westfalia e a conseqüente a concepção tradicional de soberania, deixando para trás a forma territorial do Estado-nação para passar a ser desenhada com o pincel

---

<sup>58</sup>SINGER, Peter. *Um só mundo: a ética da globalização*. Tradução de Maria de Fátima St. Aubyn. Lisboa: Gradiva, 2004. p. 37.

<sup>59</sup>GARRIDO GÓMEZ, M. Isabel. Niveles de juridicidad y modalidades del derecho en la era de la globalización. *Sociologia del Diritto*, Milano, v. 38, n. 3, p. 47-48, 2011.

multifacetário e policêntrico do mundo global<sup>60</sup>. Daí a razão porque pensa a soberania como redes de comunicação, operações e procedimentos, ao invés de instituições ou estruturas normativas<sup>61</sup>. A nova realidade global, medita Maria Rosaria Ferrarese, expõe um mundo fortemente interdependente, coligado por fios e laços sempre mais complexos e reciprocamente conectados<sup>62</sup>.

A globalização, em Ulrich Beck, caracteriza-se pelos processos através dos quais os Estados soberanos entrelaçam-se com atores transnacionais em orientações, identidades e frações de poder<sup>63</sup>. E, mais do que isso, a globalização pode, na visão de Touko Piiparinen, impulsionar a interação entre ordens normativas sob os mais variados formatos<sup>64</sup>. Na mesma toada, pensa Andrew Hurrell, ao asseverar que, longe conduzir necessariamente à compatibilização de interesses, a globalização instiga variáveis que motivam o desejo por cooperação entre si<sup>65</sup>. Daí implicar significativas mudanças política, social, econômica e cultural de todos os alcançados por ela<sup>66</sup>.

Antoine Garapon ressalta que o mercado e, por conseguinte, o neoliberalismo criam uma ordem diversa em termos de tempo e espaço daquela construída pela ordem política estatal. Enquanto, em relação ao tempo, o mercado é notabilizado pela sua

---

<sup>60</sup>PRIBÁN, Jiri. A questão da soberania no pluralismo jurídico global. In: SCHWARTZ, Germano; PRIBÁN, Jiri; ROCHA, Leonel Severo. *Sociologia Sistêmico-autopoiética das Constituições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015. p. 87.

<sup>61</sup>Id. Ibid., p. 135.

<sup>62</sup>FERRARESE, Maria Rosaria. *Diritto sconfinato*. Roma: Editori Laterza, 2006. p. 15.

<sup>63</sup>BECK, Ulrich. *Qué es la globalización?* Barcelona: Paidós, 2008. p. 34.

<sup>64</sup>PIIPARINEN, Touko. Exploring the methodology of normative pluralism in the global age. In: KLABBERS, Jan; PIIPARINEN, Touko (Eds.). *Normative pluralism and international law: exploring global governance*. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 44.

<sup>65</sup>HURRELL, Andrew. *On global order*. New York: Oxford University Press, 2009. p. 15.

<sup>66</sup>Adiciona Gilberto Sarfati que “a globalização é vista como um processo, ou seja, não é algo restrito ao final do século XX e início do XXI. Corresponde a uma tendência histórica de aproximação dos povos do mundo, que é sempre estimulada pelo processo de descoberta e desenvolvimento tecnológico. Ou seja, as quedas de barreiras não são simplesmente econômicas, mas em todos os sentidos, como a decretação do fim da ditadura da distância, à medida que posso me comunicar instantânea e globalmente e me locomover relativa e rapidamente por grande parte do planeta. Trata-se de um processo, pois, sempre que a tecnologia dá saltos, a tendência de aproximação é acelerada, como na época dos descobrimentos marítimos ou com a expansão de redes ferroviárias e de tecnologias revolucionárias de comunicação, como o telégrafo. Há de se reconhecer que, embora a tendência sempre tenha existido, há períodos em que a globalização não levou à aproximação das pessoas, ao contrário, conduziu à fragmentação extrema, como na eclosão do nacionalismo no período entre guerras.” (SARFATI, Gilberto. *Teorias de relações internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 318-319).

abertura e flexibilidade, a política estatal é fechada. E, no âmbito do espaço, o mercado não se encontra mais limitado e circunscrito ao território do Estado, como é próprio da ordem política estatal, mas antes assume dimensão global caracterizada por mundos virtuais, de fluxos e de transações<sup>67</sup>.

Natalino Irti ressalta que a denominação “geo-diritto” serve para traduzir, na ótica da quadra hodierna, o problema da “sede” das relações jurídicas<sup>68</sup>. Natalino Irti realça que o intento por lucro não encontra fronteiras, ainda mais em um mundo global com um vasto mercado onde se produzem mercadorias e as vendem em qualquer lugar, sem que se imponha qualquer limite territorial e, ao mesmo tempo, esteja em busca de novos consumidores. A globalização representa, na sua visão, a queda das fronteiras, em especial impulsionada pela tecnologia eletrônica<sup>69</sup>.

O que ganha importância, consoante bem sinaliza Garapon, é a circulação. Circulação de sinais, de bens e de pessoas. Há um desacoplamento entre o direito e as instituições normativas nacionais<sup>70</sup>. Neste contexto, além de bens e pessoas, circulam-se ideias, pensamentos, visões de mundo, interpretações e sentidos e, por que não dizer, decisões judiciais.

Esses sinais poderão vir de qualquer lugar, inclusive com maior incidência de fora das fronteiras nacionais. Concepções de vida, mundividências, experiências, ensinamentos, teorias, fórmulas, esquemas, ideias, além de formas de solução ou encaminhamentos de conflitos, terão – como já tem sido visto atualmente – origem em

---

<sup>67</sup>GARAPON, Antoine. *Lo Stato minimo: il neoliberalismo e la giustizia*, cit., p. 26-27.

<sup>68</sup>IRTI, Natalino. *Norma e luoghi: problemi di geo-diritto*. Roma: Editori Laterza, 2006. p. 110.

<sup>69</sup>Id. *Ibid.*, p. 119-120. E, ainda, acrescenta que: “Qui la tecnica non soltanto – come pure è seguito nel Novecento – supera i confini, trascende le ideologie, raccorda e collega tutti i laboratori del mondo; ma genera un non-luogo, uno spazio astratto e artificiale, che *non risiede nella fisicità di alcun punto terrestre*. Il computer non è un mezzo per stare nel mondo: Esso crea il suo proprio mondo, nel quali si può entrare o non entrare, navigare o non navigare. Parole suoni figure non sono né qui né lì, ma nel puro spazio telemático. La globalità del mercato – o, meglio, dei mercati de singoli beni – non indica soltanto, ad usare formula schmittiana, la presa di possesso di terra acqua ária, ma pare l’*occupazione dello spazio elettronico*, ossia di um sopra-mondo, che, per sua propria natura, non conosce confini, e si dilata come e dove la tecnica permetta. Lo spazio europeo senza frontiere interne vi assume la modesta importanza di una scheggia, di un frammento ancora contaminato dalla fisicità territoriale” (Id. *Ibid.*, p. 120-121).

<sup>70</sup>GARAPON, Antoine. *Lo Stato minimo: il neoliberalismo e la giustizia*, cit., p. 117.

instituições, órgãos governamentais ou não, grupos, formadores de opinião transfronteiriços, comunidades internacionais e pessoas em geral estrangeiras.

Não se pode negar que, enquanto a globalização impõe a supremacia do código da economia na sociedade, a *governance* acaba por também implantar o código da política e das forças políticas mais proeminentes do universo internacional, restando ao direito fraco fôlego para se sobrepujar no âmbito internacional.

Não é o Estado quem, exclusivamente, governa, nem sequer na esfera interna e nacional. O Estado interage como mais um agente de interlocução na sociedade. Aliás, este é um ponto bem interessante de reflexão provocada pela globalização. O Estado, embora não tenha perdido por completo o seu papel principal de protagonista das cenas políticas nacional e internacional, certamente vem enfrentando uma nítida diminuição em seu poder e prestígio, deixando de ser o seu principal agente definidor dos caminhos e soluções exigidos pela sociedade, para se tornar em mais um dentre os demais que os ditam e que se encontram cada mais vez mais imbricados.

Anne Peters assim não entende. Sustenta, ao contrário disso, que a globalização, longe de enfraquecer ou debilitar o Estado, tem o emponderado por meio de novos arranjos institucionais e novas formas de interlocução com agentes privados, com outros governos estrangeiros ou com organismos regionais ou multilaterais. E esse fenômeno ocorreu, de maneira emblemática, na crise financeira mundial de 2008, com sérias interferências estatais no setor bancário<sup>71</sup>.

Anne Peters defende o papel do Estado-nação como mediador doméstico<sup>72</sup>. Na mesma linha, Armin von Bogdandy propugna o reposicionamento do Estado, que deixou de ser o centro do sistema jurídico para assumir a função de agente da comunidade internacional<sup>73</sup>. Preuss, por sua vez, reconhece que o Estado, embora

---

<sup>71</sup>PETERS, Anne. Membership in the global constitutional community. In: KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. *The constitutionalization of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 197.

<sup>72</sup>PETERS, Anne. Dual democracy. In: KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. *The constitutionalization of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 271-272.

<sup>73</sup>BOGDANDY, Armin von. Constitutionalism in international law: comment on a proposal from Germany. *Havard International Law Journal*, Cambridge, v. 47, n. 1, p. 229, 2006.

continue sendo um ator vital no mundo social, tem perdido a sua tradicional estrutura de superioridade, precisando desenvolver métodos de cooperação e divisão de recursos e influência. Hoje, assume o papel de mero componente de uma ampla variedade de personagens, como, v. g., organizações internacionais e da sociedade civil transnacional, desde as câmaras transnacionais de comércio, grupos de interesse econômico, uniões, sindicatos, grupos de direitos humanos e de meio ambiente, escritórios de advocacia, igrejas, associações esportivas internacionais, universidades e outras associações acadêmicas ou de outra natureza articuladas em redes sociais<sup>74</sup>.

Com efeito, o Estado deixa de ser o grande protagonista da produção do direito (ator principal) para se transformar em mero agente (ator coadjuvante) que dialoga em pé de igualdade com outros atores sociais, inclusive com organismos internacionais, regionais e supranacionais, como os tribunais, por exemplo.

Cristina Queiroz não interpreta esse fenômeno de aparecimento de novas fontes de poder “no” e para além” do Estado como a perda de sua autoridade estatal e dos órgãos que o compõe, mas antes o compreende como um movimento de transformação do próprio Estado, na medida em que se descortinam novas possibilidades de competência de regulação e de controle que dificilmente gozariam no plano internacional<sup>75</sup>.

O certo é que, como acentua Alfonso Catania, emergem em relação ao Estado uma lógica organizacional nova ancorada em relacionamento, rede e policentrismo<sup>76</sup>, perdendo sentido, a seu ver, a ideia sistêmica de um ordenamento jurídico<sup>77</sup>. Em idêntica trilha, Délber Andrade Lage sentencia que, quando os Estados deixam de ser atores únicos na ordem jurídica, não se pode mais admitir que o sistema seja estruturado de forma hierárquica<sup>78</sup>.

---

<sup>74</sup>PREUSS, Ulrich K. Disconnecting Constitutions from Statehood: is global constitutionalism a viable concept?, cit., p. 38.

<sup>75</sup>QUEIROZ, Cristina. *Direito constitucional internacional*. Lisboa: Petrony Ed., 2016. p. 76-77.

<sup>76</sup>CATANIA, Alfonso. *Metamorfosi del diritto: decisione e norma nell'età globale*. Roma: Editori Laterza, 2010. p. 9.

<sup>77</sup>Id. Ibid., p. 11.

<sup>78</sup>LAGE, Délber Andrade. *A jurisdicionalização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 77.

Isso bem sinaliza que o Estado, na contemporaneidade, assume função no tabuleiro internacional completamente distinto do que desfrutava nos moldes do Tratado de Westfalia. O clássico princípio de não-intervencionismo de um Estado em outro (dimensão externa da soberania estatal) tem sofrido significativo abalo em sua estrutura na interlocução dos direitos humanos, com as ideias de intervencionismo humanitário ou de responsabilidade de proteger. Ana Maria Guerra Martins lembra que o princípio da não ingerência nos assuntos internos, que sempre alicerçou o direito internacional tradicional e que se encontra previsto no art. 2º, nº 7, da Carta das Nações Unidas<sup>79</sup>, estabelece uma distinção entre as ordens jurídicas internas e a internacional, quando se tratar de direitos humanos<sup>80</sup>.

No passado, nem tão longe assim, os princípios regedores do direito internacional eram bem delineados e demarcados. Hoje se entrelaçam entre si e, no mais das vezes, um se apresenta em rota de colisão com outro, em decorrência do crescimento e desenvolvimento dos direitos humanos.

Michael Zürn e Nicole Deitelhoff destacam que, com a interferência de instituições ou organismos internacionais em assuntos domésticos dos Estados, houve um movimento desde a articulação de um direito coordenado entre os países para um direito cooperativo<sup>81</sup>.

Essa observação merece destaque porque os mesmos efeitos apurados quanto à figura do Estado alcançarão, como já vem sendo constatados e se espera naturalmente,

---

<sup>79</sup>Reza o art. 2º.7 da Carta das Nações Unidas que: “Nenhuma disposição da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervir em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição interna de qualquer Estado, ou obrigará os membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do capítulo VII.”. O Capítulo VII do referido texto internacional refere-se à possibilidade de intervenções motivadas por ações que ameacem a paz, a ruptura da paz ou importem em atos de agressão. NAÇÕES UNIDAS. *Carta das Nações Unidas*. Adotada em São Francisco, EUA, pela Conferência sobre a Organização Internacional das Nações Unidas em 26 de junho de 1945. Assinada pelo Brasil em 21 de julho de 1945 e ratificada em 21 de setembro de 1945. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/24100.pdf>.

<sup>80</sup>MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direito internacional dos direitos humanos*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 90-91.

<sup>81</sup>ZÜRN, Michael; DEITELHOFF, Nicole. Internationalization and the State: sovereignty as the external side of modern Statehood. In: LEIBFRIED, Stephan et al. (Eds.). *The Oxford handbook of transformations of the State*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 205.

o Poder Judiciário. Os órgãos jurisdicionais de cúpula de cada Estado não desaparecerão com o diálogo transjudicial, mas sentirão sensível mudança em seus respectivos papéis, sendo apenas mais um órgão entre tantos outros a solucionar conflitos.

Julie Allard e Antonie Garapon defendem que a globalização provocaria o desacoplamento das três funções estatais (executivo, legislativo e judiciário) à sua noção de soberania, de modo que o comércio entre juízes representaria a extensão do “poder judicial para além das fronteiras”<sup>82</sup>. E, ainda, defende que, ao se valerem de argumentos constantes em decisões estrangeiras, os intercâmbios, por se acharem lastreados na autoridade persuasiva (e não restritiva ou vinculativa) não apenas alteram o perfil jurisdicional como incrementam a racionalidade das suas decisões<sup>83</sup>.

Segundo Julie Allard e Antonie Garapon, o direito acabou se tornando um “bem intercambiável”, que transpõe fronteiras “como se fosse um produto de exportação”, ingressando livremente em outros países, de modo que há um profundo intercâmbio de regras em que as estrangeiras constroem o direito interno e as internacionais auxiliam na construção do direito interno<sup>84</sup>. Daí a necessidade de se conceber o Estado com um perfil marcadamente dialógico.

#### **1.1.4. Estado dialógico**

Nesse processo de importação e exportação do Direito, os juízes exercem, na ótica de Julie Allard e Antonie Garapon, a função de agentes mais ativos da globalização, atuando como verdadeiros “engenheiros da transformação”, mediante o mecanismo do “diálogo entre juízes” (“mundialização judicial” ou “auditório global”) ou do “comércio entre juízes”<sup>85</sup>.

---

<sup>82</sup>ALLARD, Julie; GARAPON, Antonie. *Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2005. p. 11.

<sup>83</sup>Id. Ibid., p. 12.

<sup>84</sup>Id. Ibid., p. 7.

<sup>85</sup>ALLARD, Julie; GARAPON, Antonie. *Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito*, cit., p. 8-9. Na visão deles, essa comunicação entre juízes poderá ocorrer nos seguintes formatos: “referência a

Esclarecem, ainda, Julie Allard e Antonie Garapon que o fenômeno da globalização judicial não esvazia a soberania dos Estados, mas antes a remodela consertando os defeitos das nações e obtendo, por conseguinte, mais influência no plano internacional como uma espécie de “*soft power judicial*”<sup>86</sup>. Em fórmula mais específica ainda, asseguram Basil Markesinis e Jörg Fedtke que, ao contrário do que se pode imaginar, os diálogos transnacionais entre juízes, longe de enfraquecer a cultura jurídica nacional e representar um perigo à individualidade de cada país, tem servido de fonte de inspiração e renovação da legitimidade jurisdicional<sup>87</sup>.

Ming-Sung Kuo vai ao ponto de sustentar que o diálogo transjudicial vem impactando de tamanha ordem a noção clássica de soberania que essa dimensão eminentemente política foi já substituída por uma concepção pós-política de soberania (*post-political sovereignty*), que se chama de soberania judicial (*judicial sovereignty*)<sup>88</sup>.

O diálogo transjudicial, como se vislumbrará mais adiante, corresponde a uma rede comunicativa entre tribunais ou cortes de justiça, que não se acham, necessariamente, vinculadas aos seus respectivos textos normativos. Isso quer dizer que, num ambiente global, os juízes e tribunais nacionais não se limitam a exercer o papel de guarda das Constituições nacionais de seus Estados. Assumem, inexoravelmente, postura ativa de salvaguarda da juridicidade que circula globalmente em decisões judiciais estrangeiras, em tratados ou convenções transnacionais, costumes

---

julgamentos estrangeiros em decisões de âmbito nacional, intercâmbio de argumentos, formações comuns, diálogo entre tribunais, criação de associações transnacionais, de clubes ou sindicatos de juízes, capitalizações infomais de jurisprudências, etc.” (Id. Ibid., p. 9).

<sup>86</sup>Id. Ibid., p. 66. Julie Allard e Antonie Garapon ainda acrescentam que “não se trata apenas de pretender impor as suas soluções, mas também de influenciar o modo como são apresentados os problemas, a linguagem através da qual são formulados, as referências intelectuais e culturais que lhes estão subjacentes. O confronto de culturas exige uma estratégia nova: estabelecer alianças, suscitar ou, talvez até ressuscitar, um sentimento de comunidade cultural nos antípodas da arrogância do passado. O *soft power* judicial não se rege pelas mesmas regras que o *hard power* ou que as outras formas de *soft power* (nomeadamente, econômico)” (Id. Ibid., p. 66).

<sup>87</sup>MARKESINIS, Basil; FEDTKE, Jörg. *Giudici e diritto straniero: la pratica del diritto comparato*. Bologna: Il Mulino, 2009. p. 128. (Collezione di testi e di studi).

<sup>88</sup>KUO, Ming-Sung. Discovering sovereignty in dialogue: is judicial dialogue the answer to constitutional conflict in the pluralist legal landscape. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 26, n. 2, p. 346, July 2013.



internacionais e *ius cogens*, incluindo, como não poderia deixar de ser, as Constituições internas de cada país. Os tribunais, por conseguinte, sofrem os reflexos de um mundo globalizado.

Por isso mesmo, pode-se dizer que o Poder Judiciário, como faceta do Estado, integra uma rede de comunicação sistêmica formada por decisões judiciais que se dialogam entre si.

Maria Rosario Ferrarese assinala que esse destacado papel do Poder Judiciário na esfera global decorre do crescente número de tribunais, especialmente no universo internacional (em sentido amplo) e o inelutável aumento da judicialização do direito em geral, a ponto de afirmar que o mundo global é formado essencialmente pelo mundo do direito modelado por juízes, onde a decisão judicial ganha maior realce do que a própria lei. E tudo isso ainda incrementado com a criação de muitas novas constituições e declarações de direitos, mesmo em culturas e territórios que não possuíam essa tradição histórica em nome de uma boa governança ou à busca de um *standard* democrático<sup>89</sup>.

E esse suposto sucesso dos atores judiciais, no cenário global, é justificado, segundo Maria Rosario Ferrarese, pela maior capacidade que os juízes possuem e, logo, o Judiciário apresenta, diferentemente do Executivo e do Legislativo, de compatibilizar a normatividade inerente ao direito com as necessidades do mundo globalizado, e sintetiza três qualidades institucionais que o destacam das demais funções (poderes) do Estado: a) os órgãos judiciais não são instituições centralizadas, como o Legislativo, por exemplo, sendo, ao contrário, mais múltiplos, espalhados pelo território e facilmente localizados em diferentes lugares e posições, em suas várias jurisdições (nacionais, internacionais, supranacionais ou mesmo transnacionais); b) a flexibilidade de poder incrementar o direito com a decisão judicial que proporcione mudanças,

---

<sup>89</sup>FERRARESE, Maria Rosario. Transjudicial dialogue and constitutionalism: a risk or an opportunity for democracy? *Sociologia del Diritto*, Milano, v. 2, p. 120-121, 2009.

correções, integração e justificações em vários formatos e estilos; e c) a sua capacidade inigualável a conexões e ligações entre tribunais e juízes<sup>90</sup>.

No campo internacional, não se pode afirmar, categoricamente, que inexistia diálogo entre os Estados. Na verdade, sempre houve. Mas essa comunicação não se dava nos moldes como se verifica nos dias atuais, em que tribunais buscam intercâmbios de interpretações e sentidos jurídicos em precedentes estrangeiros. O diálogo que se perfectibilizava entre os Estados ocorria, unicamente, para atender a interesses econômicos, culturais, comerciais e, até mesmo, político-jurídicos, porém com a preocupação permanente de demarcar o direito incidente sobre os seus súditos em determinado território.

Da completa ausência de influência e interferência, no princípio, que um Estado desfrutava sobre o direito interno de outro Estado, hoje é possível perceber considerável aproximação comunicativa interestatal e, por que não dizer, interjudicial.

Esse processo de interferência e diálogo vem se intensificando, neste início do século XXI, com o incremento da horizontalização das relações e das comunicações propiciada pela globalização<sup>91</sup> e, na linguagem de Antoine Garapon, pelos ideais neoliberais, e, portanto, por uma racionalidade neoliberal<sup>92</sup>. Por via de consequência, o uso judicial do direito estrangeiro, consoante expõe Gábor Halmai, é produto da globalização da prática do constitucionalismo contemporâneo<sup>93</sup>.

---

<sup>90</sup>FERRARESE, Maria Rosario. Transjudicial dialogue and constitutionalism: a risk or an opportunity for democracy?, cit., p. 122-124.

<sup>91</sup>Marcelo Neves vai mais além para destacar que a mundialização da sociedade, na realidade, iniciou-se no século XVI, possivelmente com as descobertas de novas terras decorrentes do expansionismo marítimo europeu, quando assinala que “Ao contrário das sociedades pré-modernas, formações territorialmente delimitadas, desenvolve-se, a partir do século XVI, a mundialização da sociedade, que se intensifica no século XIX e se consolida nos fins do século XX, com a afirmação, inclusive no plano semântico da autodescrição, da mundialização da sociedade, com o discurso da globalização. Característico da sociedade mundial é o fato de que o horizonte das comunicações e expectativas passa a ser *primariamente* mundial, não se limitando a determinado território” (NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica*. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 384-385).

<sup>92</sup>GARAPON, Antoine. *Lo Stato minimo: il neoliberalismo e la giustizia*, cit., p. 21.

<sup>93</sup>HALMAI, Gábor. The use of foreign law in constitutional interpretation, cit., p. 1.328.

Compara Garapon a visão hobbesiana de necessidade de regulamentação política da sociedade através de uma autoridade vinda do alto (o Estado com autoridade soberana) com a concepção neoliberal na qual a concorrência consiste no elemento propulsor fundamental para estruturar as instituições políticas<sup>94</sup>.

O Estado estaria concorrendo com outro Estado não apenas por domínio econômico, comercial, científico, tecnológico, educacional, cultural, mas também jurídico, com a intenção deliberada de influenciar outros países mediante modelos de direito. Não se pode jamais desprezar a estratégia de muitos Estados de se valerem do direito como instrumento de domínio e de expansão do poder.

Mais do que isso. O diálogo, como se demonstrará, fortalece o Poder Judiciário e a atuação dos seus juízes, uma vez que o submete a um maior controle de sua racionalidade decisória, em decorrência da necessidade de empreender mais robusto fôlego argumentativo para afastar a incidência de precedentes estrangeiros. No processo dialógico, o julgador fica, de certo modo, aprisionado a intelecções ou sentidos firmados em decisões anteriores, podendo – por óbvio – deles se desvencilharem, desde que o faça argumentativamente num processo de “*distinguishing*”.

Marc Jacob define *distinguishing* como o processo dual de analogia inversa, segundo a qual não é refutado a ponto de ser superado, mas apenas é considerado inaplicável à espécie, em face da identificação de diferenças relevantes que o afastam da adequada solução do caso decidendo. Para Jacob, o processo de *distinguishing* contribui para, reflexamente, consolidar o sistema judicial<sup>95</sup>.

O diálogo entre juízes fomenta a cooperação entre os Estados e potencializa os poderes de todos eles na busca por soluções mais adequadas e exitosas tendentes a resolver tanto conflitos instaurados na seara interna como internacional.

---

<sup>94</sup>GARAPON, Antoine. *Lo Stato minimo: il neoliberalismo e la giustizia*, cit., p. 23.

<sup>95</sup>JACOB, Marc. Precedents: lawmaking through international adjudication. In: BOGDANDY, Armin von; VENZKE, Ingo (Eds.). *International judicial lawmaking: on public authority and democratic legitimation in global governance*. Heidelberg: Springer, 2012. p. 64-65. (Max-Planck – Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Band 236).

O diálogo entre tribunais ou cortes, nesta linha, pode contribuir no fortalecimento do Estado no cenário internacional dotando-lhe de força e poder para enfrentar novos desafios impostos pelo sistema econômico global. Do mesmo modo, o comércio entre juízes, em trabalho de compartilhamento de ideias e teses, terá muito mais vigor para regular o mercado e a tecnologia em escala global, protegendo de maneira mais efetiva os direitos humanos e os direitos fundamentais.

Um dos aspectos mais relevantes no universo internacional é que, embora novos atores e sujeitos tenham ganhado prestígio e participação na formação de novas interações e relações, os Estados adaptaram-se a essa nova era mudando o seu discurso e a sua forma de agir, antes voltado a conquistas, ocupações e competições, e passaram a dialogar mais. Talvez até mesmo para obter mais conquistas, mais territórios ou mais competitividade internacional. Porém, com outra estratégia ou método diverso para se alcançar tais objetivos.

Nos dias atuais, é visível a intensificação da comunicação entre os Estados, com a criação de grupos geo-econômico-políticos, como o G8 (França, Estados Unidos da América, Reino Unido, Alemanha, Itália, Japão, Canadá e Rússia), hoje já extinto e, em seu lugar, a partir de 2008, o G20 (África do Sul, Alemanha, Arábia Saudita, Argentina, Austrália, Brasil, Canadá, China, Coreia do Sul, Estados Unidos da América, França, Índia, Indonésia, Itália, Japão, México, Reino Unido, Rússia, Turquia e países membros da União Europeia), e os BRICS (Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul), apenas para citar alguns.

A formação de blocos entre Estados deriva da necessidade de cooperação e diálogo constante entre si. Os problemas globais exigem decisões e respostas globais. Um único Estado, por mais forte que se apresente, tem se tornado cada vez mais impotente para resolvê-los.

Volkmar Gessner lembra que o mercado e as regras da economia nunca deixarão de precisar do Estado, já que o sistema de proteção privada das transações internacionais é caríssimo, o que recomenda tanto a autoregulação como a tutela

jurídica estatal de negócios dessa magnitude<sup>96</sup>. Por isso, defende uma espécie de parceria público-privada na produção e regulação do direito (*mix of state and private ordering*)<sup>97</sup>.

Afinal, tem razão Dieter Grimm quando reforça a importância do Estado na esfera internacional, para conferir legitimidade democrática e assegurar a prestação de contas do poder público<sup>98</sup>. Ao Estado, portanto, estaria reservado um papel específico, que evidentemente não estaria relacionado com a produção exclusiva do direito, nem muito menos com limites territoriais. O Estado deve, através de seus agentes, entre os quais os juízes, dialogar com outros Estados e com outros regimes jurídicos transnacionais, formando um único sistema jurídico comunicativo.

O Estado, para ser considerado como tal e desfrutar de livre trânsito na esfera internacional ou global, precisa aliar o seu qualificativo “democrático” e “de direito” ao perfil humanístico, formando o “*Estado humanizado de direito*”. Esse mesmo Estado, portanto, para conquistar o “selo de qualidade” perante os demais, deve abrir-se ao diálogo, fazendo concessões, parcerias, cooperações com outros entes e organismos, além de aceitar sugestões, interferências, influências em seus esquemas jurídico-decisórios clássicos, muitas vezes, sem nem mesmo se socorrer da legitimidade democrática.

E esse aspecto do déficit democrático tem animado um dos mais acalorados debates das decisões estatais no âmbito transnacional. Nesta toada, o diálogo transjudicial não fica alheio à instigante discussão, pois, de toda forma, pode o tribunal preferir no processo dialógico de formação de sua decisão nem sequer aplicar a norma jurídica interna em favor de outra estrangeira, ainda que não guarde qualquer caráter vinculante ou sistêmico.

No entanto, esse aparente elemento deslegitimador das decisões no diálogo entre tribunais termina por não ostentar tanta relevância prática, devido a um motivo que não se pode olvidar. Os juízes, mesmo sem fazer referência explícita a julgados estrangeiros ou a qualquer outro, podem ser por eles influenciados no desenvolvimento

---

<sup>96</sup>GESSNER, Volkmar. The institutional framework of cross-border interaction. In: GESSNER, Volkmar (Ed.). *Foreign courts: civil litigation in foreign legal cultures*. The Oñati International Institute for the Sociology of Law. Aldershot: Dartmouth, 1996. p. 25.

<sup>97</sup>Id. Ibid., p. 32-33.

<sup>98</sup>GRIMM, Dieter. The achievement of constitutionalism and its prospects in a changed world, cit., p. 21.

da argumentação jusfundamental, analisando as razões que refutam ou acolhem a interpretação ou o sentido por eles conferidos.

No caso da Constituição brasileira de 1988, por exemplo, os postulados da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e da prevalência dos direitos humanos devem interagir com os da autodeterminação dos povos e da não-intervenção, já que detêm igual status normativo no art. 4<sup>o</sup><sup>99</sup>. Isso porque o fenômeno da humanização do direito internacional propiciou significativa alteração no conteúdo de todos os demais princípios que regem as relações internacionais dos Estados. E isso é o traço mais marcante do que se deve entender por sistema. No sistema, como será visto mais a frente, todos os elementos que o integram, quando alterados ou modificados, impactam, decisivamente, nos demais.

No caso de Portugal, Ana Maria Guerra Martins afirma que a Constituição Portuguesa de 1976 consagra o princípio da amizade ao direito internacional dos direitos humanos, por força do disposto nos art. 7<sup>o</sup>, n<sup>o</sup>s 1<sup>100</sup>, 3<sup>101</sup> e 7<sup>102</sup>.

Cada vez mais a independência e autonomia dos Estados, princípio basilar na relação com outros Estados, tem se convertido em interdependência, onde não apenas

---

<sup>99</sup>Estabelece o art. 4<sup>o</sup> da Constituição brasileira de 1988 que a República Federativa do Brasil, nas relações internacionais, norteia-se pelos princípios da independência nacional, da prevalência dos direitos humanos, da autodeterminação dos povos, da não-intervenção, da igualdade entre os Estados, da defesa da paz, da solução pacífica dos conflitos, do repúdio ao terrorismo e ao racismo, da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e da concessão de asilo político. Para Celso Lafer, “As normas do art. 4<sup>o</sup> são uma positivação de valores voltados para direcionar a ação externa do Brasil. Configuram intencionalidades objetivadas pela constituição que tem como foco nortear a atuação do Estado brasileiro na dinâmica de funcionamento do sistema internacional. Este sistema, para recorrer a uma distinção importante de Raymond Aron, é um sistema heterogêneo, vale dizer, os que dele participam não tem uma mesma e única concepção sobre os pressupostos que presidem a organização da ordem mundial e os modos de estruturação interna do Estado. Desta heterogeneidade provém critérios plurívocos de interpretação das normas de Direito internacional.” (LAFER, Celso. Apontamentos sobre a internacionalização do direito constitucional brasileiro. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (Coords.). *Direito internacional contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 99).

<sup>100</sup>1. Portugal rege-se nas relações internacionais pelos princípios da independência nacional, do respeito dos direitos do homem, dos direitos dos povos, da igualdade entre os Estados, da solução pacífica dos conflitos internacionais, da não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados e da cooperação com todos os outros povos para a emancipação e o progresso da humanidade.

<sup>101</sup>Portugal reconhece o direito dos povos à autodeterminação e independência e ao desenvolvimento, bem como o direito à insurreição contra todas as formas de opressão.

<sup>102</sup>7. Portugal pode, tendo em vista a realização de uma justiça internacional que promova o respeito pelos direitos da pessoa humana e dos povos, aceitar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nas condições de complementaridade e demais termos estabelecidos no Estatuto de Roma.

dependem um do outro do ponto de vista econômico, mas também político, social, ambiental, e, por que não dizer, jurídico, nascendo um novo mundo global que não se intimida com as fronteiras territoriais existentes.

Essa é a hipótese da ordem constitucional portuguesa, consoante sinaliza Ana Maria Guerra Martins, ao afirmar que o princípio imperante nos liames entre o direito internacional e os direitos nacionais lusitanos há de ser o da interdependência, submetendo o direito constitucional interno, portanto, às normas internacionais de proteção dos direitos humanos<sup>103</sup>.

Essa interdependência entre os Estados e, conseqüentemente, entre órgãos do Poder Judiciário, não se faz por meio de pessoas ou agentes estatais personificados, mas por comunicações decisórias desencadeadas por tribunais e juizes que integram a comunidade global judicial.

## **1.2. Comunidade internacional**

### **1.2.1. Sociedade sem homens**

A noção normalmente que se tem a respeito de sociedade, como bem sinaliza Niklas Luhmann, é a daquela em que se constitui de homens concretos e das relações entre eles, em uma área territorialmente delimitada, e que assim sejam externamente considerados e observados<sup>104</sup>.

A concepção tratada neste trabalho, embora sob o rótulo de comunidade, basear-se-á no conceito de Luhmann de sociedade. E isso não por reconhecer nele o que melhor se edificou no pensamento científico. Não. A ideia de sociedade de Luhmann afigura-se a mais adequada para servir de referencial teórico destinado ao estudo do fenômeno do diálogo transjudicial. Apenas isso. Afinal, o diálogo entre tribunais não

---

<sup>103</sup>MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direito internacional dos direitos humanos*, cit., p. 110.

<sup>104</sup>LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. Milano: Franco Angeli, 2003. p. 13-14.

ocorre entre juízes considerados em si, mas entre comunicações que se desencadeiam dentro de uma comunidade judicial formada por juízes e tribunais, assim compreendida como as decisões judiciais e as razões fundamentais (*rationes decidendi*) nelas presentes e que servem de inspiração para novos julgados ou decisões. A comunicação dá-se institucionalmente mediante a força argumentativa dos conteúdos decisórios.

Porém, por mais que não negue a existência desses dois fatores na sociedade (homens e relações jurídicas), Luhmann os renuncia em prol de um critério baseado em um paradigma comunicacional, com a finalidade de estabelecer um conceito de sociedade e demarcar os limites de seu objeto<sup>105</sup>. Nesta esteira, a sociedade seria formada de comunicação e de atos comunicativos, e não de pessoas<sup>106</sup>.

Castanheira Neves critica a perspectiva funcionalista de Luhmann, que elege como referente a sociedade, e não o indivíduo, defendendo, em seu lugar, a ideia do jurisprudencialismo, segundo o qual prestigia a perspectiva do homem (do homem-pessoa) historicamente situado e mergulhado em normatividade axiologicamente fundada nos seus direitos e em suas responsabilidades<sup>107</sup>. O funcionalismo sistêmico, calcado na decomposição do homem em sistemas, implicaria o “fim do indivíduo”<sup>108</sup>.

---

<sup>105</sup>LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*, cit., p. 15.

<sup>106</sup>A teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Niklas Luhmann parte de três premissas básicas para analisar o fenômeno da sociedade e das organizações, assim sintetizadas por um de seus discípulos Gunther Teubner: “1. Las organizaciones no están compuestas por seres humanos como miembros, sino por comunicaciones; concretamente por decisiones, que son sus elementos auto-constitutivos. 2. Las organizaciones ‘conocen’. A través de la comunicación interna construyen sus propias realidades sociales, las cuales difieren considerablemente de las construcciones de la realidad de sus miembros individuales. En pocas palabras: las organizaciones son sujetos epistémicos. 3. Las organizaciones no son capaces *per se* de acción colectiva. Si transforman a si mismas en actores colectivos mediante la constitución comunicativa de su identidad.” (TEUBNER, Günther. *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Ed. Carlos Gómez-Jara Díez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación em Filosofía y Derecho, 2005. p. 20).

<sup>107</sup>NEVES, Castanheira António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz”, ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdiccional do direito, cit., p. 175-176.

<sup>108</sup>NEVES, Castanheira António. O funcionalismo jurídico. In: NEVES, Castanheira A. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. v. 3, p. 278. Neste mesmo ponto em particular, também hostiliza Jónatas Machado o pensamento de Luhmann, quando adverte que, “Levada ao extremo, a teoria dos sistemas corre o risco de se transformar numa teoria da *sociedade sem homens*, em que as ideias caracteristicamente modernas da autonomia racional e moral-prática dos sujeitos e da livre expressão individual são totalmente obliteradas e subordinadas a imperativos



No funcionalismo, a fundamentação rende-se à instrumentalização, a razão objetivo-material à razão instrumental, a ordem à planificação e a validade à eficácia ou à eficiência<sup>109</sup>.

De fato, essa concepção luhmanniana de sociedade a influenciar o conceito de comunidade internacional poderia ressoar como estranha e completamente fora de propósito quando se pretende estudar o tema dos direitos humanos ou dos direitos fundamentais, já que se trataria, enfim, de direitos de homens, e, portanto, de pessoas que vivem em sociedade. Aparentemente uma contradição lógica difícil de superar. Porém, só aparente, pois se cuida de opção metodológica de análise de um fenômeno sociológico de matriz jurídica. O diálogo é, essencialmente, um processo comunicativo. Como tal, essa interação de decisões proferidas ocorre, independentemente do entendimento subjetivo e particular de um juiz ou de um colegiado de julgadores, entre tribunais numa perspectiva institucional-decisória.

Poder-se-ia alegar que o direito também seria um processo comunicativo, a exemplo do diálogo, e nem por isso desprezaria a figura do homem concreto em suas análises. Por que, então, no diálogo transjudicial o recomendável seria desconsiderá-lo? Malgrado semelhantes e com profundas afinidades, a forma de operacionalização do diálogo difere da sistemática de aplicação do direito. Enquanto no diálogo, como será aprofundado mais a frente, há uma construção permanente de soluções decisórias em que se adicionam ininterruptamente novos sentidos a partir de elementos (ou decisões) anteriores, num processo de aprendizado constante, o direito em geral não se reduz a decisões, muito menos judiciais, que se seguem uma após a outra, nem possui como condição de procedibilidade a conquista de novas interpretações ou buscar aprender com erros anteriores. Parece contrário à própria ideia do direito admitir aplicações ou

---

impessoais de racionalidade burocrática e funcionalidade sistêmica” (MACHADO, Jónatas. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública do sistema social*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2002. p. 132. (Stvdia Ivridica 65).

<sup>109</sup>NEVES, Castanheira António. O funcionalismo jurídico, cit., p. 182. Castanheira Neves sustenta a concepção jurisprudencialista do direito, porque se revela em prática “*axiológico-normativa* nos fundamentos, *prático-normativa* na intencionalidade, *judicativa* no *modus* metodológico” (Id. Ibid., p. 189).

interpretações erradas ou equivocadas, para somente, em novas proposições intelectivas, vir a acertar.

Pensar a comunidade internacional como um conglomerado de homens pode levantar inúmeras questões a comprometer o processo dialógico ou simplesmente negar a aplicação dos direitos humanos internamente nos Estados. Antonio Truyol y Serra chama a atenção para a circunstância de que a sociedade internacional perdeu em homogeneidade em relação ao grau de desenvolvimento econômico e social muito distintos e cada vez mais assimétricos entre as nações ricas e pobres, em decorrência dos níveis de industrialização e de progresso científico e tecnológico que experimentam<sup>110</sup>.

Quando se trata de decisões judiciais resultantes de composições tribunalícias colegiadas, inúmeros fatores interferem e influenciam o processo decisório, tais como, obediência a julgados anteriores (vinculação horizontal), tentativas de harmonização de entendimento para tornar mais pragmático o julgamento, razões novas que surgem no momento do debate oral, preponderância de argumentos retóricos ou carregados de sentimentos de emoção, pena ou culpa, além de vários outros de cariz até mesmo psicológico.

Neste momento em particular de formação da decisão do juiz, abstrai-se a pessoa do juiz e as suas convicções pessoais e se forma uma espécie de atmosfera comunicativa de elementos dialógicos que constroem e modelam as soluções para os casos concretos submetidos ao tribunal ou à corte. Circula-se a ideia, o argumento, a tese, a antítese, a *ratio decidendi*, o *obiter dictum*, os pensamentos metafísicos, e à medida em que se circula cada vez em maior incidência e velocidade mais se distanciam de seus autores. Mais longe ficam de seus criadores, dos juízes e da pessoa concreta do julgador.

Michele Taruffo conceitua *ratio decidendi* como o núcleo essencial da decisão, indicando a modalidade de aplicação da norma relevante ao fato presente no caso

---

<sup>110</sup>TRUYOL Y SERRA, Antonio. *La sociedad internacional*. Madrid: Alianza Editorial, 2008. p. 103.

concreto, enquanto o *obiter dictum* consiste em qualquer outra afirmação, declaração ou argumentação que foi inserida apenas como reforço argumentativo<sup>111</sup>.

A concepção do jurisprudencialismo, tão bem edificada por A. Castanheira Neves, embora prestigie a realização concreta do direito por meio da decisão judicial, não consegue explicar a operação que uma decisão provoca em outra como novo sentido que se incorpora no processo aplicativo-interpretativo. A circularidade própria do diálogo entre decisões corresponde à reflexividade necessária ao aprimoramento do direito. É o exemplo trazido por Roberto Romboli, quando reconhece a manifesta circularidade operada entre as decisões das cortes nacional e supranacional alicerçada no princípio da colaboração entre tribunais e no enriquecimento alcançado pelo liame recíproco entre os diversos precedentes<sup>112</sup>.

Como registra Josef Aulehner, os direitos fundamentais possuem um caráter reflexivo e, portanto, acumulam novos sentidos e interpretações ao longo do tempo<sup>113</sup>.

A perspectiva luhmanniana não implica a “desumanização” dos direitos humanos, como se poderia em princípio supor, antes se constitui em matriz filosófica e sociológica do estudo do diálogo dos direitos dos homens lastreado no processo comunicativo judicial<sup>114</sup>. Günther Teubner considera um grande erro acusar o sistema autopoietico de promover a completa desumanização do direito, pois essa concepção apenas almeja substituir o individuo pela comunicação, como sujeito epistêmico, para fins de estudo e análise. Afinal, os homens, para a teoria sistêmica de Luhmann, não deixam de ser apenas realidades sociais construídas<sup>115</sup>.

---

<sup>111</sup>TARUFFO, Michele. Note sparse sul precedente giudiziale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, anno 72, n. 1, p. 116, mar. 2018.

<sup>112</sup>ROMBOLI, Roberto. La Giustizia nella Carta dei Diritti di Nizza: Osservazioni sull'art. 47. *Rassegna di Diritto Pubblico Europeo*, Napoli, anno 2, n. 1, p. 38-39, genn./giug. 2003.

<sup>113</sup>AULEHNER, Josef. *Grundrechte und Gesetzgebung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011. p. 28-29.

<sup>114</sup>Como acentua Teubner, “los individuos reaparecen en el mundo de la comunicación, pero sólo como construcciones comunicativas, como artefactos semánticos sin correspondencia con la conciencia o con los procesos autopoieticos del mundo psíquico” (TEUBNER, Günther. *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*, cit., p. 37).

<sup>115</sup>Id. *Ibid.*, p. 44-45.

Para Luhmann, a diferenciação funcional sistêmica da sociedade não se alicerça em concepções ontológicas ou antropológicas dos objetos (objeto do direito) ou dos indivíduos (sujeitos do direito), na medida em que apenas se perfectibiliza no plano da comunicação<sup>116</sup>. O processo comunicativo cria e conforma o direito e suas categorias, não existindo, pois, uma estrutura ou concepção jurídica que anteceda a comunicação que as contrói e as faz nascer no mundo real.

Artur Stamford da Silva recorda que a justiça é “programa de todos os programas” do sistema jurídico da sociedade na visão luhmanniana<sup>117</sup>. Daí não se poder afirmar que a visão de Luhmann incompatibiliza-se com a ideia de direitos humanos. E essa concepção ganha ainda maior alcance quando se trabalha em torno de um pensamento dialógico cuja comunicação e os elementos comunicativos que o proporcionam conectam-se entre si independentemente das pessoas concretas que ali se encontram.

A melhor forma de resolver os direitos humanos reside, por incrível que possa parecer, em se distanciar dos homens. Pode parecer paradoxal essa afirmação, porém consiste em mais adequado esquema metódico para evitar a banalização retórica do discurso judicial a frequentemente contaminar a prática judiciária e o arbítrio interpretativo dos direitos de estrutura principiológica, como se apresentam os direitos humanos e os direitos fundamentais dos indivíduos. Sergey Vasiliev adverte que a invocação de decisões judiciais, a pretexto de se está realizando um diálogo transjudicial, pode encerrar apenas uma retórica normativa<sup>118</sup>.

Daí se atentar para o fato de que as decisões judiciais exteriorizam-se por meios de processos comunicativos que perdem importância a pessoa (o juiz) que a proferiu. O que importa, verdadeiramente, é o sentido ou a interpretação a que chegou aquele órgão jurisdicional específico que prolatou determinada decisão.

---

<sup>116</sup>LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1993. p. 297.

<sup>117</sup>SILVA, Artur Stamford da. Teoria reflexiva da decisão jurídica: observações a partir da teoria dos sistemas que observam. In: SCHWARTZ, Germano (Ed.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 46.

<sup>118</sup>VASILIEV, Sergey. International criminal tribunals in the shadow of Strasbourg and politics of cross-fertilisation. *Nordic Journal of International Law*, v. 84, n. 3, p. 278-283, 2015.

António Manuel de Almeida Costa ainda acentua uma outra vantagem da perspectiva sistêmica-funcional de Luhmann, enquanto premissa norteadora de uma investigação que propicia permanente abertura a novos problemas, mediante a utilização de “equivalentes funcionais”<sup>119</sup>.

Desse modo, o pensamento de Luhmann – e é bom que se diga desde logo – é o ponto de partida, jamais o ponto de chegada, para se entender como se deve conceber o fenômeno do diálogo transjudicial em uma sociedade sem homens, que caminha em busca da construção de uma verdadeira comunidade judicial comunicativa de decisões que dialogam entre si.

### **1.2.2. Da sociedade à comunidade global**

A ideia inicial que surge quando se fala em sociedade internacional cai na armadilha de tentar expandir o conceito clássico de aglomerado de pessoas circunscritas a um dado território para a perspectiva além-fronteiriça (internacional) dos Estados. Uma comunidade integrada por pessoas com representatividade em vários Estados-nação espalhados pelo mundo. Seria uma espécie de sociedade de pessoas com livre trânsito e direitos reconhecidos em vários territórios de Estados.

Os homens sempre se relacionaram, ao longo da história, com sociedades e comunidades fora do âmbito de seu território. Alguns formavam grupos vinculados a um poder centralizado situado além de suas fronteiras. O território não representava, nem nunca representou, óbice à existência de algum tipo de sociedade ou comunidade internacional.

---

<sup>119</sup>COSTA, António Manuel de Almeida. *O funcionalismo sistémico de N. Luhmann e os seus reflexos no universo jurídico*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 30. Almeida Costa registra, outrossim, que, numa ótica funcionalista de diferenciação funcional entre sub-sistemas sociais, “A vida em sociedade apresenta-se, por isso, como um universo de ‘interlegalidades’, caracterizado pelo cruzamento e conflito intersistémicos – aspecto que se concretiza nas dificuldades ‘regulatórias’ de um direito ancorado na dicotomia justo/injusto (*Recht/Unrecht*), se confronta com a autonomia de um ‘objecto de regulação’ apenas subordinado ao estrito utilitarismo de uma lógica de custos/benefícios.” (Id. *Ibid.*, p. 40).

Acentua Aldo Baldassarri que, já no período medieval na Itália, existia uma organização, ainda que embrionária, da comunidade internacional, seja como relação de subordinação que ligava uns aos outros pela vassalagem, seja pela dependência que havia em relação à autoridade espiritual do Papa e à autoridade temporal do Imperador. Porém, essa comunidade internacional, com a decadência das autoridades do soberano (Revolução gloriosa na Inglaterra de 1688/1689 e Revolução Francesa na França de 1789) e do papa (Reforma protestante do Século XVI) ao longo da história, transformou-se em comunidade de entes coordenados, autônomos e independentes<sup>120</sup>.

Nos séculos XVII e XVIII, a comunidade internacional tinha um perfil individualístico com a postura refratária do Estado a cooperar com outros Estados, para alcançar fins comuns. As relações internacionais, restritas aos Estados, basicamente se alicerçavam em alianças e hostilidades em guerras. A monarquia absoluta, por seu turno, consolidava a concepção patrimonial do Estado, que permitia ao soberano vender, permutar, doar, constituir em dote, transmitir por testamento o território, como se fosse propriedade dele<sup>121</sup>.

A diplomacia reinava entre os Estados aliados e a guerra, entre os assim considerados inimigos. As tratativas, no entanto, desenrolaram-se na seara da política internacional, sem qualquer interferência interna de um Estado sobre outro, ainda que fossem aliados. O direito não dialogava, apenas a política. O direito legitimava com suas formas e procedimentos o diálogo construído politicamente.

Já, no século XIX, como bem aponta Aldo Baldassarri, as relações internacionais agasalharam-se sob novas vestes, pois o Estado, considerado patrimonial, acabou por desaparecer nascendo uma só sociedade, apoiada nas ideias de coletividade e de solidariedade de interesses, na qual se difundem muitas ideias e progressos técnicos, em especial nos meios de comunicação e de transporte<sup>122</sup>.

Como consequência de tudo isso, o direito internacional foi obrigado a se desenvolver a partir de relações que se estabeleceram entre vários ordenamentos

---

<sup>120</sup>BALDASSARRI, Aldo. *Corso di diritto internazionale*, cit., p. 9-10.

<sup>121</sup>Id. Ibid., p. 14-15.

<sup>122</sup>Id. Ibid., p. 16-17.

jurídicos estatais, tendo o Estado como o único sujeito do direito internacional<sup>123</sup>. Tanto que, após a Segunda Grande Guerra Mundial, nasce a Organização das Nações Unidas fazendo expressa alusão aos Estados nacionais, que eram resultantes dos modelos formatados na Revolução francesa de 1789 e na Independência dos Estados Unidos da América (1776)<sup>124</sup>. As normas de direito internacional, na sua origem, estiveram relacionadas à figura do Estado enquanto nação.

Martin Ortega Carcelén estabelece três fases da evolução histórica do direito internacional, começando com a da época clássica que compreende o período da Idade Média até a Segunda Guerra Mundial (1945); a era do Direito Internacional das Nações Unidas relativamente ao lapso que vai da Carta das Nações Unidas de 1945 até o fim da guerra fria; e já mais recentemente, a etapa atual iniciada em 1990, que a denomina de “*Direito global*”<sup>125</sup>. Afasta-se da expressão “Direito Internacional”, cunhada por Jeremy Bentham na obra “*Introduction to the Principles of Morals and Legislation*”, uma vez que sempre esteve associada a liames entre Estados (caráter interestatal). E adota a expressão “*Direito Global*”<sup>126</sup> para se referir ao momento atual vivido pelo Direito Internacional, não apenas restrito neste mundo complexo a regular relações entre Estados, mas também disciplinar a participação neste cenário de outros atores e sujeitos<sup>127</sup> (individuais, organismos não governamentais, pessoas jurídicas).

Entre os princípios informadores do direito global, enaltece Rafael Domingo Oslé o da horizontalidade, baseada no diálogo, nunca na coação, embora não deixe de ostentar autoridade. E explica que a horizontalidade não implica a destruição da

---

<sup>123</sup>BALDASSARRI, Aldo. *Corso di diritto internazionale*, cit., p. 22.

<sup>124</sup>HABERMAS, Jürgen. *L'inclusione dell'altro*, cit., p. 119.

<sup>125</sup>CLAVERO, Bartolomé. *Derecho global: por una historia verosímil de los derechos humanos*. Madrid: Editorial Trotta, 2014. p. 15.

<sup>126</sup>Direito Global, a seu sentir, seria o “sistema de normas jurídicas internacionales que regula las relaciones políticas globales. La definición como *sistema* significa que esas normas están interconectadas y se complementan entre si, son coherentes y están orientadas a cumplir unos fines determinados. En el pasado, el Derecho Internacional era un *conjunto* de normas, producto de la acumulación histórica, pero no un sistema” (Id. Ibid., p. 21). E constituição global, por via de consequência, “*los principios y reglas fundamentales que rigen la vida política y jurídica de la comunidad global, de los cuales emana el Derecho Global*” (Id. Ibid., p. 21). O direito global, para Gilles Lhuillier, seria o “*droit transnational*” (LHUILLIER, Gilles. *Le droit transnational*. Paris: Dalloz, 2016. p. 8).

<sup>127</sup>Id. Ibid., p. 21.

estrutura organizacional, porquanto permite o controle mútuo entre as instituições dialogandas de modo a promover a estabilidade<sup>128</sup>.

O século XX foi profundamente influenciado por duas grandes e devastadoras guerras mundiais e por um longo período de guerra fria entre blocos liderados pelos Estados Unidos da América e a União Soviética. Esse clima de tensão e altamente conflituoso fomentou o início de lento processo de diálogo desencadeado por organismos não-governamentais internacionais em busca de consensos interestatais, que culminou com a elaboração de inúmeros tratados, convenções e pactos entre os Estados sobre questões que acabaram por interferir na política e no direito interno.

Note-se que o que os unia para se constituir em uma comunidade internacional era a submissão a um determinado poder, de preferência, com estrutura hierarquizada. A comunidade eclesiástica ligada ao Vaticano (Igreja Católica Apostólica Romana) é um exemplo antigo de comunidade internacional cuja vinculação transfronteiriça dá-se pelas normas estabelecidas no direito canônico. Além da necessidade de poder vinculante que impunha os regramentos e as determinações provenientes do centro, a comunidade internacional estava sujeita à especialização da área de submissão. No caso da comunidade eclesiástica da Santa Sé, a religião católica apostólica romana, de perfil destacadamente unidimensional, já que sempre apresentou um único escopo temático.

Na contemporaneidade, a sociedade internacional não apresenta tais características. Ao se referir à sociedade mundial, sentencia Ulrich Beck que, nos tempos atuais, vislumbra-se um perfil multidimensional, policêntrico, contingente e político<sup>129</sup>. Para Andrew Hurrell, a sociedade internacional, por sua vez, caracteriza-se pelo pluralismo de ideias, visões e valores<sup>130</sup>. Nesta mesma senda, aponta Volkmar Gessner como característica decisiva da arena internacional a heterogeneidade cultural e, por conseguinte, conflitos em todos os tipos de relações jurídicas<sup>131</sup>.

---

<sup>128</sup>DOMINGO OSLÉ, Rafael. *Qué es el derecho global?* 2. ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2008. p. 208-211. Ao lado do princípio da horizontalidade, também sugere a existência no direito global dos princípios da universalidade, da solidariedade e da subsidiariedade (Id. Ibid., p. 200-209).

<sup>129</sup>BECK, Ulrich. *Qué es la globalización?*, cit., p. 172.

<sup>130</sup>HURRELL, Andrew. *On global order*, cit., p. 10.

<sup>131</sup>GESSNER, Volkmar. *The institutional framework of cross-border interaction*, cit., p. 34.



Como se vê, não há consenso na doutrina quanto à utilização do vocábulo “comunidade” ou “sociedade”. Jónatas Eduardo Mendes Machado prefere utilizar a expressão “comunidade internacional” à “sociedade internacional”, para se referir à união de pessoas no cenário global, já que aquela exprime “ideias universais de igual dignidade e liberdade dos indivíduos, pré-contratuais, que devem estruturar política e juridicamente qualquer comunidade, nacional ou internacional, em detrimento dos factores de integração étnica, linguística, cultural, religiosa, etc.”. Explica Jónatas Machado que a palavra “comunidade” está mais ligada a elementos de agregação e espontaneidade da união, ao passo que “sociedade” pressupõe desagregação e artificialidade da coesão e também a natureza voluntária da adesão, dada a sua criação artificial<sup>132</sup>.

Para Rafael Domingo Oslé, a sociedade internacional é formada por Estados, ao passo que comunidade global (ou internacional) seria uma comunidade de pessoas ou grupo de pessoas, comunidades políticas organizadas, de municípios e metrópolis, associações civis, igrejas e comunidades religiosas, organizações supranacionais, integradas e harmonizadas e, portanto, abertas, interdependentes e solidárias no espaço global<sup>133</sup>.

Anota René-Jean Dupuy que a ideia de comunidade internacional provém das concepções agitadas no século XVI de unidade do gênero humano, ancorada na igual dignidade dos homens, e nomeadamente na Escola do Direito natural e das Gentes, que afirmou a existência de uma ordem natural de relação de sociabilidade entre as comunidades humanas<sup>134</sup>.

A ideia de sociedade internacional acaba por contemplar apenas os Estados, pois a tradição histórica apenas os considerava como sujeito de direito internacional. Ao passo que a concepção relacionada à comunidade global inclui outros agentes que

---

<sup>132</sup>MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Direito internacional: do paradigma clássico ao Pós-11 de setembro*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2006. p. 19.

<sup>133</sup>DOMINGO OSLÉ, Rafael. *Qué es el derecho global?*, cit., p. 146.

<sup>134</sup>DUPUY, René-Jean. *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*. Paris: UNESCO, 1986. p. 17.

circulam na esfera global, como indivíduos, organismos, organizações não-governamentais e órgãos constitucionais de estatura transnacional.

Pouco importa, assim, que ultrapasse ou não as fronteiras de seu respectivo Estado-nação. Para dizer que algo é internacional, sempre se partiu de uma concepção territorialista de espaço societário. Ao se desconsiderar da análise a noção de território, não há sentido em se falar de comunidade ou sociedade de cada Estado, país ou nação, já que se estaria em uma única comunidade, sem qualquer referencial fronteiriço.

Nesta esteira, portanto, é possível se falar na existência de uma inescapável comunidade global integrada por todos aqueles indivíduos, agentes públicos e privados, entidades e órgãos não-governamentais que se comunicam entre si, incluindo, neste rol, naturalmente, os juízes e tribunais de todo o mundo.

De uma sociedade aberta dos intérpretes da constituição, construída pelo pensamento de Peter Häberle<sup>135</sup>, estar-se-ia a edificar uma comunidade global aberta à juridicidade igualmente global, que não se resume à normatividade de constituições nacionais e internacionais, tratados, convenções, usos e costumes, mas também a decisões judiciais que trafegam o ecossistema jurídico global.

Mais do que propriamente pessoas concretas e ligadas a um poder central, as conexões interativas entre pessoas, órgãos e instituições ao redor do planeta é o que torna uma comunidade verdadeiramente internacional. Na verdade, simples comunidade global.

---

<sup>135</sup>HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 41-43. Para Peter Häberle, “A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. A interpretação constitucional jurídica traduz (apenas) a pluralidade da esfera pública e da realidade (*die pluralistische Öffenlichkeit und Wirklichkeit*), as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a eles.” (Id. *Ibid.*, p. 43).

### 1.2.3. Comunidade judicial global

A comunidade internacional, na linha de raciocínio de Anne Peters, tanto pode ser a causa como o resultado da constitucionalização do direito internacional. Contudo, pode ser dividida em duas perspectivas. Uma voltada à aglomeração de pessoas próximas e outra ligada a objetivos comuns de entidades que a integram<sup>136</sup>. A que interessará este trabalho, sem dúvida alguma, será a segunda ótica da comunidade internacional, que se interliga mediante a comunicação de decisões judiciais sobre direitos humanos fundamentais.

No caso da comunicação judicial, o que se leva em conta não é a decisão de determinado juiz ou julgador, mas o decisum proferido por tribunal ou corte integrante de um sistema judicial<sup>137</sup>. E mais do que qualquer outro aspecto relevante a considerar, o principal elemento motivador da observância da decisão judicial transfronteiriça consiste em seu vigor argumentativo e, sobretudo, de servir como precedente para decisões futuras. O mais interessante dessa discussão é que, como bem alinha Jorge Eduardo Douglas Price, a decisão dos juízes não é uma decisão pessoal, mas fruto de um processo integrante de um sistema que decide<sup>138</sup>.

Entre as novas principais práticas, inegavelmente o diálogo transjudicial e a interação com cortes de nível internacional e supranacional e com juízes e tribunais nacionais supremos e constitucionais acabaram por se mostrar mais frequente na

---

<sup>136</sup>PETERS, Anne. Membership in the global constitutional community, cit., p. 153.

<sup>137</sup>É de bom alvitre, desde logo, ressaltar que a análise repousará numa perspectiva institucional, e não subjetiva das decisões e precedentes judiciais, na esteira do que preconiza Lourival Vilanova, quando pontifica que: “Quando o juiz julga, quando o tribunal sentencia, unipessoal ali, pluripessoal aqui, o julgador, em rigor, é o Estado, ou para indicar que este não se destaca como ser por si suficiente, em rigor, dizemos, é a comunidade-Estado que emite o julgamento. A personalidade do Estado absorve a pessoalidade que vincula inquebrantavelmente o ato ao seu emitente. A sentença desprende-se do julgador, no que tem ele de individualíssimo sujeito, comprometido existencialmente aqui e agora, no contexto familiar, no contexto grupal, na ambiência de conceitos e desconceitos, de ideais e ideologias que se não condensam, é certo, em grupos, mas representam espessa e compacta capa de convicções que se espalham por todos os indivíduos.” (VILANOVA, Lourival. O poder de julgar e a norma. In: VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. Brasília-DF: IBET, 2003. v. 1, p. 357).

<sup>138</sup>DOUGLAS PRICE, Jorge Eduardo. *La decisión judicial*. Buenos Aires: Culzuoni Editores, 2012. p. 237.

experiência jurisprudencial dos últimos anos<sup>139</sup>. É possível se criar, pelo diálogo transjudicial, inclusive, uma rede transnacional de juizes (*Transnational Network of Judges*), que se equivaleria a uma espécie de comunidade judicial internacional.

David S. Law e Wen-Chen Chang chega até a falar da emergência de uma espécie de empresa comum global de decisões constitucionais (*common global enterprise of constitutional adjudication*)<sup>140</sup>.

Essa percepção da existência de uma comunidade judicial em nível internacional, em boa parte, deriva da prática cada vez mais frequente de tribunais nacionais e internacionais fundamentarem as suas decisões alicerçadas numa ideia de comunidade internacional. Um exemplo disso aconteceu no Caso *Atkins vs. Virgínia* (2002) em que a Suprema Corte norte-americana fez expressa menção à existência de uma comunidade mundial (*World Community*), para justificar a sua posição contra a execução de deficientes mentais, por meio da pena de morte<sup>141</sup>.

Porém, o contato entre ordenamentos jurídicos não ocorre por força dos textos normativos de direitos humanos ou mesmo diplomas normativos, mas sobretudo por redes de comunicação jurídica (interpretações e sentidos) existentes entre as ordens jurídicas. Não é porque existe um tratado ou convenção de direitos humanos que um país signatário passa necessariamente a segui-lo. O impulso ao cumprimento normativo ou interpretativo dá-se pela existência de expedientes processuais, mormente decisórios, que se revelam, na prática, em redes de comunicação a servir de paradigma, constituindo em inegável ponto de contato comunicativo.

Essa comunicação judicial de interpretações e sentidos dá-se por meio de liames que se estabelecem entre decisões judiciais, em que uma decisão de um juiz ou tribunal (decisão dialogada) invoca, mediante o processo dialógico (essencialmente

---

<sup>139</sup>MAK, Elaine. Justice at a new scale: introducing a conceptual framework for the analysis of highest courts' role in a globalised context. In: MULLER, Sam; RICHARDS, Sidney (Eds.). *Highest courts and globalisation*. Hague: Hague Academic Press, 2010. p. 121.

<sup>140</sup>LAW, David S.; CHANG, Wen-Chen. The limits of global judicial dialogue, cit., p. 523.

<sup>141</sup>UNITED STATES SUPREME COURT. *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002). Certiorari to the Supreme Court of Virginia No. 00-8452. Argued February 20, 2002-Decided June 20, 2002. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/536/304/>.

comunicativo-argumentativo), precedente ou decisão de outro tribunal integrante de ordem jurídica (regime) distinta (decisão dialoganda). Decisão dialoganda, nestes termos, seria o precedente paradigma utilizado como referência para o tribunal que dialoga com outro. E decisão dialogada é aquela decisão que foi construída a partir do processo dialógico com base na decisão (precedente) dialoganda. Assim, o tribunal ou juiz que invoca algum precedente dialogando pode ser chamado de tribunal ou juiz dialogado e a corte utilizada como referência, tribunal ou juiz dialogando.

Sempre enfatizou Luhmann que a comunicação só poderia ocorrer na esfera intrassistêmica. Fora do sistema de funções da sociedade não seria possível encontrar endereços por meio dos quais se trafegaria as comunicações<sup>142</sup>.

Para alcançar esse desiderato, Emmanuel Lazega propõe até mesmo criar redes sociais para mapear e permitir de maneira mais eficiente o diálogo entre juízes, inclusive que propiciasse a leitura das decisões e, conseqüentemente, facilitar esse processo interativo<sup>143</sup>. Aliás, Fabio Marcelli destaca que o desenvolvimento dos meios de comunicação, em especial da internet, contribuirá para tornar factível a coordenação dos esquemas de cooperação em escala global, permitindo uma rede internacional de sujeitos afins, com vistas a promover a interlocução sobre estratégias de enfrentamento dos vários problemas que se apresentem<sup>144</sup>.

Rafael Domingo Oslé, por seu turno, associa a ideia de comunidade internacional à interação da humanidade, ocupando-se de relações com o resto dos indivíduos e comunidades que se encontram em vários recantos do mundo<sup>145</sup>.

Alicerçado no pensamento de Jürgen Habermas, Sergio Dellavalle propõe, na construção de uma constituição de nível supranacional, como a europeia, a adoção do

---

<sup>142</sup>LUHMANN, Niklas. *Organisation und Entscheidung*. Opladen/Wiesbaden: Westdeutscher Verlag, 2000. p. 388.

<sup>143</sup>LAZEGA, Emmanuel. Mapping judicial dialogue across national borders: an exploratory network study of learning from lobbying among european intellectual property judges. *Utrecht Law Review*, v. 8, n. 2, p. 118, May 2012.

<sup>144</sup>MARCELLI, Fabio. Verso una terza parte del diritto internazionale? Il ruolo dei movimenti sociali e delle autorità locali nell'attuazione del principio di cooperazione. In: MARCELLI, Fabio (a cura di). *Diritto internazionale, movimenti globali e cooperazione fra comunità*. Milano: FrancoAngeli, 2007. p. 24. (Collana di Diritto e Società).

<sup>145</sup>DOMINGO OSLÉ, Rafael. *Qué es el derecho global?*, cit., p. 148-149.

paradigma comunicativo, no lugar das concepções holística e individualista. Neste contexto, o indivíduo não seria parte integrante de uma comunidade de valores predefinidos. Nem, por outro lado, uma “monada in sé chiusa e compiuta, prioritariamente autoreferenziale nella sua dotazione di diritto declinati in chiave trascendentale”<sup>146</sup>. No paradigma comunicativo, o indivíduo “è visto come inserito in una rete di interazione le quali si estendono su tutta la sua sfera esperienziale e nelle quali si realizza la sintesi tra il momento dell’individualità autoreferenziale e quello delle’appartenenza sociale”<sup>147</sup>.

É certo que o direito não se esgota nas decisões dos tribunais. Mais do que isso, existe um direito – ou vários direitos – que pulsam e que vivem não apenas na construção das normas positivadas, mas também nas ações dos cidadãos, nos costumes criados, nas práticas consolidadas, na civilidade, enfim, na convivência social conflituosa em que se almeja a harmonia e a obediência aos ditames legalmente ou não estabelecidos. Mas desta fatia do direito não será tratada neste trabalho. Apenas se debruçará sobre a comunicação entre decisões judiciais, notabilizada pela doutrina do diálogo transjudicial no âmbito dos direitos humanos e direitos fundamentais.

Essa visão não torna – e isso é de bom alvitre ressaltar – o estudo do diálogo judicial proposto nesta obra uma teoria, exclusivamente, procedimental, satisfeita, portanto, com a mera circulação de comunicações decisórias sem qualquer preocupação com o conteúdo. Ao contrário. O diálogo judicial não se reduz a uma simples operação procedimental alheio ao conteúdo material dos direitos em jogo, na medida em que, de toda forma, baseia-se em precedentes que se debruçaram, ao menos se presume, sobre a substancialidade da controvérsia jurídica ventilada. Normalmente, é de se esperar que os julgados paradigmáticos possuam refinada argumentação jurídica e que, justamente por essa destacada qualidade persuasiva, tenham servido de referência jurisprudencial a serem seguidos por outros tribunais. Afinal, cuida-se da proteção de direitos basilares e fundamentais da criatura humana.

---

<sup>146</sup>DOMINGO OSLÉ, Rafael. *Qué es el derecho global?*, cit., p. 206.

<sup>147</sup>Id. Ibid., p. 206.

Sem falar que a decisão dialogada pode apresentar, com maior probabilidade, mais elevada sofisticação argumentativa do que aquelas que não foram objeto de diálogo.

A vantagem de se trabalhar um conceito de comunidade judicial sem pessoas descansa na desnecessidade de se empreender qualquer aferição das identidades ou cidadanias nacionais, da condição do indivíduo como sujeito de direito internacional, nem mesmo discutir os processos de legitimação democrática de uma nova era do constitucionalismo essencialmente calcado no diálogo transjudicial, a que se chamará de constitucionalismo judicial dialógico.

Uma das principais teses defendidas neste trabalho reside, nesse compasso, na ideia de que não existem sistemas jurídicos matizados por territórios ou Estados-nação, mas um único sistema jurídico que os incorpora à medida em que se estende o processo comunicativo ou a comunicação de determinadas áreas específicas (direitos humanos, por exemplo) aos conflitos societários.

O sistema único que será construído ao longo deste trabalho forma-se por meio da rede comunicativa criada pelo diálogo transjudicial e, logo, pela interação comunicativa entre razões jurídicas, decisões e precedentes judiciais invocados reciprocamente entre tribunais nacionais e internacionais (inclusive, supranacionais e regionais), não tendo relevância a quantidade de pessoas ou juízes concretamente considerados a interagir ou dialogar. Nem sempre, portanto, se poderá falar em completude e unidade.

Afinal, a rede sistêmica desenvolvida a partir do diálogo pode resultar em reconhecimento da incompletude do sistema de interação de decisões judiciais na resolução de problemas e, o mais das vezes, em muito mais dissensos e estabelecimentos de diferenças e particularidades entre os julgados do que mesmo consensos e busca por uma unidade ou uniformização de entendimentos judiciais.

## CAPÍTULO II. DIREITO E CONSTITUCIONALISMOS

### 2.1. Surgimento da ideia do constitucionalismo

O nascimento do constitucionalismo, sobretudo na modernidade, inaugura a fase da história caracterizada pela supremacia do direito sobre a política e sobre as forças políticas reinantes à época, expressado na construção da doutrina do Estado de Direito<sup>148</sup>. Não se pode reconhecer o momento histórico caracterizado como “Estado de polícia” como fase do constitucionalismo.

Sergio Dellavalle distingue esse movimento constitucionalista do momento histórico vivido anteriormente a que chama de constitucionalismo antigo, com base em dois critérios distintivos. Em princípio, o constitucionalismo antigo reserva a dimensão prescritiva à tradição, enquanto, no moderno, há uma busca racional por novos princípios até então inexistentes e que passam a aprimorar a ordem jurídica quando comparado ao passado. Em segundo plano, o constitucionalismo moderno eleva os direitos do homem como pressuposto do poder constituído e de sua limitação. Ao passo que o constitucionalismo antigo apenas descreve a organização sócio-política formatada pelo poder então existente<sup>149</sup>. Como se vê, o constitucionalismo dito “antigo” preocupava-se, essencialmente, com a organização do Estado, sem qualquer referência a eventuais direitos ou vantagens jurídicas a indivíduos. Martin Loughlin

---

<sup>148</sup>Luigi Ferrajoli, ao principiar o estudo sobre o Estado de direito, apresenta dois modelos. O primeiro deles a que chama de “débil ou formal”, e significa que os poderes públicos são constituídos pela lei e, por isso, exercitados nos termos estabelecidos na própria norma legal. O segundo modelo, designado como “forte ou substancial”, corresponde à vinculação e à subordinação material dos poderes públicos à lei. A limitação do poder público pela lei. (FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 13).

<sup>149</sup>DELLAVALLE, Sergio. *Una Costituzione senza popolo?: la Costituzione europea alla luce delle concezioni del popolo come “potere costituente”*. Milano: Giuffrè, 2002. p. 45.



chama a atenção de que o sentido antigo de Constituição tratava o Estado como entidade orgânica<sup>150</sup>.

Na época do apogeu do absolutismo, não se pode falar, porém, propriamente em constitucionalismo, sobretudo na acepção que se construiu após as revoluções liberais dos séculos XVII, XVIII e XIX, nos Estados Unidos da América e na Europa. Manuel Aragón Reyes concebe o constitucionalismo simplesmente como a teoria e a prática do Estado efetivamente limitado pelo direito<sup>151</sup>. Sem qualquer limitação do poder político estatal, perde sentido se cogitar de constitucionalismo. Para Charles Howard McIlwain, o traço característico do constitucionalismo era justamente a limitação jurídica (na época moderna, legal) do governo, sendo a antítese do poder político arbitrário ou despótico<sup>152</sup>.

Afinal, na era absolutista, o homem era súdito do Estado (Estado de Polícia). Não havia verdadeiro Estado de direito. Todo Estado, para ser assim reconhecido, deveria possuir soberania, povo e território. Acentua Werner Birkenmaier que o Estado policial, própria do absolutismo, necessitava apenas de uma ordem do soberano para justificar as suas atuações<sup>153</sup>. Martin Kriele, inclusive, ressalta que o príncipe era a fonte de todo o direito, podendo codificá-lo, ditar e reformar as leis, revogá-las e até mesmo descumpri-las, exercendo o poder como um “*legibus absolutus*”<sup>154</sup>

Gerhard Robbers registra que o Estado de direito contempla um feixe de vários e múltiplos postulados em permanente evolução dinâmica, entre os quais a

---

<sup>150</sup>LOUGHLIN, Martin. What is constitutionalisation? In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Eds.). *The twilight of constitutionalism?* New York: Oxford University Press, 2010. p. 48. Neste mesmo sentido, impende atentar para a lição de Marcelo Neves, sobretudo quando ressalta que a mudança de concepção do constitucionalismo antigo para o moderno parte do abandono da visão estritamente orgânica do Estado para uma relação mais dialógica com os súditos, mediante a celebração de pactos de poder ou cartas de liberdade (NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica*, cit., p. 56-57).

<sup>151</sup>ARAGÓN REYES, Manuel. La Constitución como paradigma. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 36.

<sup>152</sup>McILWAIN, Charles Howard. *Costituzionalismo antico e moderno*. A cura di Nicola Matteucci. Bologna: Il Mulino, 1990. p. 44.

<sup>153</sup>BIRKENMAIER, Werner. El Estado de derecho de la República Federal de Alemania. In: THESING, Josej (Ed.). *Estado de derecho y democracia*. 2. ed. Madrid: CIEDLA, 1999. p. 85.

<sup>154</sup>KRIELE, Martin. Derechos humanos y división de poderes. In: THESING, Josej (Ed.). *Estado de derecho y democracia*. 2. ed. Madrid: CIEDLA, 1999. p. 143.

universalidade e a publicidade da lei e a participação do povo na construção da legislação, devendo os juízes e os órgãos públicos a ele estarem sujeitos<sup>155</sup>. Acrescenta Robbers que a ideia do Estado de direito também inclui o princípio da tripartição funcional do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) e, sobretudo a garantia da proteção jurídica no qual todos dispõem da possibilidade de obter os seus direitos pela via judicial<sup>156</sup>.

Superar pelo direito as forças políticas do Estado nunca se constituiu em missão fácil e sem obstáculos. A ideia era controlar a política com o direito e, para isso, ter-se-ia de falar em supremacia de um sobre o outro. Enfim, o direito deveria estar acima da política para conseguir impor os limites necessários ao bem comum da sociedade. Isso não significa, como pondera Gerhard Robbers, que o direito passou a tomar o lugar da política<sup>157</sup>.

Mais do que isso, para Robbers, o Estado de direito teria como essência a cooperação entre instituições e a liberdade de suas respectivas manifestações<sup>158</sup>. E esse

---

<sup>155</sup>ROBBERS, Gerhard. El Estado de derecho y sus bases éticas. In: THESING, Josej (Ed.). *Estado de derecho y democracia*. 2. ed. Madrid: CIEDLA, 1999. p. 29.

<sup>156</sup>Id. Ibid., p. 30.

<sup>157</sup>Id. Ibid., p. 31.

<sup>158</sup>El Estado de derecho y sus bases éticas, p. 33. Robbers rememora que: “el concepto de *Rechtsstaat*, Estado de derecho, es un producto alemán, tanto en lo terminológico como en lo sustancial. En efecto, la elección de las palabras y la acentuación de lo estatal reflejan experiencias específicas de la historia constitucional alemana. No obstante, Estado de derecho es tradicionalmente también un término fundamental del derecho constitucional en Suiza y Austria, aún mucho antes de que el concepto fuera recogido también por la constitución española actualmente vigente. La doctrina constitucional francesa también conoce el concepto de *état de droit*. El reciente tratado de la Unión Europea muestra, por otra parte, que el Estado de derecho se ha convertido en un concepto general de la vida política. En efecto, en su preámbulo reconoce expresamente la vigencia del Estado de derecho en la Unión Europea. En vista de la calidad jurídica de la misma, cuyo principal elemento es precisamente no ser un Estado, el concepto y la cosa se emancipan claramente de la acepción estricta de Estado como Estado-nación en las categorías de pensamiento excluyente de soberanía. En lo sustantivo existen estrechas vinculaciones con el *rule of law* desarrollado por el pensamiento jurídico anglo-americano. En particular Neil MacCormick (Edimburgo), ha llamado la atención sobre las coincidencias entre el pensamiento del Estado de derecho y la tradición del *rule of law*. (...) para el *rule of law* se enumeran principios muy similares a los que encontramos también para el principio del Estado de derecho: la vigencia universal de las normas jurídicas, el principio de la constancia, el de la publicidad de las leyes, la prohibición de su efecto retroactivo, el principio de la seguridad jurídica. Todos estos principios están plenamente consagrados en diferentes sistemas de derecho, se corresponden con las convicciones tradicionales fundamentales sobre las que se asienta la tradición constitucional en su conjunto: la sumisión de la administración y de la justicia a la ley (el principio de legalidade de toda actuación de la administración), la idea de la proporcionalidad, la garantía de los derechos subjetivos” (Id. Ibid., p. 36-37).

ethos cooperativo no Estado de direito, nas palavras de Ulrich Karpen, compreenderia, entre outros aspectos, o respeito da convicção política do próximo e a abertura aos argumentos e ao compromisso<sup>159</sup>.

A forma considerada à época mais efetiva para se alcançar tal desiderato era buscar o fundamento de criação do próprio direito e do Estado. A Constituição representaria o início de tudo. Constituiria uma nova ordem jurídico-político-social. A Constituição seria um único documento capaz de lançar as bases de instituição do direito e de criar a figura do Estado, com a sua estrutura organizacional. Como havia promovido a sua criação, poderia o direito limitar os poderes do Estado, através da instituição da Constituição.

Na história do direito, nem sempre o termo “Constituição” guardou o mesmo sentido que se emprestou nas épocas mais primitivas do surgimento do constitucionalismo. Em suas sucessivas fases históricas até o momento atual em que se constata nítida coloração internacional ou global, a concepção de Constituição recebeu diversas acepções. Aliás, mesmo para um mesmo povo, em cada fase do constitucionalismo, floresceu um significado próprio ao momento que a Constituição respirava.

McIlwain confia ainda que a palavra “Constituição”, em sua dimensão política, num mesmo momento histórico, pode indicar o ato de estabelecer ou ordenar, ou mesmo, de ordem e regra estabelecida. Também pode designar o ato de constituir e definir a natureza da própria coisa. No Império Romano, atenta McIlwain, “Constituição” chegou mesmo a significar o termo técnico atribuído aos atos legislativos do imperador. E, na Igreja Católica Apostólica Romana, representava os regulamentos eclesiásticos<sup>160</sup>.

Dieter Grimm revela que o termo “Constituição” refere-se a um Estado caracterizado pelos elementos das condições geográficas, a natureza de sua população e

---

<sup>159</sup>KARPEN, Ulrich. Condiciones de la eficiencia del Estado de derecho - especialmente en los países en desarrollo y en despegue. In: THESING, Josej (Ed.). *Estado de derecho y democracia*. 2. ed. Madrid: CIEDLA, 1999. p. 215.

<sup>160</sup>McILWAIN, Charles Howard. *Costituzionalismo antico e moderno*, cit., p. 47.

a divisão dos poderes. No século XVIII, a constituição confundia-se com a figura do Estado e não tinha sentido normativo. Antes disso, na era medieval, as leis fundamentais possuíam origem divina, tanto que a legislação apenas concretizava esse direito de teor metafísico<sup>161</sup>.

De fato, o sentido que a Constituição assume em cada contexto sofre alterações à medida em que ocorrem fatos e acontecimentos políticos, jurídicos e econômicos e, como se viu, até mesmo religiosos. O que se afigura mais fascinante dessa polissemia histórica do termo “Constituição” é que, desde sempre, nunca se vinculou àquele documento produzido, exclusivamente, aos Estados. Logo, atribuir, na era global, o mesmo termo somente às Constituições nacionais elaboradas pelo Estado perdeu completamente sentido.

Para se viver a atmosfera do constitucionalismo e, portanto, do Estado de direito, a ordem jurídica deveria apresentar os seguintes elementos constitutivos, na visão de Dieter Grimm: a) A Constituição deveria ser um conjunto de normas, e não uma construção filosófica; b) O objetivo da norma constitucional era regular o acesso e o exercício do poder político; c) A disciplina constitucional era onicompreensiva, afastando quaisquer agentes extrainstitucionais do poder político, assim como modos e meio de exercício extraconstitucionais; d) A Constituição encontrava a sua origem no povo, única fonte de legitimação do Poder; e) A Constituição era fundada sob a divisão entre poder constituinte e poder constituído; e f) A Constituição era a lei superior e se achava no ápice do ordenamento jurídico<sup>162</sup>.

Horst Dippel exuma o passado e desfila que tanto na França quanto no Sacro Império Romano Germânico o termo *Konstitution* designava a organização política e jurídica do Estado, ao passo que a palavra francesa *Constitution* significava a lei fundamental do Estado e, portanto, as leis gerais de um povo. Porém, com o tempo, *Konstitution* também incorporou o sentido de se afirmar como conjunto de normas que disciplinavam a sucessão e o exercício do poder estatal. Com tal adição de sentido, municiou tanto os defensores da ordem estabelecida do Estado, como aqueles que

---

<sup>161</sup>GRIMM, Dieter. The achievement of constitutionalism and its prospects in a changed world, cit., p. 5-6.

<sup>162</sup>Id. Ibid., p. 9.

lutavam contra o absolutismo<sup>163</sup>. Como se vê, a ideia de Constituição esteve, no universo de supremacia do direito, ligada à figura do Estado.

Ulrich K. Preuss também associa as Constituições à estatalidade e, por via de consequência, à soberania do Estado, que conceitua como o poder absoluto e exclusivo dentro de um território<sup>164</sup>.

Esse estreito liame entre Constituição e Estado interferiu sensivelmente no direito para torná-lo uma estrutura hierárquica e baseada na ideia da autoridade e da supremacia da lei, como, inclusive, já se viu anteriormente. Não se cogitava, por óbvio, minimamente, em qualquer gota de diálogo na imposição de limites e de contornos ao poder político do Estado. O juiz aplicava a lei para proteger o cidadão contra o império abusivo e arbitrário do governante estatal. A lei buscava libertar o homem contra as amarras do Estado e, para isso, precisava estar mais alta e, talvez até mesmo no cume, da estrutura escalonada no direito. Daí a importância da construção da ideia de Constituição.

Horst Dippel destaca que, na famosa obra “O Espírito das Leis”<sup>165</sup>, Montesquieu adicionou ao termo *Konstitution*, além dos já reconhecidos sentidos de organização do Estado e de ostentar o qualificativo de lei fundamental, a ideia de que o seu destinatário principal não era o soberano, mas sim os cidadãos. Essa particular leitura redundou, segundo entende, no embrião que culminou com as revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII<sup>166</sup>.

A primeira delas ocorreu na Inglaterra, em 1688/1689, com a Revolução Gloriosa que resultou na confecção do Bill of Rights, que nada mais consistia em um catálogo de direitos tipicamente liberais. Mais tarde, já no século XVIII, a independência dos Estados Unidos da América do domínio britânico, sendo considerada a Declaração de Direitos mais importante a da Virgínia de 1776. E, poucos anos depois, a Revolução Francesa, tendo como o ápice em 1789, com a queda da

---

<sup>163</sup>DIPPEL, Horst. *Constitucionalismo moderno*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 14-15.

<sup>164</sup>PREUSS, Ulrich K. *Disconnecting Constitutions from Statehood: is global constitutionalism a viable concept?*, cit., p. 23.

<sup>165</sup>MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat. *O Espírito das Leis*. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2004. p. 53. (Coleção Clássicos do Direito).

<sup>166</sup>DIPPEL, Horst. *Constitucionalismo moderno*, cit., p. 16.

Bastilha e a proclamação do que deveria ser o conteúdo cardeal de uma Constituição, através da força impressa no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem constituição”<sup>167</sup>.

A finalidade almejada nessa declaração francesa remonta a tentativa de limitar o poder político pelo fracionamento funcional do Estado (Poderes executivo, legislativo e judiciário) e, com essa limitação, conceder direitos ao cidadão através da omissão ou abstenção de atos estatais que cerceasse as liberdades e os direitos de propriedade em geral.

Entre o Estado e os cidadãos, nasceu, assim registra Martin Loughlin, mudança paradigmática nessa relação animada pela moderna ideia de Constituição, que passou a rejeitar estruturas jurídicas baseadas no status e na hierarquia. As Constituições estariam mobilizadas a promover uma teoria particular de governo, fundadas em origem contratual, com enumeração de poderes, institucionalização de limites sobre o exercício de poderes e proteção de direitos individuais básicos (teoria do governo limitado)<sup>168</sup>.

Com esses movimentos liberais de caráter universalizante, nasce uma concepção de constitucionalismo detentor de forte ligação com a figura do Estado, mas que se aperfeiçoou ao longo do tempo, em decorrência de impactantes marcos histórico-políticos ocorridos na civilização ocidental.

---

<sup>167</sup>Ulrich K. Preuss destaca que esse dispositivo da Declaração francesa definiu os pré-requisitos do que se entendia por constituição na era moderna (Disconnecting Constitutions from Statehood: is global constitutionalism a viable concept?, cit., p. 23).

<sup>168</sup>LOUGHLIN, Martin. What is constitutionalisation?, cit., p. 47-48.

## 2.2. Fases do constitucionalismo estatal

### 2.2.1. Constitucionalismo moderno

Para Horst Dippel, o constitucionalismo moderno nasce em 12 de junho de 1776 com a promulgação da Declaração de Direitos da Virgínia, nos Estados Unidos da América, pois este diploma considera como base e fundamento do governo a soberania popular e os direitos universais e inerentes ao ser humano<sup>169</sup>. Essa declaração de direitos, em realidade, anunciava, na visão de Dippel, as dez características essenciais do constitucionalismo moderno: a) soberania popular; b) princípios universais; c) direitos do homem; d) governo limitado; e) Constituição como lei suprema; f) separação de poderes; g) governo representativo; h) prestação de contas e responsabilidade governamental; i) independência e imparcialidade judiciais e j) direito do povo de reformar o próprio governo e de emendar a Constituição<sup>170</sup>.

No entanto, adverte Dippel que esses elementos não se manifestaram em todos esses países com a mesma força, especialmente em decorrência da motivação histórica de como cada um lidou com a sua soberania. Daí se asseverar que, na verdade, há constitucionalismos modernos, e não apenas um modelo de constitucionalismo moderno, dando cada Estado ênfase ao que lhe pareceu ser mais relevante no contexto histórico-político enfrentado. O constitucionalismo inglês conferiu maior prestígio ao princípio da monarquia limitada (fracionamento do poder absoluto entre o monarca e o parlamento inglês). O norte-americano, de sua vez, mais ligado à preocupação de reconhecer direitos aos cidadãos, a fim de tornar a liberdade individual mais segura. O constitucionalismo francês, de outro pórtico, enalteceu a soberania popular, através da Assembleia Nacional<sup>171</sup>.

---

<sup>169</sup>DIPPEL, Horst. *Constitucionalismo moderno*, cit., p. 47.

<sup>170</sup>Id. Ibid., p. 48-49.

<sup>171</sup>Id. Ibid., p. 40 e 43.

Uma característica marcante do constitucionalismo moderno repousa na ideia de que o direito decorre do Estado e a sua interpretação e aplicação são realizadas por órgãos e instituições do próprio Estado. Um direito produzido pelo e para o Estado.

Em torno do poder comum e único do Estado, o direito estruturou-se sob a ideia de unidade, um ideal a ser perseguido, para propiciar segurança a ele próprio e para o ente estatal. Como o direito apenas alcançava os limites do território soberano, a melhor maneira de fazê-lo ser observado e aplicado consistia em dar-lhe uma arquitetura unitária e, de preferência, com as mesmas características de conteúdo.

É indubitável, assim, que a unidade no direito estaria intrinsecamente ligada à noção de Estado. Esse mesmo Estado nasceu, na perspectiva hobbesiana, com o intuito de representar o poder comum tendente a proporcionar segurança aos súditos, daí a estratégia utilizada pelo direito consistir em buscar a sua unidade. Eventual pluralidade colocaria em risco a segurança jurídica que se almejava, na medida em que não se saberia qual norma ou disposição normativa seria aplicável à espécie. A certeza e a segurança obtidas com a unidade representavam condição de possibilidade da existência do próprio direito e, por via de consequência, também do Estado.

Numa perspectiva normativista, o direito, para Hans Kelsen, seria uma ordem instituidora de sanções em referência a atos de coerção<sup>172</sup> praticados pelo Estado, e como tal, um sistema de normas cuja unidade corresponderia ao mesmo fundamento de validade que repousa na ideia de norma fundamental<sup>173</sup>. Essa ordem jurídica limita o domínio de sua validade ao território do respectivo Estado<sup>174</sup>. E a norma fundamental representaria a fonte, no pensamento kelseniano, de validade de todas as normas integrantes do sistema<sup>175</sup>.

Neste compasso, Kelsen considera o direito como ordem jurídica composta de um sistema de normas modelado sob uma unidade em que todas elas detêm o mesmo

---

<sup>172</sup>KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., p. 29. É de bom alvitre registrar, como o faz F. A. Hayek, que coerção não reduz, de forma alguma, a mera influência que um homem possa exercer na ação de outros homens (HAYEK, F. A. *The Constitution of liberty*. Chicago: The University of Chicago Press, 2011. p. 200).

<sup>173</sup>KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., p. 33.

<sup>174</sup>Id. Ibid., p. 51.

<sup>175</sup>Id. Ibid., p. 217.



fundamento de validade, denominada de norma fundamental (*Grundnorm*)<sup>176</sup>, e que se diferencia das demais ordens pelo seu caráter coercitivo (sanção)<sup>177</sup>. Kelsen apenas concebe a ordem jurídica produzida pelo Estado, limitada, portanto, aos limites territoriais de validade das normas que confecciona<sup>178</sup>.

Em outras linhas, todas as normas do ordenamento jurídico já estariam contidas no conteúdo da norma pressuposta que, em última instância, seria a norma fundamental. A norma pressuposta não apenas se reduziria a ser fundamento de validade, mas também refletiria o conteúdo de validade através da lógica do escalonamento das normas<sup>179</sup>, com exceção da norma fundamental que não forneceria o conteúdo das normas que formam o sistema<sup>180</sup>. No caso da ordem jurídica dos Estados, a norma fundamental seria a Constituição<sup>181</sup>.

Aquilo que Kelsen chama de norma fundamental e que se dá fundamento de validade a todas as demais normas do mesmo sistema Hart a identifica com regra de reconhecimento. O direito internacional, contudo, para Hart, não estaria estruturado sob tal perspectiva, na medida em que seria formado por regras primárias de obrigação separadas e alheias a uma unidade sistêmica<sup>182</sup>. Ao passo que Kelsen somente considera reconhecer a natureza do direito ao direito internacional, se se comportar como ordem coercitiva da conduta humana<sup>183</sup>. Daí porque, nesta medida, insere o direito internacional em uma estrutura escalonada de normas a começar pelo costume, que ocupa o vértice desta cadeia hierarquizada<sup>184</sup>.

Por mais fascinante que se apresente essa ideia, Jack L. Goldsmith e Eric A. Posner assinalam a dificuldade de se precisar se os tratados ostentam caráter cooperativo ou coercitivo, ao contrário do que se verifica em outros campos do Direito.

---

<sup>176</sup>KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., p. 33.

<sup>177</sup>Id. Ibid., p. 37.

<sup>178</sup>Id. Ibid., p. 51.

<sup>179</sup>Id. Ibid., p. 218.

<sup>180</sup>Id. Ibid., p. 220.

<sup>181</sup>Id. Ibid., p. 247.

<sup>182</sup>HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*, cit., p. 249.

<sup>183</sup>KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., p. 355.

<sup>184</sup>Id. Ibid., p. 360.

Afinal, cooperação e coerção são funcionalmente idênticos, pois ambos se expressam em atos ou em ações por parte de um que induz o outro a mudar o comportamento, por considerar melhor do que seria se não tivesse alterado aquela conduta. A diferença, a bem da verdade, reside em que, na cooperação, o retorno ao status quo ante é melhor do que na utilização da coerção<sup>185</sup>. Lembra Andrew Hurrell que o direito internacional não se adstringe à ordem jurídica internacional, porquanto ainda prepondera neste cenário normas políticas de inquestionável relevo<sup>186</sup>.

Herbert L. A. Hart, por sua vez, embora reconheça que a maioria dos ordenamentos jurídicos possuem esquemas sancionatórios, entende que o termo “direito” pode ser utilizado também em regimes jurídicos desprovidos de sanção, como a esfera do direito internacional<sup>187</sup>. A concepção do direito baseado no poder e na autoridade, nem mesmo naquele “aceito como moralmente vinculativo” não exaure todas as formas do sistema jurídico<sup>188</sup>. Rainer Wahl assinala, por sua vez, que, se ainda não se considera formalmente, é imprescindível que o direito internacional materialize-se em direito de cunho essencialmente substancial<sup>189</sup>.

De fato, como assinala Touko Piiparinen, as ordens normativas, na era global, longe de se notabilizarem unicamente pela coerção e pela punição, cada vez mais se impõe como efetivos sistemas de controle social com base na legitimidade e na persuasão<sup>190</sup>. Gilles Lhuillier, porém, nem sequer reconhece a existência, no mundo global, de um sistema jurídico, devido à falta de órgãos institucionais que o formalize e de princípios próprios vinculados a uma nova arquitetura normativa. No máximo, admite que há um espaço jurídico global<sup>191</sup>.

---

<sup>185</sup>GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. *The limits of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 119.

<sup>186</sup>HURRELL, Andrew. *On global order*, cit., p. 52.

<sup>187</sup>HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*, cit., p. 215.

<sup>188</sup>Id. *Ibid.*, p. 219.

<sup>189</sup>WAHL, Rainer. In defense of “Constitution”. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Eds.). *The twilight of constitutionalism?* New York: Oxford University Press, 2010. p. 231.

<sup>190</sup>PIIPARINEN, Touko. Exploring the methodology of normative pluralism in the global age, cit., p. 40.

<sup>191</sup>LHUILIER, Gilles. *Le droit transnational*, cit., 10.

Essa perspectiva escalonada não parece sair ainda hoje da mente dos juízes internacionalistas que vivem, como noticia George Rodrigo Bandeira Galindo, em busca de uma ordem jurídica internacional concebida ordenadamente<sup>192</sup>.

O Judiciário, como um dos três poderes do Estado, ao lado do Executivo e do Legislativo, sempre deteve a tarefa primordial de interpretar as leis nos casos concretos que lhes são submetidos à apreciação e exercer um papel de julgar fatos passados invalidando aquilo que se afigurasse contrário ao direito existente por obra da legiferação estatal.

Como via de consequência, o direito, visto na perspectiva do positivismo normativista, corporificou-se como um conjunto (hermético e fechado) de normas de caráter unicamente jurídico-dogmático. Nesta fase do constitucionalismo, em especial vivenciado na família jurídica do *civil law*, a Constituição representava mera declaração de direitos sem força normativa própria, na medida em que a fonte por excelência do direito era a lei infraconstitucional. Quando muito, a Constituição, como já dito, servia como fundamento de validade do direito infraconstitucional. Luigi Ferrajoli designa este modelo de constitucionalismo como “*Estado legislativo de Direito*” em referência à legalidade ordinária como critério de validade do direito então existente<sup>193</sup>.

As decisões do Judiciário não levavam, em princípio, em conta o que estava escrito na Constituição. Isso decorria do papel reservado ao juiz do *civil law* nessa fase do constitucionalismo. Ao juiz caberia declarar – e não criar – o direito. Como as Constituições em geral traziam em seu texto disposições ou enunciados de textura semântica aberta, indeterminada e abstrata, qualquer tentativa de “concretização” de tais dispositivos revelaria inegável “invenção” do juiz com esteio em suas convicções pessoais, o que era absolutamente impensável naquela época.

Os direitos do homem nasciam dos Códigos e da lei (Era da codificação). Daí se cultivar a doutrina da soberania do parlamento, com exceção dos Estados Unidos da

---

<sup>192</sup>GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Dialogando na multiplicação: uma aproximação. *Revista de Direito Internacional*, Brasília-DF, v. 9, n. 2, p. 6, jul./dez. 2012.

<sup>193</sup>FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*, cit., p. 16.

América. Preponderava a linha que reconhecia apenas a eficácia e aplicabilidade indireta e mediata da Constituição. A Constituição servia unicamente para regular as relações entre o indivíduo e o Estado, daí se falar em uma dimensão subjetiva dos direitos fundamentais.

Como a estrutura do direito praticado no *civil law* encontrava-se assentada, em essência, na lei, uma das principais expressões da autoridade estatal, não havia qualquer margem no constitucionalismo moderno para o diálogo de categorias jurídicas, nem sequer daquele que poderia ser protagonizado pelos órgãos judicantes. O Poder Judiciário cuidava de desvendar o sentido que estava adormecido na letra fria da lei e a aplicava ao caso decidendo, numa operação silogística de incidência normativa.

O que se extrai do constitucionalismo moderno é a busca incessante pela supremacia do direito sobre a política numa manifesta perspectiva hierárquica. Como no Estado de polícia a política sobrepujava o direito, a força constitucional pretendia inverter o pêndulo do poder e passar a limitar a política e o poder soberano pelo direito. Para tanto, ao direito bastava aferir a validade das normas jurídicas, como já se disse linhas atrás, à luz do positivismo normativista. O constitucionalismo moderno, neste diapasão, abrigava, no *civil law*, a metodologia jurídica iuspositivista e muito mais preocupada com a forma.

Após a segunda guerra mundial, começam a surgir os primeiros sinais de um Estado constitucional em substituição à concepção do Estado nacional, apoiado sob a supremacia da Constituição em relação às demais normas da ordem jurídica e à democracia. No Estado constitucional, os direitos fundamentais ostentam tanto prestígio que podem até mesmo preponderar sobre a maioria democrática (princípio contramajoritário dos direitos fundamentais).

Com efeito, no constitucionalismo moderno, timbrado pela marca do iuspositivismo, a validade das normas jurídicas era concebida pelo aspecto unicamente formal. Porém, essa concepção restou superada após a metade do século passado, emergindo, em seu lugar, o que se passou a denominar, na expressão de Susanna

Pozzolo, de “*neoconstitucionalismo*”<sup>194</sup>, ou de “*pós-positivismo constitucional*”<sup>195</sup>. No neoconstitucionalismo, já agasalhado com a vestimenta do pós-positivismo de matriz constitucional, a validade jurídica das normas passou a se alimentar de critérios materiais de vetor axiológico-normativo. Atentava-se, nessa quadra histórico-jurídica, para o conteúdo, e não para a forma.

## 2.2. Neoconstitucionalismo

Após a segunda guerra mundial, o constitucionalismo sofreu sensível modificação para reconhecer o direito como sistema (aberto e permeável a outras fontes jurídicas) de normas (princípios e regras) e valores. A Constituição, no palmilhar de Jorge Reis Novais, passou a se constituir no ápice do ordenamento jurídico e o centro para o qual todo o restante da normatividade deveria gravitar, à semelhança do sistema solar<sup>196</sup>. Construiu-se a concepção de que a sociedade em que não fosse

---

<sup>194</sup>Susanna Pozzolo cunhou a expressão “neoconstitucionalismo” para caracterizar uma nova fase do constitucionalismo estatal fundado na supremacia material da Constituição (POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa*, n. 21, p. 355-370, 1998).

<sup>195</sup>BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sergio Servulo da (Coords.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 23-59.

<sup>196</sup>Jorge Reis Novais historia que o “dealbar da segunda metade do século XX é, para o constitucionalismo, um momento de balanço, mas, sobretudo, de viragem ou refundação. Os anos antecedentes haviam sido marcados, sobretudo na Europa, por atrocidades inimagináveis antes as quais se evidenciou uma chocante inoperância dos mecanismos de defesa da Constituição. Ainda que a pressão política avassaladora dos movimentos totalitários tivesse sido imparável em quaisquer circunstâncias e quaisquer que fossem os modelos de defesa da Constituição, a avaliação das experiências dramáticas vividas na Europa impôs, em todos os domínios, mas também na área constitucional das comunidades políticas de Estado de Direito, mudanças profundas nas instituições, nos métodos e nas concepções de um Direito Constitucional que deveria adequar-se ao tipo histórico de Estado que, contra as alternativas autocráticas de diferente sentido, prossegue nos nossos dias a linhagem e o legado do movimento constitucional inspirador das revoluções liberais, o Estado social e democrático de Direito. Assiste-se então, de um lado, à rematerialização do conceito de Estado de Direito, não mais identificado com o Estado de legalidade do positivismo, que havia aberto, mesmo que involuntariamente, o conceito ao preenchimento por quaisquer valores desde que actuados na forma da lei. O Estado de Direito é agora renovadamente perspectivado enquanto Estado que colhe necessariamente a sua legitimidade, não apenas na observância formal da legalidade vigente, mas também, e sobretudo, na observância de uma pauta universal de valores de onde decorrem direitos de que os

assegurada a garantia dos direitos fundamentais nem estabelecida a democracia não tinha constituição. Antes de tudo, a Constituição, como já dizia Konrad Hesse, é a ordem jurídica fundamental da comunidade<sup>197</sup>.

Nessa fase do constitucionalismo, alçou-se à condição de norma jurídica os princípios. A ideia de reconhecer normatividade aos princípios teve origem no pensamento de Josef Esser<sup>198</sup>. Ao lado das regras jurídicas, os princípios passaram a desfrutar do status de norma jurídica (caráter deontológico), podendo ser invocado diretamente, sem a intermediação das regras, para resolver casos concretos especificamente, na medida em que ostentavam modais deônticos que possuíam caráter de vinculatividade (obrigação, permissão e proibição).

Esta nova etapa do constitucionalismo, desenhado sob a denominação de neoconstitucionalismo<sup>199</sup>, apresenta inúmeras características que o diferenciam do constitucionalismo moderno. Vive-se, nesta era, a supremacia da Constituição no sistema de fontes do direito, o que a leva ao ápice da pirâmide normativa, sobretudo pelo perfil argumentativo, uma vez que ostenta caráter normativo e força vinculante, sobretudo pela eficácia e aplicabilidade direta e imediata por intermédio da jurisdição constitucional. Há, para tanto, sofisticado sistema de garantias judiciais previstas no

---

poderes políticos instituídos não dispõem. Não se trata, porém, de quaisquer valores ou tão pouco da mera revitalização anacrônica do direito material do individualismo possessivo. Na rejeição comum e consolidada dos valores que inspiraram a imposição de sofrimento atroz e milhões de vítimas por todo o mundo, como os do engrandecimento do Estado ético ou Volksgemeinschaft ou da classe, raça ou religião redentoras, o novo constitucionalismo reafirma, mas agora com um novo sentido, a sua inspiração fundadora no valor da igual dignidade da pessoa humana, independentemente de particularismos como propriedade, raça, credo, sexo, religião ou convicção, e nos direitos fundamentais que, nos variados âmbitos específicos da protecção da liberdade, da autonomia individual, da igualdade de participação política e do bem-estar, devem assegurar o respeito, protecção e promoção da dignidade da pessoa humana (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra Ed., 2012. p. 198-199).

<sup>197</sup>HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011. p. 43.

<sup>198</sup>ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts: rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*. Tübingen: Mohr, 1956. v. XX.

<sup>199</sup>Maurício Ramires critica a expressão “neoconstitucionalismo”, por entender que o atual movimento constitucional nada mais representa do que mera continuidade do constitucionalismo moderno europeu-americano (RAMIRES, Maurício. *Diálogo judicial internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 48-49).

texto constitucional ou na cultura jurisdicional do Estado, alcançando todas as relações jurídicas e todos os ramos do direito, o que contribui para difundir na ordem jurídica o fenômeno da constitucionalização do próprio direito em geral. A constitucionalização, na mente de Martin Loughlin, compreende a tentativa de submeter as ações governamentais às estruturas, aos processos, aos princípios e valores da Constituição<sup>200</sup>.

Nesta fase do constitucionalismo, a lei já não traduzia os anseios do direito. Pretendia-se adorná-lo de substancialidade, de conteúdos axiológicos e materialmente conectado a princípios, a objetivos e a aspirações contemplados na Constituição. A mera forma não servia mais ao direito, tão carente de teor de cunho material.

Susanna Pozzolo recorda que o método iuspositivista acabou sendo superado pelo paradigma constitucional justamente pela inadequação do modelo, estrito ou exclusivamente, formal de validade da normatividade jurídica em meio a um crescente direito potencializado pelo Estado constitucional, que passava a valorizar referências axiológicas e critérios materiais de conteúdo<sup>201</sup>.

Assinala ainda Antoine Garapon que a lei, neste universo que denomina de neoliberal, perdeu a força coercitiva como um comando de matiz imperativo vindo de maneira verticalizada e hierarquizada, para se transformar em mecanismo de controle dos indivíduos de acordo com os interesses econômicos<sup>202</sup>.

A lei na cultura jurídica do *civil law*, como se sabe, é uma das expressões da autoridade impositiva do Estado-nação e pavimentou a edificação da concepção do Estado de direito na Europa continental. A imperatividade atribuída à lei estruturou as bases do direito produzido pelo Estado nacional, buscando propiciar segurança, previsibilidade e estabilidade às relações em sociedade.

A Constituição nacional, por conseguinte, assumiu, sobretudo no Século XX, o papel antes reservado à lei, já que o espaço do direito circunscrevia unicamente aos territórios dos respectivos Estados-nação. Cada Estado não interferia, pelo tratado de

---

<sup>200</sup>LOUGHLIN, Martin. What is constitutionalisation?, cit., p. 47.

<sup>201</sup>POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 190.

<sup>202</sup>GARAPON, Antoine. *Lo Stato minimo: il neoliberalismo e la giustizia*, cit., p. 11.

Westfalia, ao menos oficialmente, em assuntos internos de outros Estados. O espaço internacional ficava adstrito às relações comerciais, às guerras e à diplomacia.

Realmente, é inegável, como explicita Martin Loughlin, que as constituições, na época atual, adquiriram autoridade na vida pública da sociedade, desenvolvendo processos sofisticados de positivação e juridicização impulsionados com a desenvoltura a que chegou os direitos fundamentais, sobretudo concretizados a partir da interpretação conferida pelo Judiciário<sup>203</sup>. Para Loughlin, os princípios cardeais do constitucionalismo são a independência do Poder Judiciário, a separação das funções do Estado, o respeito aos direitos individuais e a promoção do papel do Judiciário como guardião das normas constitucionais<sup>204</sup>.

Esse conteúdo material do direito era propiciado pelos catálogos de direitos constantes nas Constituições nacionais, chamados de direitos fundamentais na maior parte dos Estados sob a influência tedesca (*Grundrechte*), porém, denominados de *libertés publiques*, na França, e de *civil rights*, nos Estados Unidos da América, com diferenças significativas de âmbitos normativos.

Em verdade, o que se observa é que, no neoconstitucionalismo, conservou-se o modelo hierárquico, apenas alterando o paradigma de referência, uma vez que substituiu a lei pela Constituição interna.

Paolo Comanducci identifica duas correntes acerca da relação entre o neoconstitucionalismo e o constitucionalismo moderno. Uma delas preconiza a teoria constitucionalista como mera continuação do constitucionalismo positivista, apenas com a parcial alteração do parâmetro de normatividade (da lei para a Constituição). A outra sustenta a ruptura total de metodologia que torna o objeto de investigação inteiramente diverso<sup>205</sup>.

Pozzolo filia-se à segunda corrente que parece ser a mais acertada. O neoconstitucionalismo possui perspectiva iusfilosófica essencialmente constitucional e

---

<sup>203</sup>LOUGHLIN, Martin. What is constitutionalisation?, cit., p. 50.

<sup>204</sup>Id. Ibid., p. 55.

<sup>205</sup>COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 83.



antipositivista, erigindo um catálogo de direitos fundamentais como norte aplicativo a ser concretizado de maneira evolutiva e expansiva, sem que haja separação entre direito e moral<sup>206</sup>. Uma das rupturas mais impactantes provocadas pelo neoconstitucionalismo é o declínio do caráter coercitivo do direito e a conseqüente ascensão do conteúdo de justiça imanente nas normas jurídicas<sup>207</sup>. Por isso, Pozzolo acredita que o neoconstitucionalismo redundou em uma radical mudança qualitativa do direito em geral<sup>208</sup>.

Isso pode ser constatado na própria qualidade de refinamento de concretização ou realização de direitos, em especial dos direitos fundamentais, a partir da argumentação jusfundamental. Os tribunais supremos e as cortes constitucionais, com grau de definitividade que lhes cabe, dão concreção a direitos fundamentais a partir de narratividades de textura semântica abstrata e aberta de difícil ou inexistente densidade normativa. Criam o direito, efetivamente. Aquela concepção, portanto, de que o juiz apenas declarava o direito previamente existente restou superada no neoconstitucionalismo.

Não bastava aquilatar a validade da norma positivada, até mesmo porque inexistia comando comportamental no texto normativo abstrato. Haveria de se construir os parâmetros aplicativos do texto normativo com base na argumentação jusfundamental dos juízes. O impulso da supremacia da Constituição vem, em grande medida, da atuação concretizadora de tribunais constitucionais ou supremos ao redor de países edificados sob a filosofia do Estado constitucional de direito.

O certo é que, adverte Pozzolo, desde quando se cunhou a expressão não existe um único modelo de neoconstitucionalismo que sirva de paradigma, à semelhança do que se observou em relação ao constitucionalismo moderno, mas vários a depender do país e de tantos contextos que se alteram<sup>209</sup>.

---

<sup>206</sup>POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambíguo, cit., p. 188.

<sup>207</sup>Id. Ibid., p. 191.

<sup>208</sup>Id. Ibid., p. 199.

<sup>209</sup>BERNAL PULIDO, Carlos. Refutación y defensa del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 301.

A concepção neoconstitucionalista de Luis Prieto Sanchís apresenta as seguintes características: a) A Constituição tem natureza material de inegável caráter substantivo; b) A Constituição é garantida por juízes (jurisdição constitucional); c) A Constituição alcança todas as áreas do direito e do sistema jurídico; d) A Constituição tem perfil essencialmente principiológico (princípios como normas constitucionais); e) A Constituição utiliza a ponderação como mecanismo de resolução de colisões entre normas principiológicas; f) Não há fronteira clara entre a Constituição e a legislação; g) Todo problema jurídico pode ser constitucionalizado; e g) A Constituição adota o modelo argumentativo para solucionar os problemas jurídicos<sup>210</sup>.

Uma das notas fundamentais do neoconstitucionalismo que merece maior realce consiste na concepção de que uma narrativa ou enunciado normativo de direito fundamental, até pelo seu caráter vago ou de pouca precisão linguística, podem nascer inúmeras interpretações e, portanto, criar várias normas jurídicas.

A interpretação das normas constitucionais pressupõe um verdadeiro processo de concretização que construa sentidos aos preceitos iusfundamentais e, portanto, possa densificá-los e dar corpo ao direito fundamental em apreciação. É lição antiga de Konrad Hesse que a interpretação constitucional nada mais significa do que a concretização (*Konkretisierung*) de normas iusfundamentais, assim compreendida como a incorporação da “realidade” de cuja disposição normativa se trata<sup>211</sup>. Haveria, inequivocamente, uma diferença entre texto normativo e norma jurídica, na linha teórica propugnada por um de seus principais defensores, que foi a metódica jurídica de Friedrich Müller<sup>212</sup>.

Riccardo Guastini até chega a sustentar a existência de normas implícitas e, portanto, não expressas, que se extraem do texto constitucional capazes de regular qualquer área da vida social e política e que são diretamente aplicáveis pelo Judiciário

---

<sup>210</sup>PRIETO SANCHÍS, Luis. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 213 e ss.

<sup>211</sup>HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*, cit., p. 63.

<sup>212</sup>MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*. Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis. Berlin: Duncker & Humblot, 2009. v. 1, p. 182.

ao caso concreto, sem necessidade de intermediação por lei infraconstitucional<sup>213</sup>. Guastini acresce que, na metódica interpretativa desencadeada no neoconstitucionalismo, não há texto normativo que produza apenas um significado a caracterizar a norma jurídica. Norma corresponde à interpretação dada ao enunciado normativo. Por isso mesmo, cada interpretação diversa construída a partir do texto cria uma norma jurídica diversa<sup>214</sup>.

Porém, surge um problema: quem define o conteúdo material das normas jurídicas? Em última instância, os juízes. Aí onde se encontra o novo despertar de uma nova fase do constitucionalismo. Um perfil constitucionalista que não se contenta com a visão solipsista de um único órgão jurisdicional como construtor da normatividade jurídica. Paolo Comanducci também se preocupa com a insuficiência do neoconstitucionalismo numa sociedade contemporânea em que não há homogeneidade moral ou, quando a tem, já se acham incorporadas às regras e aos princípios jurídicos<sup>215</sup>. Note-se que, em última análise, consiste na mesma problemática, apenas de maneira dissecada.

Andres Gil Dominguez chega a ressaltar que o neoconstitucionalismo conjuga os modelos norte-americano (constituição com garantias, mas sem conteúdos normativos) e europeu (constituições com denso conteúdo normativo, mas sem garantias) e considera a Constituição como relevante meio transformador a condicionar as decisões da maioria democrática, reservando aos juízes a última palavra<sup>216</sup>. E é aí onde reside, ao mesmo tempo, o ápice do neoconstitucionalismo, mediante a aplicação judicial de direitos fundamentais de estrutura predominantemente principiológica que se achavam encartados nas Constituições nacionais, e o seu conseqüente declínio em favor de um constitucionalismo mais internacionalizado pelo diálogo entre tribunais nacionais e internacionais.

---

<sup>213</sup>GUASTINI, Riccardo. La “Constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 54-55.

<sup>214</sup>Id. *Ibid.*, p. 56.

<sup>215</sup>COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)constitucionalismo: un análisis metate cit., p. 97.

<sup>216</sup>GIL DOMINGUEZ, Andres. *Escritos sobre neoconstitucionalismo*. Buenos Aires: Ediar, 2009. p. 12-13.

Luigi Ferrajoli aponta a crise dos dois modelos até então existentes de Estado de direito (Estado Legislativo de direito, no constitucionalismo moderno; e Estado Constitucional de Direito, no neoconstitucionalismo) em decorrência do enfraquecimento da capacidade reguladora da lei e do excesso do papel criativo dos juízes<sup>217</sup>, potencializado pela aplicação sistemática de princípios através da técnica de ponderação de bens e valores constitucionais. Ante esse quadro, propõe que se adote o paradigma do constitucionalismo internacional, porém o condiciona à vontade da política e dos Estados mais fortes nas esferas econômica e militar<sup>218</sup>.

Para tentar resolver a respeito da definição da autoria moral do conteúdo material das normas jurídicas, sobretudo as previstas em constituições e em tratados e convenções de direitos humanos, ganha importância cardinal o diálogo entre partes e juízes e entre tribunais no aperfeiçoamento da interpretação evolutiva e harmonizadora de sentidos na formação da norma decisória. O diálogo, neste sentido, abre as portas para uma nova era do constitucionalismo, não mais estatal, do Estado constitucional, mas do mundo global.

A liberdade conferida aos juízes de interpretar direitos fundamentais de textura principiológica acabou por fomentar a busca por ele de intelecções além de suas fronteiras jurisdicionais em outros tribunais estrangeiros, seja para obter a densificação normativa, seja para reforçar os seus argumentos no processo decisório-judicativo.

No caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, desde algum tempo, vem encontrando a interpretação de normas constitucionais em experiências jurisprudenciais estrangeiras ou internacionais. Por mais que partam no processo interpretativo, como chegam muitas vezes a expressar, da letra da Constituição brasileira de 1988, acabam por incorporar nos sentidos que emprestam significados e leituras construídas por outros órgãos jurisdicionais estrangeiros ou internacionais.

---

<sup>217</sup>FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho, cit., p. 20.

<sup>218</sup>Id. Ibid., p. 27 e 29.

Essa forma de concreção de direitos fundamentais acaba por se distanciar do modelo tracejado pelo neoconstitucionalismo e encontrar novas inspirações filosófico-normativas em escala global ou internacional.

Hoje, esse cenário modificou-se profundamente. A internacionalização ou globalização da vida contemporânea já se constitui em qualquer novidade. O papel antes a cargo das Constituições nacionais, atualmente, foi substituído pelos tratados, convenções, acordos, pactos, parcerias, cooperações no plano internacional, regional e supranacional. Por isso mesmo, a teoria neoconstitucional, embora importante para o direito e, sobretudo, para o direito interno produzido pelo Estado, não se mostra, num contexto global de interatividade crescente, o modelo mais adequado, para tratar das relações entre o direito interno e o direito internacional, como se observará no tópico seguinte.

### **2.3. Relações entre o direito interno e o direito internacional**

A partir da concepção Westfaliana de separação entre direito produzido pelo Estado nacional e aquele que surge além-fronteiras, prosperou nas relações jurídicas em geral a discussão a respeito de qual das teorias (monista ou dualista) deveria preponderar em eventuais conflitos travados entre o direito interno e o direito internacional.

Evidencia Salcedo que a relação entre o direito interno e o direito internacional esteve sempre limitada ao fôssil debate, de coloração unicamente hierárquica, em que se duelavam, de um lado, a teoria dualista, que preconizava a supremacia do direito interno sobre o internacional, e, de outra banda, a teoria monista, que cultuava a prevalência do internacional sobre o nacional. Na teoria dualista, como cada ordem jurídica era independente e autônoma em relação a outra, a integração entre ambas dava-se pela recepção do direito internacional por um ato, de preferência formal, pelo direito interno. Ao passo que, para a teoria monista, ambos os direitos estavam em posição hierárquica numa mesma ordem, sendo desnecessária algum ato de recepção,

pois as normas internacionais constituíam-se em fundamento de validade de todas as demais normas do sistema<sup>219</sup>.

E mais, ainda acrescenta que, na aplicação judicial, a depender do nível hierárquico dos tratados nos ordenamentos jurídicos internos nos Estados signatários, a aplicação das normas pelos tribunais e autoridades internas deveria ocorrer de maneira diversa. Se fundado na teoria dualista, o tribunal não poderia aplicar diretamente a norma internacional, enquanto que, na monista, a aplicação poderia ser direta na resolução do caso concreto, sem qualquer intermediação da legislação interna do país signatário<sup>220</sup>.

Pondera Jónatas Machado que, a bem da verdade, existem duas vertentes principais da teoria monista. A primeira corrente defende que, na hipótese de incompatibilidade entre o direito nacional e o direito internacional, prevaleceria aquele, pois o Estado dá origem ao direito e, por conseguinte, ao direito internacional. Enquanto que a segunda corrente preconiza a supremacia do direito internacional, apoiado em premissas de índole político-moral<sup>221</sup>.

A teoria dualista, por sua vez, foi inspirada no modelo Westfália e, como corolário disso, apregoava que o direito internacional apenas disciplinava os liames entre os Estados e o direito nacional os vínculos entre o Estado e os cidadãos<sup>222</sup>.

Gráinne de Búrca e Oliver Gerstenberg observam que, na teoria dualista, há duas esferas. Uma delas consistente na comunidade limitada (“*bounded community*”) do Estado-nação, que se caracteriza pela existência de um sistema consistente de significados constitucionais resultantes do contrato político travado entre os cidadãos e pelo comprometimento compartilhado coletivamente pelo autogoverno democrático dos cidadãos tanto autores como destinatários do direito estatal de caráter vinculante. A outra esfera, por sua vez, relacionada às relações internacionais, lastreia-se em acordos

---

<sup>219</sup>CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Curso de derecho internacional público*. Madrid: Tecnos, 1996. p. 149.

<sup>220</sup>Id. Ibid., p. 154.

<sup>221</sup>MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Direito internacional: do paradigma clássico ao Pós-11 de setembro*, cit., p. 138.

<sup>222</sup>Id. Ibid., p. 141.

voluntários entre Estados soberanos contratantes, onde a referência normativa primária é para Estados, povos e sociedades, e não para indivíduos<sup>223</sup>.

Mesmo no sentido desenhado por Cristina Queiroz de uma “primazia de aplicação” (*Anwendungsvorrang*) em benefício do direito internacional (no caso específico, esteve a tratar do direito da união europeia)<sup>224</sup>, seja para a teoria monista, seja para a dualista, a dimensão hierárquica não desaparece e o problema persiste, agravado com a possibilidade de “interpretações paralelas” acerca do direito da União europeia, já que a autonomia intelectual dos juízes de vários níveis poderia gerar diferentes versões<sup>225</sup>.

A tentação é tão irresistível que, na doutrina brasileira, Fabia Fernandes Carvalho Veçoso arremata que a teoria da supremacia dos direitos humanos norteia a relação entre os dois regimes jurídicos existentes, interno ou nacional e internacional<sup>226</sup>.

Sabino Cassese, porém, destaca o caráter diferenciado da supremacia em relação à primazia. A supremacia pressupõe hierarquia entre disciplinas jurídicas colidentes, ao passo que a primazia incide em hipóteses em que é possível se distinguir competências e, neste sentido, âmbitos normativos distintos<sup>227</sup>.

Na mesma linha, Carlos Carranho Proença diferencia a supremacia da primazia ou do primado, retirando deste último postulado o elemento da hierarquia e introduzindo, em seu lugar, a ideia de repartição de competências. Chega a asseverar que o primado emerge como um “principio de proeminência competencial”<sup>228</sup>. No entanto, não passa de um artifício retórico, semanticamente esquadrihado, dizer que a ideia do primado não ostenta qualquer elemento de conteúdo hierárquico, quando, ao

---

<sup>223</sup>BÚRCA, Gráinne de; GERSTENBERG, Oliver. The denationalization of constitutional law. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 47, n. 1, p. 2-3, 2006.

<sup>224</sup>QUEIROZ, Cristina. *Direito constitucional internacional*, cit., p. 117.

<sup>225</sup>Id. Ibid., p. 119.

<sup>226</sup>VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho. A adesão da União Europeia à Convenção Europeia de direitos do homem: desafios e perspectivas da proteção aos direitos humanos na Europa. In: VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho (Coord.). *Direito internacional em contexto*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 83.

<sup>227</sup>CASSESE, Sabino. *I Tribunali di Babele: i giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*. Roma: Donzelli Editore, 2009. p. 52.

<sup>228</sup>PROENÇA, Carlos Carranho. *Tutela jurisdicional efetiva no direito da União Europeia: dimensões teóricas e práticas*. Lisboa: Petrony, 2017. p. 224-225.

tentar explicar como funciona a teoria nas relações entre o direito europeu e o direito nacional dos Estados-membros, a bem da verdade, acaba por se valer de uma concepção de prevalência, prioridade ou preferência de uma ordenamento jurídico sobre outro<sup>229</sup>, sobretudo ao vaticinar que seria “essencial, absoluto e incondicional”<sup>230</sup>.

Ora, se sempre, em qualquer situação, há de prevalecer o direito da União sobre o direito nacional em relação à mesma hipótese fática, qual seria a diferença marcante entre o primado e a supremacia? Ao que tudo indica, nenhuma.

Aldo Baldassarri ainda suscita uma outra problemática decorrente da adoção da teoria dualista, que se revelaria da intensa fragmentação do direito internacional tantos fossem os Estados que a acolhessem. Daí preferir seguir a doutrina monista que se estrutura numa concepção piramidal com preponderância das normas jurídicas internacionais sobre as nacionais, promovendo, em razão disso, a coligação dos ordenamentos jurídicos internos entre si à luz de uma norma imediatamente superior que se comportaria como fundamento de validade de todas elas<sup>231</sup>.

Será que a interpretação, no caso brasileiro, dos §§ 2º e 3º, do art. 5º, da Constituição de 1988, somente contempla um critério hierárquico de inserção de uma norma de direitos humanos no constitucionalismo nacional?

Dispõe o §2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República

---

<sup>229</sup>Neste trecho capturado de sua obra, Carlos Carranho Proença acaba por confundir no primado a essência da ideia da supremacia, quando propugna que: “Tratando-se o cerne do primado de prioridade ou preferência aplicativa, dele resulta que **em caso de conflito ou concurso de fontes (europeia e nacional), os órgãos jurisdicionais nacionais deixem de aplicar a norma nacional uma vez que ela cede à primazia à aplicação da disposição europeia**. Assim sendo, o princípio do primado jamais implica, *ipso facto*, a expurgação de normas nacionais dos respectivos ordenamentos jurídicos por se afigurarem contrárias às disposições europeias; **a proeminência aplicativa do direito da União antes determina que nesses casos a regra europeia prevaleça e seja a aplicável**; porém, a disposição nacional preterida, embora sujeita à contingência de ser inaplicável, permanecerá válida e em vigor no respectivo ordenamento interno até que os órgãos nacionais competentes (*maxime* os parlamentos) decidam revogá-la ou alterá-la de forma a obterem a sua conformidade com a norma europeia” (PROENÇA, Carlos Carranho. *Tutela jurisdicional efetiva no direito da União Europeia: dimensões teóricas e práticas*, cit., p. 224-225) (grifos acrescentados).

<sup>230</sup>Id. Ibid., p. 227.

<sup>231</sup>BALDASSARRI, Aldo. *Corso di diritto internazionale*, cit., p. 32-33.



Federativa do Brasil seja parte.”<sup>232</sup>. Esse enunciado constitucional é chamado por Ingo Wolfgang Sarlet de cláusula de abertura, pois consagra, em verdade, um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, que inclui os direitos materialmente fundamentais não escritos (não expressamente positivados), os direitos fundamentais constantes em outras partes do texto constitucional e nos tratados e convenções internacionais<sup>233</sup>.

A mais alta corte do Brasil, embora por uma maioria apertada de apenas cinco votos a quatro, no julgamento do caso da prisão civil do depositário infiel<sup>234</sup>, preferiu sufragar a teoria dualista com um realce especial para os tratados e as convenções internacionais de direitos humanos, que passaram a desfrutar de status de norma supralegal ou de sobredireito, estando, assim, hierarquicamente abaixo da Constituição e acima da restante legislação ordinária. A corrente minoritária entendia que as normas internacionais de direitos humanos, em última análise, são normas materialmente constitucionais, estando, neste sentido, no mesmo plano da Constituição.

Segundo entendimento prevalecente do Supremo Tribunal Federal brasileiro, exteriorizado no julgamento do caso da prisão civil de depositário infiel, a norma contida na Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da

---

<sup>232</sup>Essa previsão, inclusive, vem sendo contemplada na ordem constitucional brasileira desde a Constituição de 1891, cujo art. 78 assim dispunha: “A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclue outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ella estabelece e dos principios que consigna”. Realça João Barbalho Uchôa Cavalcanti que “Esta disposição é similar da que se contém na Emenda IX das addicionaes à constituição dos Estados Unidos Norte-Americanos, e foi ahi estabelecida, dizem os commentadores, como cautela contra a má applicação da maxima demasiado repetida, que uma affirmação em casos particulares importa uma negação em todos os mais e *vice-versa*. Tendo a Constituição mencionado taes e quaes direitos e garantias como pertencentes aos indivíduos, aos cidadãos, ao povo, poder-se-ia concluir que outros direitos e garantias não lhe são reconhecidos, visto não se acharem expressos no texto constitucional (*Inclusio unius exclusio alterius*). Para afastar essa falsa conclusão, a Constituição declara que a enumeração n’ella feita quanto a direitos e garantias não deve ser tida como suppressiva de outros não mencionados, os quaes ficam subsistentes, uma vez que sejam decorrentes da forma de governo que ella estabelece e dos principios que consagra.” (CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição Federal brasileira (1891)*. Brasília-DF: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002. p. 344).

<sup>233</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2006. p. 97 e 101.

<sup>234</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Recurso Extraordinário - RE 466.343/SP, São Paulo*. Rel. Min. Cezar Peluso, j. 03/12/2008, DJe 05/06/2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>.

Costa Rica) constituir-se-ia em norma supralegal localizada entre a Constituição e a lei ordinária<sup>235</sup>. Essa posição, a bem da verdade, só vem a revelar a profunda dificuldade da Corte brasileira em lidar com a narrativa e a estrutura protetiva dos direitos humanos no contexto interno e nacional. Ao passo que, em relação às demais normas jurídicas internacionais, a Corte Suprema brasileira mantém a posição de conferir status de mera legalidade ordinária.

Na hipótese do Brasil, a concepção prevalecente do Supremo Tribunal Federal em relação à aplicação dos tratados e convenções de direitos humanos na ordem jurídica brasileira ainda se encontra aprisionada a vetustos arquétipos hierárquicos, possivelmente baseada na ideia de produção jurídica de origem exclusivamente estatal e na estrutura hierarquizada das normas jurídicas.

Por outro lado, a Constituição Argentina de 1994 já evoluiu nesse aspecto ao elevar, no art. 77, inciso XXII, à dignidade constitucional a Convenção Interamericana de Direitos Humanos e as principais normas internacionais protetivas do homem, entre as quais a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Aqueles que não se encontram no rol, precisariam se submeter a um processo de equivalência constitucional pelo Congresso da Nação Argentina similar à sistemática brasileira prevista no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal brasileira de 1988<sup>236</sup>.

---

<sup>235</sup>Ireneu Cabral Barreto noticia que a doutrina portuguesa ainda se seduz com a corrente de que, na hierarquia das fontes do direito interno, a convenção europeia de direitos humanos ocupa na estrutura escalonada posição intermediária entre a Constituição e as leis ordinárias (BARRETO, Ireneu Cabral. O TEDH e Portugal: 30 anos de uma relação. In: SANTOS, Ana Cristina; SANTOS, Cecília MacDowell dos (Orgs.). *A mobilização internacional do direito: Portugal e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 55).

<sup>236</sup>O art. 77, inciso XXII, da Constituição Argentina de 1994 tem a seguinte redação: “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demas naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquia superior a las leyes. La Declaracion Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaracion Universal de Derechos Humanos; la Convencion Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Economicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos y su Protocolo Facultativo; la Convencion sobre la Prevencion y la Sancion del Delito de Genocidio; la Convencion Internacional sobre la Eliminacion de todas las Formas de Discriminacion Racial; la Convencion sobre la Eliminacion de todas las Formas de Discriminacion contra la Mujer; la Convencion contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convencion sobre los Derechos del Ninho; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquia constitucional, no derogan articulo alguno de la primera parte de esta Constitucion y deben entenderse complementarios de

E, naturalmente, a jurisprudência da Suprema Corte argentina caminhou neste sentido. No julgamento dos Casos Avico, Oscar contra de la Pesa, Saul” e “Peralta, Luis contra Gobierno Nacional”, citou o julgado da Corte Suprema dos Estados Unidos da América em Home Building and Loan Association vs. Blaisdel (1934)<sup>237</sup>. Da mesma maneira, o Caso Campillay argentino citou o Times vs. Sullivan (USA)<sup>238</sup>.

No caso de Portugal, também há uma cláusula de abertura prevista no art. 16º.1 da Constituição de 1976<sup>239</sup>, que autoriza a possibilidade de o direito internacional dos direitos humanos influenciar a interpretação dos direitos fundamentais capitulados no texto constitucional. Mas que, por imperativo do art. 8º da Constituição de 1976<sup>240</sup>, os tratados e convenções internacionais teriam, a rigor, consoante afirma Maria Luísa Duarte, status de norma supralegal<sup>241</sup>. Esclarece, contudo, Maria Duarte que o art. 8º.1 cuidaria da cláusula de recepção automática plena, que permite a vigência da norma internacional independentemente de ato de intermediação ou de incorporação, porém

---

los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podran ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobacion de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Camara. Los demas tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requeriran del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Camara para gozar de la jerarquia constitucional.”

<sup>237</sup>ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Avico, Oscar Agustin c/de la Pesa, Saúl G. 7/12/1934 - Fallos: 172:21*. [https://sj.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=em\\_econom](https://sj.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=em_econom).

<sup>238</sup>Ricardo Luis Lorenzetti destaca que, na Argentina, o direito recebeu forte influência anglo-saxônica na parte publicística e da tradição europeu no campo privatístico (LORENZETTI, Luis. *Teoria da decisão judicial*. Tradução: Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 62).

<sup>239</sup>Art. 16º.1 da Constituição Portuguesa de 1976: “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.” PORTUGAL. Assembleia da Republica. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>.

<sup>240</sup>Art. 8º da Constituição Portuguesa de 1976: “1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. 2. **As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português.** 3. **As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram diretamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respetivos tratados constitutivos.** 4. As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respetivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.” (grifos acrescentados). PORTUGAL. Assembleia da Republica. *Constituição da República Portuguesa*, cit.

<sup>241</sup>DUARTE, Maria Luísa. *Direito internacional público e ordem jurídica global do século XXI*. Coimbra: Coimbra Ed., 2014. p. 278-279.

cuja eficácia dependeria de normas internas de execução. A que se referia aos tratados de direitos humanos seria a cláusula de recepção automática semi-plena ou parcial, na medida em que se restringe a uma área específica da juridicidade internacional<sup>242</sup>.

Mas tudo está a indicar que a melhor solução para resolver de vez tal impasse, que não se adstringe somente ao campo doutrinário, não seja nem sequer eleger a teoria monista, aparentemente mais simpática aos ideais e propósitos do direito internacional, em especial dos direitos humanos.

Mesmo a teoria monista instiga outros problemas muito bem alinhados por Guido Alpa, quando tem que se deparar com as consequências da concorrência para as ordens jurídicas que recebem influência: a) reagrupamento das famílias jurídicas que apresentam características semelhantes; b) individualização dos núcleos comuns entre ordens jurídicas; c) individualização dos fenômenos de convergência entre ordenamentos jurídicos diversos; d) definição das regras e de preceitos uniformes para superar as divergências entre ordenamentos, através de convenções e códigos internacionais; e) custo econômico da divergência e da convergência; f) utilidade ou inutilidade da divergência e da convergência do ponto de vista técnico e político<sup>243</sup>.

Marcelo Neves ainda complementa acusando a teoria monista de se basear em um “construtivismo autista”, incapaz de enfrentar um sistema jurídico mundial de cariz essencialmente pluralista onde várias ordens jurídicas com constituições próprias possam se relacionar horizontalmente devido à comunhão de problemas constitucionais<sup>244</sup>.

Na mesma toada crítica, François Rigaux conceitua a teoria monista como aquela que submete o direito interno ao direito internacional<sup>245</sup>. Ora, sujeitar uma ordem jurídica a outra nada mais revela do que inequívoca hierarquização normativa em que normas internacionais não sempre preponderar sobre as nacionais,

---

<sup>242</sup>DUARTE, Maria Luísa. *Direito internacional público e ordem jurídica global do século XXI*, cit., p. 275-276.

<sup>243</sup>ALPA, Guido. La competizione tra ordinamenti: un approccio realistico. In: ZOPPINI, Andrea (a cura di). *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*. Roma: Editori Laterza, 2004. p. 49.

<sup>244</sup>NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 124.

<sup>245</sup>RIGAUX, François. *A lei dos juízes*, cit., p. 20.

independentemente de qualquer circunstância. E se a norma interna for mais protetiva do que a internacional em termos de direitos humanos fundamentais? Aplicar a menos protetiva só porque é internacional? Soa estranho responder afirmativamente.

A teoria dualista também não resolve, notadamente porque peca, como caracteriza Rigaux, no carácter circular e hermético de cada sistema (um nacional e outro internacional)<sup>246</sup>, como se cada um vivesse em um mundo próprio e incomunicável. E isso quando, numa era de constitucionalismo internacional ou global, falar em sistema jurídico cognitivamente fechado representa verdadeiro pecado capital.

Além disso, Maria Luísa Duarte apresenta outro obstáculo difícil de superar na teoria dualista. A norma internacional não detém a mínima autonomia para ser aplicada na ordem jurídica interna, dependendo do ato de transposição (processo de internalização formal ou material) e, portanto, do direito interno<sup>247</sup>. É como se a eficácia do direito internacional ficasse condicionado à forma como o direito interno o recepciona.

Com efeito, essa não parece ser uma fórmula mais adequada para enfrentar a concorrência entre as diversas ordens jurídicas interna, internacional, supranacional e regional, existentes no constitucionalismo multinível, notadamente quando se constata assimetrias semânticas e linguísticas entre os direitos fundamentais do direito interno e os direitos humanos do direito internacional.

As ideias de “prevalência” e, portanto, de “prévia” “valência”(ou validade) ou de “preferência” (“prévia referência”)<sup>248</sup> demonstram que as teorias monistas ou dualistas ventiladas nas relações entre o direito internacional e o direito nacional ainda

---

<sup>246</sup>RIGAUX, François. *A lei dos juízes*, cit., p. 21.

<sup>247</sup>DUARTE, Maria Luísa. *Direito internacional público e ordem jurídica global do século XXI*, cit., p. 271. Maria Duarte explica que a transposição ou a transformação ocorreria quando “a norma internacional é sujeita a um processo interno, de acordo com o estabelecido na Constituição, que, fazendo jus ao dualismo, “nacionaliza” o seu conteúdo e transforma a norma internacional em norma interna – por exemplo, aprovado do tratado por lei parlamentar que passa a vigorar como acto legislativo interno; transposição da directiva do Direito da União Europeia através de lei, decreto-lei ou decreto legislativo regional (v. artigo 112º, nº 8, CRP)” (Id. Ibid., p. 274-275).

<sup>248</sup>E ainda “precedência” como “prévia cedência” e, assim, ceder antes.

continuam impregnadas da concepção de hierarquia no ordenamento jurídico. Uma ordem jurídica teria que se impor sobre a outra.

No entanto, Antônio A. Cançado Trindade arrefece o debate já superado entre monistas e dualistas no atual grau de proteção dos direitos humanos, pois não prepondera a pretensão de primazia de um ou outro ordenamento jurídico, mas a da norma mais favorável à vítima, seja ela de direito internacional ou de direito interno<sup>249</sup>. E esse critério, consagrado em vários tratados de direitos humanos,<sup>250</sup> serve para reduzir ou minorar consideravelmente os conflitos que possam surgir entre a aplicação do direito nacional e internacional<sup>251</sup>.

Nicolás Carrillo Santarelli e Carlos Espósito, embora reconheçam o liame de matriz hierarquizante entre ambas as ordens jurídicas com preponderância da normatividade internacional, admite que o direito interno não se esvazia, pois tem prevalecido, no âmbito dos tribunais internacionais, o “*principio pro homine*”, “según el cual debe aplicarse la interpretación o la norma cuyo contenido resulte más favorable

---

<sup>249</sup>TRINDADE, Antônio A. Cançado. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. 2. ed. actual. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006. p. 310.

<sup>250</sup>Art. 60 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (EUROPA. Conselho da Europa. *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)); art. 17 da Convenção Europeia para a Prevenção de Tortura e de trato ou castigo humano ou degradante (EUROPA. Conselho da Europa. *Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e Penas ou Tratamentos Desumanos e Degradantes*. Disponível em: [http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao\\_europeia\\_prev\\_tortura\\_tratamentos\\_degradantes.pdf](http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_europeia_prev_tortura_tratamentos_degradantes.pdf)); art. 32 da Carta Social Europeia (EUROPA. Conselho da Europa. *Carta Social Europeia*. Adoptada em Estrasburgo, a 3 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/7.htm>); art. 29.b da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. *Convenção Interamericana de Direitos Humanos*. (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969). Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jspui/handle/1234/43116>); art. 29 da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e outros atos da mesma natureza (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS - OEA. *Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem*. Resolução XXX, Ata Final, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, em abril de 1948. Disponível em: [http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_dev\\_homem.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_dev_homem.pdf)); art. 4º do Protocolo de San Salvador (Direitos econômicos, sociais e culturais) (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS - OEA. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos econômicos, Sociais e Culturais*. “*Protocolo de San Salvador*”. Disponível em: [http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo\\_de\\_San\\_Salvador.htm](http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm)).

<sup>251</sup>TRINDADE, Antônio A. Cançado. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, cit., p. 312.

para los derechos de las personas, con independencia de su nivel (interno o internacional)<sup>252</sup>.

O estudo que se consagra neste trabalho propõe substituir o vetusto duelo travado entre as teorias monista e dualista, tão cercado de preocupações de toda sorte, notadamente para preservar ainda a força e a cultura das constituições nacionais, pela doutrina do diálogo transjudicial. Nesta teoria, nem o direito interno, nem o direito internacional, necessariamente preponderam na realização concreta do direito discutido no caso submetido à apreciação jurisdicional. O que prevalece é o resultado da interação argumentativa em que se levam em conta tanto as particularidades da conformação do direito interno como as pretensões axiológicas de harmonização de disciplina jurídica tão caras ao direito internacional.

E isso por um motivo muito simples. A forma como os juízes argumentam as decisões segue uma lógica de sistematização de ideias mediante a estruturação dialógica. Pouco importa, na prática, se o Supremo Tribunal Federal brasileiro adota a teoria da supralegalidade ou da constitucionalidade da norma convencional de direitos humanos. A mera circunstância de a Suprema Corte estar fazendo referência a julgados estrangeiros já implica uma horizontalização argumentativa que põe por terra qualquer relevância do escalonamento hierárquico de normas.

Um aspecto, para o juiz, é a forma de raciocinar, outra completamente diversa é a maneira de como ele exterioriza o seu pensamento argumentativo na decisão com a inserção de uma seleção de razões, capazes de conferir amparo ao seu raciocínio já previamente definido. Não é que o juiz decide antes e depois procura encontrar fundamentos para justificar o seu entendimento na decisão, como já se chegou o próprio Supremo Tribunal a afirmar no julgamento do RE 140.265-2<sup>253</sup>. O que se está a

---

<sup>252</sup>CARRILHO SANTARELLI, Nicolás; ESPÓSITO, Carlos. Los jueces nacionales como garantes de bienes jurídicos humanitarios. *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, v. 63, n. 2, p. 53-54, 2011.

<sup>253</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. RE 140.265-2, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 20/10/1992, DJU 28/05/1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=208227>. Na ementa do acórdão, o Supremo afirma, na lavra do Min. Relator Marco Aurélio, que: “Ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la.”.

dizer é que o raciocínio para decidir difere, profundamente, da forma como sequencia os seus argumentos na decisão. Daí a irrelevância em identificar o status hierárquico-normativo da Convenção Interamericana de Direitos Humanos ou de qualquer outra normatividade existente.

A forma de o direito nacional relacionar-se com o direito internacional vem se modificando sensivelmente com visível tendência de se celebrar o sepultamento da visão hierarquizada e isso por um motivo bem simples: os órgãos jurisdicionais de ordens jurídicas distintas não se escalonam entre si.

#### **2.4. Concepção hierárquica de proteção dos direitos humanos fundamentais**

Um aspecto a se considerar é que, normalmente, somente se atribui a vinculatividade normativa, quando se pensa numa perspectiva vertical de estrutura hierarquizada de normas, a começar pela Constituição. Jamais quando se está diante de uma perspectiva horizontal. Habermas, inclusive, tem posição conhecida na esfera do normativismo internacional de que, sem uma corte de justiça internacional e um poder sancionatório também com esta estatura, não é possível tutelar o direito das gentes, a exemplo do que se verifica com o direito produzido pelo Estado-nação<sup>254</sup>.

Hart vai mais além e preconiza que o direito internacional, ao menos no que se refere à função e ao conteúdo, aproxime-se do direito interno e, quanto mais for análogo, mais reforçará a sua qualidade jurídica<sup>255</sup>. Nesta linha, como o direito interno detém estrutura hierárquica, o direito internacional se qualificaria cada vez mais como direito à medida em que se estruturasse hierarquicamente. Geir Ulfstein, no âmbito da proteção dos direitos humanos, chega a imaginar uma possível Corte Mundial de Direitos Humanos (*World Court for Human Rights*)<sup>256</sup>.

---

<sup>254</sup>HABERMAS, Jürgen. *L'inclusione dell'altro*, cit., p. 139.

<sup>255</sup>Id. Ibid, p. 253.

<sup>256</sup>ULFSTEIN, Geir. The international Judiciary. In: KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. *The constitutionalization of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 141. A propósito,



Como se vê, prevalece ainda fortemente no pensamento doutrinário a concepção hierárquica do direito, mesmo quando pensado além das fronteiras, buscando nas normas internacionais o fundamento de validade das normas internas e constitucionais pertencentes ao direito nacional. Esse fundamento de validade poderia ser a dignidade da pessoa humana, as Convenções de direitos humanos em geral<sup>257</sup> ou mesmo a Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>258</sup>. Por outro lado, outros propugariam a necessidade de constituição de órgão jurisdicional universal ou internacional.

Na Europa, Theodor Schilling propõe a interpretação da Convenção Europeia de Direitos Humanos como um sistema integrado, tendo como alicerce a proteção da dignidade da pessoa humana<sup>259</sup>. Da mesma forma, José Carlos Vieira de Andrade coloca a dignidade humana como princípio-valor que confere unidade de sentido ao sistema dos direitos fundamentais e que estaria na base do estatuto jurídico dos indivíduos<sup>260</sup>, de sorte a orientar, na expressão de Jorge Reis Novais, a abertura e atualização do seu respectivo catálogo<sup>261</sup>.

Javier García Roca chega a sustentar que as convenções regionais interamericana e europeia de proteção dos direitos humanos, a bem da verdade, teriam

---

Martin Scheinin menciona a existência de projeto de criação de tribunal mundial de direitos humanos (*World Court of Human Rights*), que teria a missão de assegurar a harmonização da interpretação dos direitos humanos, fundado na universalidade, interdependência e na indivisibilidade (SCHEININ, Martin. *European Human Rights as universal rights*. In: BREMS, Eva; GERARDS, Janneke (Eds.). *Shaping rights in the ECHR: the role of the European Court of Human Rights in determining the scope of human rights*. Edited by Eva Brems and Janneke Gerards. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 259-270).

<sup>257</sup>CASSESE, Sabino. *When legal orders collide: the role of courts*. Sevilha: Global Law Press, 2010. p. 69 e ss.

<sup>258</sup>PIOVESAN, Flávia. A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 53. Afirma Piovesan que os “sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos no plano internacional. Em face desse complexo universo de instrumentos internacionais, cabe ao indivíduo que sofreu a violação de direito a escolha do aparato mais favorável, tendo em vista que, eventualmente, direitos idênticos são tutelados por dois ou mais instrumentos de alcance global ou regional, ou, ainda, de alcance geral ou especial. Nesta ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos” (Ibid, pp. 53-54).

<sup>259</sup>SCHILLING, Theodor. *Internationaler Menschenrechts-schutz*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010. p. 21.

<sup>260</sup>ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 101.

<sup>261</sup>NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018. v. 1, p. 78.

como fundamento de validade a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1945<sup>262</sup>, o que representa, de igual modo, outra concepção calcada no critério hierárquico ainda aprisionado ao paradigma do escalonamento de normas, porém na arena internacional dos direitos humanos.

No Brasil, Flávia Piovesan também alça a dignidade humana como o fator norteador dos intercâmbios e empréstimos jurisprudenciais entre as ordens jurídicas regionais no aprimoramento dos princípios e institutos jurídicos<sup>263</sup>. Ou mesmo, como propugna Jânia Maria Lopes Saldanha, uma base ética, uma vez que as interações não teriam como razão central a produção de um sistema<sup>264</sup>.

Contudo, como se constata claramente, a posição doutrinária majoritária lastreia-se ainda em uma lógica nitidamente hierárquica, com a dignidade humana como ponto mais alto da pirâmide normativa da tutela europeia dos direitos humanos. Quanto aos órgãos jurisdicionais que compõem o regime europeu protetivo, Schilling respeita a cartilha da subsidiariedade, não podendo os tribunais supracionais assumirem uma postura de proeminência na resolução dos conflitos, nem mesmo atuar como mera Corte revisional ou consulta, se o tribunal nacional ou o direito nacional conseguem decidir corretamente<sup>265</sup>. O problema pode ser formulado nas seguintes indagações: como se pode reconhecer que a corte nacional decidiu corretamente? O que é decidir corretamente? A resposta não é simples, como se imagina. Melhor que esta decisão seja fruto de diálogo. Conceitualmente, impossível se reconhecer uma decisão correta

---

<sup>262</sup>GARCÍA ROCA, Javier. El diálogo entre el Tribunal de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales y otros órganos jurisdiccionales en el espacio convencional europeo. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coords.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 224.

<sup>263</sup>PIOVESAN, Flávia. Diálogo entre Cortes: a “interamericanização” do sistema europeu e a “europeização” do sistema interamericano. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 215.

<sup>264</sup>SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Diálogos entre juízes e direitos humanos: a legitimidade e a atratividade entre novas formas de autoridade. In: GOMES, Alexandre Fernandes; BERTOLDI, Marcia Rodrigues; CARDOSO, Simone Tassiari (Orgs.). *Direitos fundamentais e vulnerabilidade social: em homenagem ao Professor Ingo Wolfgang Sarlet* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 299.

<sup>265</sup>SCHILLING, Theodor. *Internationaler Menschenrechts-schutz*, cit., p. 23.

ontologicamente falando, porém, se resultante de um diálogo transjudicial, possivelmente, desfrutará de maior legitimidade decisória.

Essa concepção hierárquica decorre talvez até mesmo da forte e marcante influência do pensamento de Hans Kelsen, que definiu a estrutura da ordem jurídica como construção escalonada de normas supra e infra-ordenadas umas às outras, de sorte que a que se encontra em patamar hierárquico acima determina a criação da que está em posição inferior<sup>266</sup>. A ordem jurídica, por conseguinte, não se revelaria como sistema normativo estruturado com normas de mesmo nível, uma ao lado da outra, mas construída sob a forma escalonada em diferentes camadas<sup>267</sup>. Segundo Kelsen, a ligação entre as normas a formar a ordem jurídica sistêmica dar-se-ia pelo fato de a criação de toda e qualquer norma ser determinada por outra em escalão superior<sup>268</sup>.

Dieter Grimm, a bem da verdade, explica como nasceu a hierarquia das normas jurídicas. Segundo ele, foi para resolver um problema prático, que pode ser sintetizado na seguinte indagação: Como a positivação do direito emanado do processo político pode passar a vincular normativamente esse mesmo processo? A resposta residiria na criação de um poder constituinte e um poder constituído. O primeiro de origem popular (do povo) e o segundo, do governo ou dos representantes do povo<sup>269</sup>. Assim, o poder constituído estaria subordinado hierarquicamente ao poder constituinte.

Além do mais, a hierarquia também se relaciona intimamente com a ideia de autoridade. E, como sinalizou Hannah Arendt, a autoridade tem sido um conceito que vem desaparecendo no mundo moderno<sup>270</sup>. Isso porque cada vez mais ganha fôlego a argumentação no lugar da noção de autoridade, que sempre se manifesta como imposição hierárquica<sup>271</sup>. A palavra e o conceito do que se entende por autoridade

---

<sup>266</sup>KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., p. 229.

<sup>267</sup>Id. Ibid., p. 247.

<sup>268</sup>Id. Ibid., p. 260.

<sup>269</sup>GRIMM, Dieter. The achievement of constitutionalism and its prospects in a changed world, cit., p. 9.

<sup>270</sup>ARENDDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Trad: Mauro W. Barbosa. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 127.

<sup>271</sup>Id. Ibid., p. 129.

surgiram em Roma e tiveram como base a ideia de sua fundação, remontando ao passado e, portanto, aos primórdios de seu nascimento<sup>272</sup>.

Não resta a menor sombra de dúvida de que Flávia Piovesan atribui feição hierárquica ao sistema de proteção de direitos humanos, sobretudo entre os regimes global e regional, tendo como fundamento de validade para ambos a declaração universal dos direitos do homem. Essa ilação deriva, em especial, pela forma como desenvolve a intelecção dos §§ 2<sup>o</sup><sup>273</sup> e 3<sup>o</sup> do art. 5<sup>o</sup> da Constituição brasileira de 1988.

Perspectiva análoga pode ser apontada no pensamento de Flávia Piovesan que, mesmo no universo do sistema de proteção dos direitos humanos, abraça esquema hierárquico de relacionamento entre o direito interno e o direito internacional, substituindo a ideia kelseniana de escalonamento em forma de pirâmide pela de trapézio onde os tratados e convenções de direitos humanos estariam na mesma estatura da Constituição e, sob tais normas, viriam toda a estrutura normativa interna (legislação, contratos, costumes, etc)<sup>274</sup>.

---

<sup>272</sup>ARENDDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*, cit., p. 136 e 142. Hannah Arendt ensina que: “A palavra *auctoritas* é derivada no verbo *augere*, ‘aumentar’, e aquilo que a autoridade ou os de posse dela constantemente aumentam é a fundação. Aqueles que eram dotados de autoridade eram os anciãos, o Senado ou os *patres*, os quais a obtinham por descendência e transmissão (tradição) daqueles que haviam lançado as fundações de todas as coisas futuras, os antepassados chamados pelos romanos de *maiores*. A autoridade dos vivos era sempre derivativa, dependendo, como o coloca Plínio, dos *auctores imperii Romani conditoresque*, da autoridade dos fundadores que não mais se contavam no número de vivos. A autoridade, em contraposição ao poder (*potestas*), tinha suas raízes no passado, mas esse passado não era menos presente na vida real da cidade que o poder e a força dos vivos. *Moribus antiquis res stat Romana virisque*, nas palavras de Ênio” (Id. *Ibid.*, p. 163-164).

<sup>273</sup>O § 2<sup>o</sup> do art. 5<sup>o</sup> da Constituição brasileira de 1988 preconiza que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

<sup>274</sup>PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 117. Flávia Piovesan compara, no seio da cultura jurídica latino-americana, as mudanças de paradigma que se constata no mundo atual, através de três concepções do direito. Antes, prevaleciam as seguintes características: “a) a pirâmide com a Constituição no ápice da ordem jurídica, tendo como maior referencial teórico Hans Kelsen, na afirmação de um sistema jurídico endógeno e autorreferencial (observa-se que, em geral, Hans Kelsen tem sido equivocadamente interpretado, já que sua doutrina defende o monismo com a primazia do Direito Internacional – o que tem sido tradicionalmente desconsiderado na América Latina); b) o hermetismo de um Direito purificado, com ênfase no ângulo interno da ordem jurídica e na dimensão estritamente normativa (mediante um dogmatismo jurídico a afastar elementos ‘impuros’ do Direito); e c) o *State approach* (*State*

O §2º do art. 5º da Constituição de 1988, como já dito, trata da cláusula de abertura<sup>275</sup> que permite a incorporação na ordem constitucional brasileira da juridicidade internacional. Com arrimo nesta dicção, Flávia Piovesan dividiu os direitos fundamentais em três diferenciados grupos: a) o dos direitos expressos na Constituição; b) o dos direitos implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta constitucional; e c) o dos direitos expressos nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil<sup>276</sup>. Neste último caso, Flávia Piovesan sempre entendeu, fundada na força expansiva da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, que os direitos enunciados em tratados ou convenções dos quais o Brasil seja signatário ostentam estatura constitucional e, portanto, são normas constitucionais. Este status constitucional das normas de direitos fundamentais veiculadas em tratados e convenções internacionais também decorreria do processo de globalização, mais convidativo à abertura à valoração internacional da normatividade interna do Brasil<sup>277</sup>.

Esse dispositivo constitucional, no pensamento de Flávia Piovesan, conferiria qualidade constitucional aos tratados e convenções de direitos humanos, independentemente do quorum de aprovação pelo Congresso Nacional. Os direitos

---

*centered perspective*), sob um prisma que abarca como conceitos estruturais e fundantes a soberania do Estado no âmbito externo e a segurança nacional no âmbito interno, tendo como fonte inspiradora a *lente ex parte príncipe*, radicada no Estado e nos deveres dos súditos, na expressão de Norberto Bobbio” (PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano, cit., p. 117). Agora, para Piovesan, as novas características são: “a) o trapézio com a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos no ápice da ordem jurídica (com repúdio a um sistema jurídico endógeno e autorreferencial) (...) b) a crescente abertura do Direito – agora ‘impuro’ -, marcado pelo diálogo do ângulo interno com o ângulo externo (há a permeabilidade do Direito mediante o diálogo entre jurisdições, empréstimos constitucionais; e a interdisciplinariedade, a fomentar o diálogo do Direito com outros saberes e diversos atores sociais, ressignificando, assim a experiência jurídica); (...) c) o *human rights approach* (*human centered approach*), sob um prisma que abarca como conceitos estruturais e fundantes a soberania popular e a segurança cidadã no âmbito interno, tendo como fonte inspiradora a *lente ex parte populi*, radicada na cidadania e nos direitos dos cidadãos, na expressão de Norberto Bobbio.” (Id. Ibid., p. 119).

<sup>275</sup>É oportuno destacar que Cristina Queiroz designa de princípios de “abertura” ou de “amizade” dispositivo constitucional análogo ao do texto brasileiro que se encontra capitulado em vários versículos do art. 7º da Constituição de Portugal de 1976. Nesses enunciados o constitucionalismo português “abre-se a ‘relações de cooperação’ com outros Estados e sujeitos actuantes na comunidade internacional, e, designadamente, as Organizações Internacionais.” (QUEIROZ, Cristina. *Direito constitucional internacional*, cit., p. 150).

<sup>276</sup>PIOVESAN, Flávia. A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, cit., p. 57.

<sup>277</sup>Id. Ibid., p. 57-58.

humanos seriam normas materialmente constitucionais, integrando o bloco de constitucionalidade. Assim, o quórum qualificado capitulado no §3º do art. 5º da CF<sup>278</sup>, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, apenas reforçaria a natureza constitucional das normas de direitos humanos, devendo preponderar a lógica da supremacia hierárquica dos valores nelas imanentes<sup>279</sup>, já que não se afiguraria minimamente lógico que uns tratados de direitos humanos fossem internalizados com status de lei ordinária, enquanto outros com envergadura constitucional em decorrência da aprovação sob a sistemática daquele dispositivo<sup>280</sup>.

De hierárquica constitucional, os tratados e convenções internacionais de direitos humanos quando se confrontam com a Constituição, sustenta Flávia Piovesan, há de ser adotado o critério da norma mais favorável à vítima ou ao indivíduo titular do direito, e não a regra clássica de cariz cronológico consubstanciado na máxima da “lei posterior revogadora da lei anterior com ela incompatível”<sup>281</sup>. Com isso, os direitos humanos “apenas vêm aprimorar e fortalecer, jamais restringir ou debilitar o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo constitucional”<sup>282</sup>.

Na dimensão internacional, Teubner denuncia que há sempre aquela tentação de elevar ao plano internacional o mesmo esquema de supremacia do direito constitucional estatal<sup>283</sup>. Em idêntica ótica, advertem Sam Muller e Sidney Richards

---

<sup>278</sup>O § 3º do art. 5º possui a seguinte dicção: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

<sup>279</sup>PIOVESAN, Flávia. A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, cit., p. 61. Flávia Piovesan complementa que “À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, e não o oposto” (Id. Ibid., p. 61).

<sup>280</sup>Id. Ibid., p. 62. Flávia Piovesan entende, inclusive, que os tratados e convenções internacionais de direitos humanos ratificados antes da redação do § 3º do art. 5º da CF possuem coloração constitucional com fulcro em quatro argumentos: “a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica; e d) a teoria geral da recepção do Direito brasileiro” (Id. Ibid., p. 62).

<sup>281</sup>Id. Ibid., p. 72.

<sup>282</sup>PIOVESAN, Flávia. O direito internacional dos direitos humanos e a redefinição da cidadania no Brasil. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 84.

<sup>283</sup>TEUBNER, Günther. *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*, cit., p. 13.

que o mesmo raciocínio utilizado na ordem jurídica estatal de enumeração das fontes jurídicas e de preocupação com limites territoriais tende a recair também sobre a busca por unidade na ordem jurídica internacional<sup>284</sup>. Muito possivelmente porque Sam Muller e Sidney Richards reforçam que, além da cultura de forte jurisdição constitucional incidente sobre a soberania do parlamento, a capacidade de a Constituição acomodar novas influências externas constitui-se em dimensão chave do processo de internacionalização das cortes supremas dos países<sup>285</sup>.

## **2.5. Constitucionalismo global**

### **2.5.1. Pluralismo no direito**

Sempre se cultuou a ideia através dos séculos de que o direito deveria estar em busca de sua unidade, fundada na premissa de que somente existiria ordem e organização jurídicas, se houvesse um único entendimento prevalecente. Os tribunais, mormente os de cúpula, teriam esse papel uniformizador e de conferir unidade à interpretação jurídica de cada Estado nacional.

Piiparinen compara os séculos XIX e XXI na produção do direito. Enquanto no século XIX, vivia-se o clima de expansionismo do direito nacional, com o avanço da autoridade dos Estados-nações em novos territórios geográficos e setores da sociedade, o século XXI vem se caracterizando pela emergência do pluralismo de ordens normativas, produzidas não apenas pelos Estados, mas sobretudo por outros órgãos não-estatais espalhados por todo o mundo (*Lex mercatoria*, normas de corporações transnacionais, normas religiosas, entre outras)<sup>286</sup>.

---

<sup>284</sup>MULLER, Sam; RICHARDS, Sidney. Introduction: globalisation and highest courts. In: MULLER, Sam; RICHARDS, Sidney (Eds.). *Highest courts and globalisation*. Hague: Hague Academic Press, 2010. p. 5.

<sup>285</sup>Id. Ibid., p. 14.

<sup>286</sup>PIIPARINEN, Touko. Exploring the methodology of normative pluralism in the global age, cit., p. 36.

Ora, se nem modernidade, como relembra Jirí Pribán, conseguiu impor maior nível de unidade cultural em meio à pluralidade de padrões culturais, práticas e valores que sempre fizeram parte da experiência social moderna<sup>287</sup>, não serão as ferramentas de interlocução da globalização e do mundo contemporâneo que o farão. Nesta esteira, defende o pluralismo constitucional como uma “pluralidade de unidades”, assim entendido como “processos de negociação abertos entre diferentes autoridades constitucionais, de aprendizagem mútua, de diálogo e de experimentação cruzada”<sup>288</sup>.

Por isso mesmo, realmente, não existe ordem jurídica unicamente calcada na unidade. Pode haver ordem jurídica formada de feixes normativos plúrimos e dispersos com normatividade de alta (*hard law*) ou de baixa (*soft law*) vinculatividade.

Para Heinz Von Foerster, a ordem não decorre da estrutura da coisa em si considerada, mas da forma como o observador a percebe. E exemplifica no caso de duas sequências numéricas (A: 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 e B: 5, 2, 9, 8, 4, 6, 7, 3, 1). A primeira vista somente a A obedeceria uma ordem, a B, não. Porém, a B também atenderia uma ordem, a alfabética (cinco, dois, nove, oito, quatro...), de sorte que tudo poderia ser concebido como ordem, bastando que fosse assim compreendido. Por isso, o que importa não é associar lei e ordem, mas que tipo de lei e qual ordem se deseja<sup>289</sup>. Neste sentido, a ordem e a desordem seriam invenções, e não propriamente uma descoberta, que dependeria da linguagem utilizada e de sua forma para abordar tais fenômenos<sup>290</sup>.

---

<sup>287</sup>PRIBÁN, Jirí. A questão da soberania no pluralismo jurídico global, cit., p. 95.

<sup>288</sup>Id. Ibid., p. 112.

<sup>289</sup>FOERSTER, Heinz von. *Sistemi che osservano*. A cura di Mauro Ceruti e Umberta Telfner. Roma: Casa Editrice Astrolabio, 1987. p. 120-121. Aqui é o Heinz. Para tanto, Von Foerster invoca uma comédia de Aristofane: “gli uomini più saggi di un certo paese si accingono a risolvere un problema che, in linea di principio, è insolubile. Essi infatti si propogono di stabilire, una volta per sempre, tutte Le proprietà caratteristiche di un oggetto o di un atto osceno. Ovviamente, l’oscenità non è una proprietà inerente alle cose, ma una relazione soggetto/oggetto, poisché se mostriamo al signor X um quadro, e questi lo definisce osceno, ciò ci dice molto sul signor X, ma pochissimo riguardo al quadro. Ecco dunque che quando i nostri legislatori immaginari alla fine arriveranno a compilare la loro lista, verremo a sapere molto su di loro, ma le loro leggi saranno assurde e pericolose” (Id. Ibid., p. 120).

<sup>290</sup>Id. Ibid., p. 193 e 199.



Por isso mesmo, é forçoso reconhecer que a nova ordem normativa do direito, no mundo global, mais internacionalizado do que antes, não é estruturalmente fundada na unidade, mas possui estrutura pluralista. Porém, comunicativamente, pode buscar, se assim for mais adequado ao direito, a unidade interpretativa e isso somente se realiza com o diálogo transjudicial. Neste contexto, pode-se inferir que a ordem global é estruturalmente pluralista e não deixará de sê-lo tão cedo, mas busca a unidade na aplicação do direito compreendido globalmente.

Além do mais, esclarece H. Patrick Glenn que unidade, em última análise, não se opõe à diversidade, mas se apresentam correlatas. Onde existe unidade também há diversidade. Mas isso não impede que se busque a unidade<sup>291</sup>. A aplicação do direito na União Europeia é um exemplo eloquente neste sentido. Persegue-se a unidade na diversidade. Existem 28 (vinte e oito) culturas jurídicas diversas ou que levemente se assemelham em algumas perspectivas. Mas, mesmo assim, o direito da união, especialmente aquele atinente aos direitos humanos, consegue dialogar com o direito nacional.

Günther Teubner adverte que, na sociedade global, não se deve almejar a unidade do direito, devido à crescente fragmentação que o impõe, apenas se tornando possível tentar harmonizar as inúmeras normas existentes<sup>292</sup>. Diferentemente do Estado-nação, timbrado pela tintas da hierarquia e do território, o mundo do direito global reclama a lógica da “interlegalidade operativa”, mediante o qual a vinculação jurídica desenrola-se pela transferência de normas, e a diferenciação setorial, e não mais aquele de perfil territorial<sup>293</sup>.

No entanto, a questão não deve ser compreendida sob essa ótica. A unidade no direito não é algo a ser desprezada, mesmo na sociedade global, sobretudo quando se trata de decisões judiciais a respeito de casos semelhantes. A uniformização de entendimentos jurisprudenciais, a propósito, é uma das tarefas institucionais a cargo

---

<sup>291</sup>GLENN, H. Patrick. Accommodating unity. In: MULLER, Sam; RICHARDS, Sidney (Eds.). *Highest courts and globalisation*. Hague: Hague Academic Press, 2010. p. 86-87.

<sup>292</sup>TEUBNER, Günther. *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*, cit., p. 117.

<sup>293</sup>Id. Ibid., p. 119-120.

dos tribunais de cúpula, que são aqueles que mais têm dialogado com outros estrangeiros ou internacionais.

Neste contexto, cresce a necessidade quase inevitável de conceber o direito não apenas como uma ordem normativa unitária e, portanto, de normas interligadas entre si pelo laço da hierarquia e por critérios de validade, mas também e sobretudo como rede comunicativa de interpretações de sentido jurídico cristalizada em decisões judiciais. De acordo com Alfonso Catania, o próprio conceito de decisão, para ser considerada como tal, deveria fazer referência a um sistema normativo racionalizando (domesticando) a vontade, mediante a comunicação<sup>294</sup>. Porém, Catania reconhece que não é possível comunicar uma decisão desprovida de estrutura normativa<sup>295</sup>.

A comunicação para o direito assume proeminência e destaque para a sua própria existência e compreensão. Sem a comunicação nem sequer se pode cogitar laborar as categorias do direito. Mas é claro que normatividade não se reduz a mera ordem jurídica estruturada nos moldes kelsenianos.

Para Hans Lindahl, o alicerce normativo da ordem jurídica é a reciprocidade entre as pessoas proporcionada pelos direitos humanos, que assumem o papel de servir de manifestação da humanidade comum a todos os povos<sup>296</sup>.

A respeito deste tópico em particular, é oportuno assentar que uma das premissas traçadas neste trabalho descansará na tese de que a unidade do direito não se encontra no ápice hierárquico do sistema jurídico nem mesmo na norma fundamental pressuposta, mas nas operações realizadas de produção e reprodução do sistema mediante a comunicação. Com isso, Luhmann vê a necessidade da clausura ou fechamento operativo do sistema do direito. Essa operação cria formas de sentido por

---

<sup>294</sup>CATANIA, Alfonso. *Metamorfosi del diritto: decisione e norma nell'età globale*, cit., p. 134.

<sup>295</sup>Id. *Ibid.*, p. 158.

<sup>296</sup>LINDAHL, Hans. *Fault lines of globalization: legal order and the politics of a-legality*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 239.

meio da comunicação jurídica<sup>297</sup>, já que são acontecimentos e, portanto, atualização de possibilidades de sentido<sup>298</sup>.

Essa ideia de sentido nada mais representa no pensamento luhmanniano, como esclarece António Manuel de Almeida Costa, do que “abreviaturas” ou “sínteses conceituais” obtidas a partir de processos seletivos, que condensam a interpretação do direito e “garantem, através de uma aplicação lógico-substantiva, a uniformidade ou consistência das decisões”<sup>299</sup>.

Essa visão sistêmica luhmanniana contribui para compreender como o diálogo transjudicial, tipicamente de caráter circular, pode enfrentar a fragmentação e a pluralidade tão presente atualmente no direito, especialmente no plano do constitucionalismo dos direitos humanos e direitos fundamentais em múltiplos níveis de proteção.

Da mesma forma que se incumbiu de estabelecer a ordem jurídica interna, o Estado, de igual modo, despontou-se como responsável por criar ordens jurídicas

---

<sup>297</sup>LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, cit., p. 34-35.

<sup>298</sup>Id. *Ibid.*, p. 50.

<sup>299</sup>COSTA, António Manuel de Almeida. *O funcionalismo sistémico de N. Luhmann e os seus reflexos no universo jurídico*, cit., p. 45 e 69. O vocábulo “sentido”, ao lado de interpretação, será utilizado neste trabalho como significado que se constrói no processo hermenêutico, sendo inspirado na teoria sistêmica de Niklas Luhmann, nos moldes em que se acham demarcados no seguinte conceito de sentido: “Basándose en la fenomenología de Edmund Husserl, Luhmann afirma que el sentido es la premisa para la elaboración de toda experiencia (véase **atribución**): se presenta como excedente de referencias de un dato experimentado a ulteriores posibilidades de experimentar. Es la forma que ordena el experimentar determinándole la referencia a ulteriores posibilidades: presentación simultánea de real (actual) y posible (potencial). Cada dato real se proyecta contra un horizonte de otras posibilidades, y cada actualización suya potencializa otras posibilidades. Posible y real, potencial y actual aparecen siempre y sólo juntos. El sentido se reproduce a través de un experimentar que continuamente lo actualiza refiriendo a otras posibilidades que son potenciales. Esta definición fenomenológica puede inscribirse en una teoría de los sistemas, en la cual el concepto de sentido se vuelve fundamental. El sentido se constituye sólo en sistemas sociales (véase **sistema social**) y sistemas síquicos (véase **sistema psíquico**). Esto significa que experimentar y actuar del sentido son determinados en operaciones (véase **operación/observación**) de un sistema social (comunicaciones) o de un sistema psíquico (pensamientos). En otros términos, el sentido da forma a la operación de los sistemas sociales y de los sistemas psíquico: comunicaciones y pensamientos se realizan con base en el sentido. Algo limitado es tema de la comunicación o centro de la intención psíquica, mientras que el resto es horizonte potencial para comunicar o pensar.” (CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena, BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Mexico: Universidad Iberoamericana A.C., 1996. p. 146).

regionais, transnacionais e internacionais<sup>300</sup>, mediante tratados e acordos nessas respectivas searas. Mas esse processo de criação não necessita que o direito tenha como uma de suas virtudes a unidade. Ao menos, não se afigura como condição do direito a sua unidade.

### 2.5.2. Fragmentação no direito

É inegável que o mundo e, particularmente o direito, sofreram mudanças e vem mudando significativamente. A internacionalização ou a globalização do fenômeno jurídico trilha um processo em curso onde não se conhece nem o ponto de partida nem o de chegada. Só o percurso. Antes, somente se almejou a unidade no direito. Hoje, a fragmentação parece se revelar algo tão natural ao direito, que mais se assemelha a um dogma enraizado há muito contra o qual se dispensaria aceso debate.

Parcela significativa da doutrina entende que a fragmentação do direito decorreria do fenômeno da proliferação de tribunais nos campos internacional, regional, supranacional e global<sup>301</sup>. Sabino Cassese, inspirado na metáfora “*A Babel of judicial voices*” de R. Higgins, o denomina de “*I Tribunali di Babele*”<sup>302</sup> e reforça o coro neste sentido, sinalizando a formação de um tecido ou ligamento de princípios comuns entre eles como solução imediata à indesejável fragmentação dos ordenamentos jurídicos<sup>303</sup>. Seria, na visão de Sabino Cassese, uma espécie de “*passerelle*” ou “*linkages*” entre ordens jurídicas criadas e aplicadas pelos juízes<sup>304</sup>, com o escopo de se construir um sistema<sup>305</sup>. Andrea Zoppini conclui, diante desse

---

<sup>300</sup>GLENN, H. Patrick. Accommodating unity, cit., p. 90.

<sup>301</sup>FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. La comisión de derecho internacional y la proliferación de tribunales. In: FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. (Coord.). *Tribunales internacionales y espacio iberoamericano*. Navarra: Thompson Reuters & Civitas, 2009. p. 33.

<sup>302</sup>CASSESE, Sabino. *I Tribunali di Babele: i giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, cit., p. 7.

<sup>303</sup>CASSESE, Sabino. *When legal orders collide: the role of courts*, cit., p. 20.

<sup>304</sup>CASSESE, Sabino. *I Tribunali di Babele: i giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, cit., p. 43.

<sup>305</sup>Id. Ibid., p. 93.

panorama, que “All’imperatività della regola di diritto si sostituisce l’arbitraggio normativo”.<sup>306</sup>

Nicola Picardi atribui a fragmentação do direito internacional à proliferação de jurisdições nacionais e internacionais cada vez mais setoriais e especializadas que se intercomunicam em forma de diálogo na busca de soluções comuns<sup>307</sup>. Em idêntica balada, Sara McLaughlin Mitchell e Emilia Justyna Powell chegam a contabilizar cerca de mais de 100 (cem) órgãos judiciais ou quase-judiciais no sistema internacional nos dias de hoje<sup>308</sup>, que surgiram mormente após o fim da Guerra Fria<sup>309</sup>.

Todavia, destaca Michel de S.-O.-l’E Lasser que existem diferenças entre o processo de internacionalização do Judiciário na Europa e nos Estados Unidos da América, por exemplo, para se estabelecer um parâmetro comparativo. Na Europa, a internacionalização perfectibilizou-se mediante intensa e complexa rede de relações horizontais e verticais entre os Estados-membros europeus, além da criação de inúmeras estruturas e instituições. Ao passo que, nos Estados Unidos, não houve essa edificação institucional como ocorrera na Europa, adstringindo-se apenas ao debate judicial ou acadêmico, o mais das vezes, político sobre temas de destaque social, como pena de morte e homossexualismo<sup>310</sup>.

Por outro lado, atribui Giuseppe De Vergottini a fragmentação do direito à crescente sobreposição de estruturas normativas disciplinando o mesmo objeto de proteção jurídica, em particular, quando se cuida de direitos humanos, dado o laço umbilical que têm com os direitos fundamentais previstos nas constituições nacionais. Diante do arsenal multidimensional de marcos de tutela, surge a necessidade de edificar

---

<sup>306</sup>ZOPPINI, Andrea. La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici. In: ZOPPINI, Andrea (a cura di). *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*. Roma: Editori Laterza, 2004. p. 10.

<sup>307</sup>PICARDI, Nicola. Le trasformazioni della giustizia nell’età della globalizzazione. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 67, n. 5, p. 1154-1156, sett./ott. 2012.

<sup>308</sup>MITCHELL, Sara McLaughlin; POWELL, Emilia Justyna. The creation and expansion of international courts. In: MITCHELL, Sara McLaughlin; POWELL, Emilia Justyna (Ed.). *Domestic law goes global: legal traditions and international courts*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 1.

<sup>309</sup>Id. Ibid., p. 3.

<sup>310</sup>LASSER, Mitchel de S.-O.-l’E. Is the separation of powers the basis for the legitimacy of an internationalised judiciary? In: MULLER, Sam; RICHARDS, Sidney (Eds.). *Highest courts and globalisation*. Hague: Hague Academic Press, 2010. p. 153-155.

mecanismos de conexão entre as diversas jurisdições<sup>311</sup>. Jan Klabbers também percebe uma certa dispersão da autoridade na crescente pluralização do direito, sobretudo em decorrência do incremento acentuado de entidades não-estatais na produção e na definição do direito e das relações jurídicas dele provenientes<sup>312</sup>. Em idêntica trilha, parece ser a leitura de Andreas Fischer-Lescano e Günther Teubner, ao afirmarem que, na fragmentação do direito global, o que se constata é genuíno conflito constitucional entre regimes jurídicos autônomos que se colidem institucionalmente<sup>313</sup>.

A sensação de fragmentação do direito, a bem da verdade, decorre da ideia que se tem da existência de direitos nacionais, regionais, supranacionais, internacionais e globais estanques, fechados, presos aos seus respectivos mundos e esferas de autoreflexividade. Porém, no instante em que se cogita o direito material incluindo todas as narratividades e interpretações existentes, o pensamento procura automaticamente organizá-los procurando unidade intelectual e argumentativa.

Anne Peters reconhece na fragmentação do direito uma grande oportunidade para reagir adequadamente à modernidade e à complexidade da vida, pois propicia uma competição entre regimes, organizações, cortes e outras instituições, estimulando experimentações, criatividade, correção de erros, redução dos riscos de falha de uma única instituição, o que pode culminar com a melhoria do processo decisório e da consequente aplicação do direito. Outro aspecto positivo da fragmentação, na ótica de Peters, é a proteção contra concentrações de poder, numa espécie de checks and balances<sup>314</sup>.

Observa Sabino Cassese que os tribunais e os órgãos jurisdicionais têm desempenhado papel essencial na minoração da fragmentação do direito através da

---

<sup>311</sup>DE VERGOTTINI, Giuseppe. El diálogo entre tribunales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coords.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 483.

<sup>312</sup>KLABBERS, Jan. Setting the scene. In: KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. *The constitutionalization of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 11-12.

<sup>313</sup>FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. *Regime-Kollisionen: Zur Fragmentierung des globalen Rechts*. Frankfurt am Main: hrkamp, 2006. p. 56.

<sup>314</sup>PETERS, Anne. The refinement of international law: from fragmentation to regime interaction and politicization. *International Journal of Constitutional Law*, New York, v. 15, n. 3, p. 680-681, July 2017.

cooperação<sup>315</sup> entre os diferentes sistemas, ultrapassando as fronteiras territoriais e estabelecendo intensa comunicação entre si a que chama de “diálogo judicial”, “conversação judicial”, “coordenação inter-judicial” ou “comunidade de juízes”<sup>316</sup>. Chega, inclusive, a dizer que o direito vem, ainda que muito lentamente, ocupando o lugar da política no cenário global<sup>317</sup>.

Note-se, por oportuno, que, por mais multidimensional e assimétrico que se apresente, o sistema, longe de inibir a comunicação, termina por incentivá-la, justamente em decorrência da diversidade. A diversidade estimula a comunicação interativa entre os elementos sistêmicos. A unidade, de outro vértice, arrefece a interatividade comunicacional.

Parece se constituir em premissa básica, a esta altura, atentar para o fato de que, se há alguma espécie de diálogo entre tribunais e cortes, muito possivelmente isso decorre de variadas e inúmeras narrativas, textos normativos, posicionamentos diferentes e mesmo racionalidades muitas vezes distintas e distantes uma da outra. Inescapável, pois, a razão argumentativo-dialógica na construção da decisão judicial.

Todavia, dizer que o direito se exaure na racionalidade argumentativo-dialógica, em que pese o realce conferido à comunicação jurídica, representa negar a irrefutável força de outras racionalidades tão presentes em determinados quadrantes e dimensões do direito e da vida humana (racionalidades normativa, axiológica, teleológica, estratégica, entre outras)<sup>318</sup>.

---

<sup>315</sup>Em outra obra, Sabino Cassese esclarece que essa primazia da cooperação de perfil não hierárquico seria quase voluntária (CASSESE, Sabino. *I Tribunali di Babele: i giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, cit., p. 7).

<sup>316</sup>CASSESE, Sabino. *When legal orders collide: the role of courts*, cit., p. 15-16.

<sup>317</sup>Id. Ibid, p. 17.

<sup>318</sup>Para maior aprofundamento, ver Castanheira Neves, *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*, cit., p. 35-39. Castanheira Neves ensina que “a mesma concepção do direito tem admitido atitudes intencionais diferentes e a mesma atitude intencional não exclui concepções diversas do direito. Isto, porque o pensamento jurídico sempre se tem mostrado sensível ao contexto cultural global em que participa – ponto já aludido – não só no que toca aos objetivos fundamentais da *praxis*, como ainda, e muitas vezes sobretudo, aos modelos de racionalidade dominantes ou culturalmente protagonistas. Não sendo raro historicamente, e não menos no nosso tempo, que a intenção de fazer assimilar pelo pensamento jurídico esses modelos acabem por determinar a própria concepção do direito” (Id. Ibid., p. 49).

Nesta linha de raciocínio, não se pode reduzir a compreensão do direito a apenas uma única racionalidade ou concepção. A sofisticação dos esquemas e estruturas que o direito ganhou e vem conquistando ao longo dos anos permitem seccioná-lo em dimensões ou perspectivas específicas. A horizontalidade ínsita ao fenômeno do diálogo ainda não encontrou oportuna maturação do âmbito interno das ordens jurídicas estatais. No entanto, alcançou significativo desenvolvimento na dimensão internacional do direito.

Maria Rosaria Ferrarese ressalta que, no cenário atual, as tipologias jurídicas supranacionais e transnacionais (ambas com nítida vocação global), exigem uma racionalidade “paramétrica” ou “estratégica”, pois os indivíduos em sociedade enfrentam situações cujas soluções dependem do outro. O sujeito, na racionalidade estratégica, para tomar uma decisão, encontra-se em uma situação de interdependência com outros sujeitos, devendo interagir entre si para convencê-los a adotar determinado comportamento<sup>319</sup>.

Essa interdependência entre ordens jurídicas no mundo global leva a uma perspectiva mais horizontalizada e, portanto, heterárquica, das relações jurídicas em geral e, por conseguinte, do direito.

### **2.5.3. Heterarquia no direito**

Essa comunicação que ultrapassa fronteiras e limites territoriais não pode estar assentado na estruturação hierárquica de órgãos judiciais, na medida em que não se pode imaginar hierarquia entre um tribunal supremo ou constitucional e uma corte regional de proteção de direitos humanos. Ambos os órgãos alicerçam-se em documentos normativos distintos e estabelecem normas em planos jurídicos diferenciados. Daí se exigir uma perspectiva heterárquica do direito.

---

<sup>319</sup>FERRARESE, Maria Rosaria. *Diritto sconfinato*, cit., p. 22-23.



Em princípio, Jan Klabbers e Touko Piiparinem até preconiza que a ideia do *ius cogens* pressupõe a estrutura jurídica conformada hierarquicamente, impondo à força sob as vestes da “constitucionalização” do direito internacional um esquema vertical ao sistema jurídico<sup>320</sup>. Contudo, Robert Kolb discorda e sustenta que nem mesmo o *ius cogens*, reconhecidamente direito internacional imperativo, alicerça-se no princípio da hierarquia normativa. O caráter imperativo que ostenta deriva de sua finalidade de manter a unidade e a integridade do regime normativo e, por via de consequência, impedir a sua fragmentação<sup>321</sup>.

Há muito Tércio Sampaio Ferraz Júnior apontava, ancorado na concepção de sistema jurídico de Emil Lask, a ruptura da hierarquia como padrão único da estrutura sistêmica<sup>322</sup>, pois não há uma única positividade no direito, mas positivities diversas, graduadas e assimétricas<sup>323</sup>. O sistema jurídico em Emil Lask, como revela Tércio Sampaio, possui arquitetura plural e complexa, capaz de permitir, ao mesmo tempo, hierarquias, valores comuns e formas de cooperação<sup>324</sup>.

Como se observa, o pensamento de Emil Lask, muito possivelmente, situava-se numa fase de transição entre um direito edificado a partir de uma ótica hierárquica e um direito horizontalizado comunicativamente. Muito mais um sistema de comunicações jurídicas do que um sistema de normas.

Tércio Sampaio reconhece no pensamento de Emil Lask a existência de pressupostos que torne factível a compreensão sistemática global do direito<sup>325</sup>. Mas a ideia por ele defendida sinaliza, na verdade, para a pluralidade de sistemas. Se a compreender como um único sistema global, sê-lo-á, seguramente, multidimensional e

---

<sup>320</sup>KLABBERS, Jan; PIIPARINEM, Touko. Normative pluralism: an exploration. In: KLABBERS, Jan; PIIPARINEM, Touko (Eds.). *Normative pluralism and international law: exploring global governance*. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 16.

<sup>321</sup>KOLB, Robert. La détermination du concept de *ius cogens*. *Revue Générale de Droit International Public*, Paris, v. 118, n. 1, p. 26, 2014.

<sup>322</sup>FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 138.

<sup>323</sup>Id. *Ibid*, p. 140.

<sup>324</sup>Id. *Ibid*, p. 141.

<sup>325</sup>Id. *Ibid*, p. 161.

assimétrico, coexistindo sem conexões, sem que um prepondere sobre o outro, seja anulando, seja superando, seja subordinando<sup>326</sup>.

Mas, como se deparar com um direito à míngua de estrutura hierárquica? Como imaginar um direito sem uma ordem jurídica hierarquizada? Seria possível vincular normas estruturadas horizontalmente? Ao longo deste trabalho, chegar-se-á a conclusão que sim. E isso em virtude da obrigatoriedade do processo dialógico resultante da diversidade de entendimentos e posições entre os tribunais que se comunicam. A ordem vem normalmente intrinsecamente ligada à ideia de hierarquia. Entrementes, a ordem pode ser concebida pelo modelo heterárquico e, nem por isso, perde o seu caráter ordenador. Ordem jurídica, dessa forma, não é aquela apenas estruturada com base em um escalonamento de normas em que uma prevalece sobre a outra. Antes, pode ser formada por um sistema de interações recíprocas por meio de decisões e observações.

Teubner reforça essa ideia partindo da premissa de observação mútua dos pontos de interligação da rede<sup>327</sup>. Essa observação recíproca, embora não elimine a autonomia de cada regime (ordem jurídica própria), assume referências (premissas, *ratio decidendi*, *obiter dictum*, posições, além de outros elementos decisórios) e concepções filosóficas comuns<sup>328</sup>. E a insegurança jurídica que poderia ser gerada pela ausência de um órgão jurisdicional hierarquicamente superior é compensada pelas conexões reiteradas de decisões judiciais que interagem entre si<sup>329</sup>. Daí porque sugere, como modelo de resolução de conflitos, a relação hierárquica entre normas, especialmente para propiciar cooperação e integração entre os regimes diversos de direito<sup>330</sup>.

---

<sup>326</sup>FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito*, cit., p. 163-164.

<sup>327</sup>TEUBNER, Günther. *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*, cit., p. 125. E, ainda, vaticina Teubner que “La decisión final vinculante tiene que ser remplazada por una secuencia de decisiones en el seno de una variedad de posiciones observadoras dentro de la red. Se trata de un proceso en el que los nodos de red reconstruyen, influyen, limitan, controlan y se provocan mutuamente, sin por ello conducir a una decisión colectiva final respecto de las normas sustantivas” (Id. Ibid, p. 125).

<sup>328</sup>Id. Ibid, p. 131.

<sup>329</sup>Id. Ibid., p. 133.

<sup>330</sup>TEUBNER, Günther. *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*, cit., p. 153.

Não é o direito em si, em essência, que se revela hierárquico, mas a demarcação de competência reservada a cada órgão encarregado de aplicá-lo. Como se sabe, os tribunais constitucionais ou supremos possuem a tarefa de tutelar a “última” interpretação dos direitos fundamentais insertos, explícita ou implicitamente, em seus respectivos textos constitucionais, e as cortes internacionais e supranacionais de direitos humanos, de dar a “última” palavra em relação às convenções e tratados internacionais nessa matéria.

A hierarquia das normas não passa de um mito. Muitos afirmam que não se pode interpretar a constituição à luz da legislação infraconstitucional. A interpretação da constituição prevalece sobre as demais. Aí surge uma pergunta: como se saber se a interpretação dada à Constituição não corresponde exatamente ao que diz a legislação infraconstitucional partindo uma perspectiva igualmente infraconstitucional? Como assegurar que se está a fazer uma interpretação supra, e não infra? Parece que a interpretação é uma só. Não dá para se fazer uma interpretação dissociada entre supra e infra. O que importa, a bem da verdade, é a capacidade argumentativa e reflexiva (além de autoreflexiva) da comunicação jurídica escolhida pelo órgão julgador.

Maurizio Pedrazza Gorlero chega a indagar se há uma ordem entre as fontes do direito capaz de precisar quando uma deveria preponderar sobre a outra<sup>331</sup>. Na ótica de uma qualidade condicionante, o conteúdo axiológico – e não o escalonamento formal (hierarquia formal) – definiria a prevalência de uma fonte sobre outra<sup>332</sup>.

---

<sup>331</sup>GORLERO, Maurizio Pedrazza. L'ordine delle fonti del diritto fra crisi del 'sistema' e rischio casistico. *Diritto e Società*, Padova, n. 2-3, p. 305, 2011.

<sup>332</sup>Id. Ibid, p. 312. “A tale impostazione si può obiettare che l'individuazione dell'assiologia prevalente non può disgiungersi dal rinvenimento della forma che la raccoglie e la fa valere, la quale si costituisce perciò come la ‘maschera’ della sua preminenza assiologica. La forma è necessaria per manifestare e rendere conoscibile il carattere condizionante dell'assiologia; la sua assenza lascerebbe l'ermaneutica priva del proprio oggetto, ossia della stessa capacità di individuare il valore preminente. La forma condizionante si concreta quindi nella prescrizione autoritativa della norma e della fonte, nonché – nella relazione fra fonti – nella qualità che fa prevalere le une sulle altre. Essa è rappresentabile come un *gradino*, sul quale si attesta il dislivello fra ciò che condiziona e ciò che è condizionato. Non sempre il gradino appartiene a una scala regolare e rettilinea; spesso segna interruzioni e deviazioni inattese, ascendenti o discendenti. È, però, sempre presente nel ‘labirinto delle fonti’, come il filo che riconosce e orienta il cammino” (Id. Ibid, p. 312-313).

Para tentar resolver tal problemática, Maurizio Pedrazza Gorlero sugere a adoção de uma categoria externa à esfera jurídica a que chama de “*frattale*”<sup>333</sup>. Assim, a hierarquia não seria vertical, mas uma “*gerarchia del frattale*”<sup>334</sup>.

Para Sabino Cassese, no espaço jurídico global, existe uma ordem em degraus, não estruturada hierarquicamente, mas constituída de critérios uniformes e rígidos de definição em diversos níveis<sup>335</sup>. As ordens jurídicas nacionais sempre foram representadas como pirâmides, mas agora, no universo global, o direito forma-se em redes (*non hierarchical deliberative networks*) de conexão entre diversos órgãos jurisdicionais<sup>336</sup>. Essas redes, nas palavras de Teubner, fortalecem a criação de um sistema jurídico global<sup>337</sup>.

Juan Carlos Bayón Mohino observa que, se os regimes jurídicos de cada Estado compartilham pressupostos culturais e valorativos básicos, as soluções aos problemas podem se afigurar idênticas, por mais que os marcos teóricos e conceitos se revelem distintos, sugerindo a adoção, nestes casos, de “*equivalentes funcionais*”<sup>338</sup>. E essa transferência de normas, nas palavras de Teubner, nada mais seria do que estabelecer uma relação heterárquica do direito, que proporcione a articulação entre os fragmentos do direito<sup>339</sup>. Para Rafael Bustos Gisbert, inexistente última instância de resolução das

---

<sup>333</sup>“Il concetto di frattale, com'è noto, viene impiegato per designare fenomeni geometrici e naturali frammentati, fratti, irriducibili alle dimensioni della fisica euclidea. Dotati di caratteristiche quali l'autosomiglianza e la dimensione frazionaria, i frattali vengono utilizzati per lo Studio dei fenomeni naturali che si presentano come irregolari e frammentati, ma che seguono una loro regolarità misurabile e descrivibile” GORLERO, Maurizio Pedrazza. L'ordine delle fonti del diritto fra crisi del 'sistema' e rischio casistico, cit., p. 313).

<sup>334</sup>Id. Ibid, p. 314. A hierarquia tipo “frattale” consistiria em “una fonte interna all'ordinamento, condizionata nella sua validità ed efficacia da una fonte gerarchicamente sovraordinata (*frattale ordinario*), viene abilitata dalla norma sulla produzione a derogare al legame gerarchico, generando così una *inversione del frattale*” (Id. Ibid, p. 323).

<sup>335</sup>CASSESE, Sabino. La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, n. 3, p. 618, 2007.

<sup>336</sup>Id. Ibid., p. 625.

<sup>337</sup>TEUBNER, Günther. *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*, cit., p. 129.

<sup>338</sup>BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. Internacionalización del derecho y metodología jurídica. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Coord.). *Internacionalização do direito no novo século*. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. p. 29, (Studia ivridica 94).

<sup>339</sup>TEUBNER, Günther. *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*, cit., p. 124. Teubner chega a estipular três premissas para lidar com a fragmentação do direito, assim estruturadas: “1. Una

controvérsias jurídicas, mas antes várias instâncias em posição de igual hierarquia, sem que uma se sobreponha a outra<sup>340</sup>. Até mesmo porque, como vaticina Claudia Cinelli, não há regra internacional que preveja a anulação direta de norma interna contrária à prescrição internacional<sup>341</sup>.

Jan Klabbers sugere que, no constitucionalismo multinível, os casos de colisão sejam resolvidos mediante o diálogo entre autoridades constitucionais que se encontrem no plano heterárquico<sup>342</sup>. E uma das exigências da ordem constitucional global é a preservação da ideia do pluralismo sob uma série de sentidos: a) pluralismo nos diversos interesses, visões de mundo e perspectivas das pessoas; b) pluralismo na diversidade da participação na esfera global de indivíduos e órgãos em geral; c) pluralismo na possibilidade de atuação do indivíduo nos vários níveis de tutela internacional; e d) pluralismo normativo<sup>343</sup>.

Define Jean L. Cohen o pluralismo constitucional como a existência de múltiplas ordens constitucionais autônomas que se relacionam, heterárquica e horizontalmente, através do diálogo e da harmonização mútua, formando uma espécie de “ordem das ordens”, dentro do qual normas são criadas e os poderes coexistem entre si<sup>344</sup>.

---

compatibilidad normativa simple en lugar de la unidad jerárquica del derecho. 2. La creación de normas jurídicas a través de la irritación, la observación y la reflexión mutua entre sistemas jurídicos autónomos. 3. Los modos descentralizados de adaptarse a los conflictos entre derechos como método jurídico” (Id. Ibid., p. 125).

<sup>340</sup>BUSTOS GISBERT, Rafael. XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coords.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 177.

<sup>341</sup>CINELLI, Claudia. Corte Europea dei Diritti dell’uomo, Corte Costituzionale Italiana e margine di apprezzamento. *Rivista di Diritto Internazionale*, Milano, v. 97, n. 3, p. 801, set. 2014.

<sup>342</sup>KABBERS, Jan. Setting the scene, cit., p. 29.

<sup>343</sup>Id. Ibid., p. 43-44.

<sup>344</sup>COHEN, Jean L. *Globalization and sovereignty: rethinking legality, legitimacy e constitutionalism*. New York: Cambridge University Press, 2012. p. 70-71.

Nicolò Lipari caracteriza o constitucionalismo multinível<sup>345</sup> europeu de interativo e cooperativo, porém destituído de base hierárquica<sup>346</sup>. Luhmann vai mais além para dizer que, na sociedade moderna, a hierarquia como forma do direito não é necessária<sup>347</sup>. Aliás, segundo sustenta, o enfraquecimento da hierarquia seria até melhor ao interior do sistema, pois favoreceria irritações mais variadas<sup>348</sup>. Acrescenta Luhmann que as relações e comunicações horizontais, nas organizações, absorvem melhor a incerteza do que aquelas verticais<sup>349</sup>. Pode-se se dizer, então, que, em um cenário cada vez mais globalizado de todos subsistemas sociais, a hierarquia acabou como paradigma do direito.

Nas organizações, o princípio da hierarquia, lembra Luhmann, nasceu da coordenação horizontal que se ampliara de tal maneira que somente a coordenação pelo vértice da pirâmide organizacional em cadeias de comando viabilizavam o funcionamento de todo o sistema<sup>350</sup>. Em outras palavras, foi o elemento horizontal que deu origem à estrutura vertical e hierarquizada das organizações. Em síntese, a comunicação horizontal está na base da vertical.

A decisão judicial, neste sentido, legitima-se muito mais pelo vigor e a correção dos argumentos nela utilizados para resolver dado problema fático-jurídico do que pela

---

<sup>345</sup>A concepção do “constitucionalismo multinível” (*multilevel constitutionalism*) teve como um de seus precursores Ingolf Pernice, que sustentou a existência de um constitucionalismo formado pela união de várias constituições em vários níveis de normatividade (nacional, internacional, supranacional e regional) (LIPARI, Nicolò. The global dimension of multilevel constitutionalism. a legal response to the challenges of globalisation. In: DUPUY, Pierre M.; FASSBENDER, Bardo; SHAW, Malcolm N. (Hrsg.). *Völkerrecht als Wertordnung /Common values in international law: Festschrift für Christian Tomuschat /Essays in honour of Christian Tomuschat*. Estrasburgo: Festschrift für Christina Tomuschar, 2006. p. 973 e ss.). Pernice define o constitucionalismo multinível como a teoria normativa para contextualizar, numa perspectiva do indivíduo, as relações e interações mantidas entre órgãos constitucionais situados em vários níveis diversos (local, regional, nacional, supranacional e internacional) (PERNICE, I. European constitutionalism and the national Constitutions of the member states: implications for Brexit. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 93, n. 1, p. 226, 2017).

<sup>346</sup>LIPARI, Nicolò. “Concorrenza” fra ordinamenti e sistema delle fonti. In: ZOPPINI, Andrea (a cura di). *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*. Roma: Editori Laterza, 2004. p. 90.

<sup>347</sup>LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*, cit., p. 378.

<sup>348</sup>LUHMANN, Niklas. *Organisation und Entscheidung*, cit. p. 207-208.

<sup>349</sup>Id. *Ibid.*, p. 211.

<sup>350</sup>Id. *Ibid.*, p. 312-313.

estrutura hierarquizada que o direito precisou construir. Ainda mais quando se está diante do fenômeno do diálogo transjudicial. Sabino Cassese já acentuava que os juízes e tribunais mostram-se capazes de se adaptar uns aos outros reciprocamente, sem que se estabeleça uma hierarquia entre si<sup>351</sup>. Afinal, os tribunais internacionais, como bem pontifica Geir Ulfstein, não se estrutura em uma ordem hierárquica<sup>352</sup>, mas podem se relacionar entre si heterarquicamente.

Assim, emerge, como novo paradigma do direito e do constitucionalismo internacional ou global, a heterarquia que permite o estabelecimento de ligações ou conexões de sua juridicidade por meio de sinais ou comunicações horizontais, incluindo nessa rede não apenas normas, princípios, valores, mas também decisões, sentidos e elementos interpretativos.

#### **2.5.4. Constitucionalismo internacional**

Com a queda do muro de Berlim em 08 de novembro de 1989 e o consequente rearranjo da política internacional, descortinou-se um novo mundo que silenciosamente se avizinhava, mas que só se tornou evidente com os acontecimentos históricos que se sucederam ao longo da década de 90 do século passado e no limiar do século XXI<sup>353</sup>.

No atual mundo cada vez mais globalizado, não faltam obstáculos à aplicação pura e simples das Constituições nacionais pelos Estados para resolverem quaisquer

---

<sup>351</sup>CASSESE, Sabino. *When legal orders collide: the role of courts*, cit., p. 115.

<sup>352</sup>ULFSTEIN, Geir. *The international Judiciary*, cit., p. 135.

<sup>353</sup>Gustavo Zagrebelsky elenca uma série de fenômenos políticos, sociais, econômicos e jurídicos que vem esvaziando o papel da Constituição nacional na realidade doméstica dos Estados: “Desde finales del siglo pasado actúan vigorosamente fuerzas corrosivas, tanto interna como externamente: el pluralismo político y social interno, que se opone a la idea misma de soberanía y de sujeción; la formación de centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado, que operan en el campo político, económico, cultural y religioso, con frecuencia en dimensiones totalmente independientes del territorio estatal; la progresiva institucionalización, promovida a veces por los propios Estados, de ‘contextos’ que integran sus poderes en dimensiones supraestatales, sustrayéndolos así a la disponibilidad de los Estados particulares; e incluso la atribución de derechos a los individuos, que pueden hacerlos valer ante jurisdicciones internacionales frente a los Estados a los que pertenecen” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*, cit., p. 11-12).

problemas domésticos. Em vários segmentos da vida em sociedade, as fronteiras territoriais deixaram de existir, tais como a ciência, a tecnologia, a política, a comunicação social, a economia, entre outros. As Constituições internas e, conseqüentemente, o direito produzido pelo Estado-nação perderam fôlego na regulação das condutas humanas.

Sensível a esta mudança na sociedade, Gustavo Zagrebelsky observa a existência de um novo direito constitucional a que chama de “direito constitucional internacional”, agora mais alargado e aberto, e não mais fechado a um ordenamento constitucional em si mesmo considerado e de inconfundível traço legislativo-positivista. A interdependência entre ordens jurídicas dos Estados tem levado a que respingos políticos, culturais, econômicos, tecnológicos e ambientais de qualquer parte do mundo atinjam bens constitucionais locais protegidos pelas Constituições nacionais<sup>354</sup>.

Zagrebelsky alerta para a ocorrência de uma “globalização constitucional”, que seria definida, em suas linhas, como a “condizione per la quale eventi lontani, attraverso catene causali del più vario genere, producono conseguenze sulla protezione locale dei beni costituzionali”<sup>355</sup>. Para Nico Krisch, estar-se-ia no mundo global vivendo um direito pós-nacional<sup>356</sup>. Sabino Cassese, por sua vez, fala em “globalização jurídica”, que nada mais seria do que o desenvolvimento de ordens jurídicas globais, com próprios órgãos, normas, organizações, regras e tribunais<sup>357</sup>.

Cada vez mais se transpira a internacionalização do direito constitucional e a constitucionalização do direito internacional. Wen-Chen Chang e Jiunn-Rong Yeh compreendem a constitucionalização do direito internacional e a internacionalização do

---

<sup>354</sup>ZAGREBELSKY, Gustavo. *La legge e la sua giustizia*. Bologna: Il Mulino, 2008. p. 390-391.

<sup>355</sup>Id. *Ibid.*, p. 392.

<sup>356</sup>Para aprofundar no estudo desta teoria ver KRISCH, Nico. *Beyond constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2012. Antony Burke aponta como a principal característica da pós-modernidade nas relações internacionais a sua sistemática desintegração do real e do dado, com o objetivo de promover uma crítica social em nome de alguma boa ética. Isso faz por meio de sistemas conectados de conhecimento, de teoria e de representatividade com operações de poder social e político (Posmodernism. In: *The Oxford Handbook of International Relations*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 359).

<sup>357</sup>CASSESE, Sabino. A proposito di The Law of Global Governance di Eyal Benvenisti. *Diritto globale o “polity” globale? Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, n. 4, p. 911, 2014.



direito constitucional como dimensões inseparáveis e entrelaçadas. Enquanto ao mesmo tempo se observa a abertura dos Estados e de seu direito interno a estruturas normativas internacionais, o direito doméstico e, notadamente as Constituições nacionais, estendem a sua influência, ainda que a inspirar ou a persuadir, a níveis transnacionais ou internacionais. O fenômeno da internacionalização do direito constitucional, por seu turno, pressupõe, na linha de Wen-Chen Chang e Jiunn-Rong Yeh, a incorporação de tratados internacionais de direitos humanos dentro das Constituições, e a convergência e a comparação entre Constituições nacionais<sup>358</sup>.

É de bom alvitre lembrar, como o fez Castanheira Neves, que não se pode igualar universalização com internacionalização. Universalização estaria mais ligada ao pensamento e a intenção de propagar a concepção universal, enquanto que a internacionalização corporifica-se através da ação e da prática concreta em relação a dado objeto<sup>359</sup>.

A tentativa de invasão do direito internacional no direito constitucional e no direito interno dos Estados não é nova. Sempre acompanhou a história do direito internacional. Mas por que hoje essa invasão parece bem mais ameaçadora do que no passado? Por que o direito constitucional não consegue se proteger das influências do direito internacional? Será que em razão da globalização da economia?

Assinala Koen de Feyter que a globalização econômica impacta o alcance dos direitos humanos, na medida em que, como se constituem também em um projeto global, podem ser usados para moldá-la. Os direitos humanos são apresentados como uma estrutura normativa que deveria guiar os resultados da globalização<sup>360</sup>.

---

<sup>358</sup>CHANG, Wen-Chen; YEH, Jiunn-Rong. Internationalization of constitution law. In: ROSENFELD, Michael; SAJÓ, András (Eds.). *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 1.166.

<sup>359</sup>NEVES, Castanheira António. O problema da universalidade do direito – ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas. In: NEVES, Castanheira A. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. v. 3, p. 106.

<sup>360</sup>FEYTER, Koen de. Introduction. In: BENEDEK, Wolfgang; FEYTER, Koen de; MANELLA, Fabrizio (Eds.). *Economic globalization and human rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 5-6.

É bastante difundida a ideia que os Tribunais supremos ou constitucionais existentes internamente nos Estados têm o papel exclusivo ou, ao menos, predominante de guarda da Constituição nacional. As cortes regionais, supranacionais e internacionais de proteção de direitos humanos, por sua vez, restritas à tutela dos direitos encartados em seus respectivos diplomas normativos (tratados, pactos ou convenções). A interpretação e aplicação seria, pois, compartimentada em cada arena demarcada pelos lindes da competência de cada um desses órgãos jurisdicionais.

No entanto, essa concepção, pela teoria do diálogo transjudicial, por demais estreita, nada mais revela do que o enorme receio dos tribunais e órgãos judiciais perderem poder ou capacidade de influência na resolução de conflitos.

O neoconstitucionalismo, fundado essencialmente na ideia de Constituição nacional com norte dos indivíduos, vem cedendo paulatinamente a um constitucionalismo mais internacionalizado ou globalizado e em busca de uma estrutura dialógica que permite melhor articulação entre as narrativas normativas localizadas em múltiplos níveis.

Dieter Grimm menciona a emergência de uma espécie de Constituição a que designa de Constituição internacional para se antagonizar à Constituição nacional e que estaria cristalizada nos tratados e cartas de organismos internacionais, com as Nações Unidas, a União Europeia e os órgãos de proteção de direitos humanos<sup>361</sup>.

Há quem suspeite, como, por exemplo, Günther Teubner, que o modelo do constitucionalismo nacional não consegue atender as necessidades de um espaço crescentemente transnacional<sup>362</sup>. Dieter Grimm, por sua vez, fala do surgimento de novo termo para explicar o fenômeno ocorrido de tentativa de elevação do constitucionalismo ao nível internacional: a constitucionalização<sup>363</sup>. Profetizam Basil

---

<sup>361</sup>GRIMM, Dieter. Types of Constitutions. In: ROSENFELD, Michael; SAJÓ, András (Eds.). *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 131.

<sup>362</sup>TEUBNER, Günther. *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*, cit., p. 2.

<sup>363</sup>GRIMM, Dieter. The achievement of constitutionalism and its prospects in a changed world, cit., p. 4. Em sentido diverso, sem qualquer perspectiva internacional, Riccardo Guastini entende o fenômeno da “constitucionalização” como o processo de transformação da ordem jurídica em prol de uma atmosfera totalmente impregnada de normas constitucionais. (GUASTINI, Riccardo. La “Constitucionalización” del

Markesinis e Jörg Fedtke que, no contexto atual da sociedade, uma interpretação puramente nacional do direito não se sustenta por muito tempo<sup>364</sup>.

Gilles Lhuilier chama esse direito e as situações jurídicas por ele reguladas que ultrapassam as fronteiras do Estado de “*Direito Transnacional*”<sup>365</sup>, assim concebido como todas as regras que se aplicam às pessoas, aos bens, aos fatos e aos atos jurídicos que extrapolam o território nacional<sup>366</sup>. O direito transnacional, segundo vislumbra, representaria um “*hybrid legal spaces*”, desde normas estabelecidas pelo Estado como também o direito criado por outros atores para regular as suas relações<sup>367</sup>. O termo “transnacional”, assinala Peer Zumbansen, expressa, em verdade, um compromisso conceitual, não se referindo a espaços territoriais, impondo analisar, em seu lugar, a atividade desempenhada, a regulação e a governança<sup>368</sup>. Esse constitucionalismo transnacional nasceria, na linha de Jónatas E. M. Machado, da “convergência global das constituições nacionais, tendo sido gradualmente apropriados pelo diálogo transjudicial à escala planetária”<sup>369</sup>.

Hoje a Constituição, suas regras, princípios e valores, não esgotam a normatividade jurídica aplicável aos casos concretos. O direito caminha a passos largos em direção à internacionalização ou à globalização da regulação de comportamentos e condutas. No passado, dizia-se que o ápice do ordenamento jurídico correspondia à constituição. A Constituição tudo influenciava, moldava, corporificava as normas legais infraconstitucionais e o direito em geral. Atribuía-se à Constituição o conteúdo

---

ordenamiento jurídico: el caso italiano, cit., p. 49). Impende ressaltar, a esta altura, que o sentido a ser emprestado neste trabalho à palavra “constitucionalização” será numa dimensão internacional e do constitucionalismo internacional.

<sup>364</sup>MARKESINIS, Basil; FEDTKE, Jörg. *Giudici e diritto straniero: la pratica del diritto comparato*, cit., p. 28.

<sup>365</sup>“*Droit Transnational*” ou ainda “*Transnational law*” (LHUILIER, Gilles. *Le droit transnational*, cit., p. 6).

<sup>366</sup>Id. Ibid., p. 33.

<sup>367</sup>Id. Ibid., p. 34.

<sup>368</sup>ZUMBANSEN, Peer. Carving out typologies and accounting for differences across systems: toward a methodology of transnational Constitutionalism. In: ROSENFELD, Michael; SAJÓ, András (Eds.). *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 77. Em última análise, o que se observa no pensamento de Zumbansen é que o constitucionalismo transnacional, segundo a sua visão, nada mais representa do que o modelo de constitucionalismo fundado no diálogo entre tribunais (Id. Ibid., p. 81).

<sup>369</sup>MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. p. 56.

material, ético, valorativo da estrutura da normatividade do direito. Agora, esse cenário alterou-se significativamente. Novas fontes do direito surgem para robustecer os paradigmas já consolidados ou mesmo modificá-los. Valores, princípios e normas de direito internacional passam a fazer parte integrante do direito interno ou nacional.

O constitucionalismo internacional ou global respira em uma atmosfera de pluralidade das fontes do direito (Tratados e convenções internacionais de direitos humanos, jurisprudências de Tribunais regionais, supranacionais e internacionais, *ius cogens*<sup>370</sup>, *soft law*, valores e culturas das várias sociedades). As normas de direito internacional assumem caráter normativo e força vinculante que antes pertenciam somente às Constituições e às leis internas dos Estados. Internacionaliza-se o direito constitucional e todas as relações jurídicas e ramos do direito, ao mesmo tempo em que se propaga, com maior força expansiva jamais vista, a constitucionalização do direito internacional. Observa-se inegável declínio do Estado como grande produtor do direito (fim do estatocentrismo), mormente pelo alcance das normas e das decisões internacionais no plano do direito interno, através da consolidação de sistemas regionais, supranacionais e internacionais, em especial de proteção dos direitos humanos. Sem falar na crescente abertura do direito a outros saberes do conhecimento humano e a outras visões de mundo (permeabilidade inter e transdisciplinar).

---

<sup>370</sup>Os primeiros contornos de *ius cogens*, como norma imperativa do direito internacional, foram desenhados no art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, cuja dicção assim dispõe: “É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.” Define Jónatas Machado *ius cogens* como: “obrigações *erga omnes*, embora nem todas as obrigações *erga omnes* possam ser consideradas *ius cogens*. Em ambos os casos está-se perante normas inderrogáveis, que exprimem a existência de obrigações perante a comunidade internacional globalmente considerada, embora só o *ius cogens* seja considerado direito imperativo de maior dignidade hierárquico-normativa.” (MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Direito internacional: do paradigma clássico ao Pós-11 de setembro*, cit., p. 134). Para Ana Maria Guerra Martins proclama que: “A noção de *jus cogens* é das mais controversas do Direito Internacional. Actualmente, aparece referida na CVDT de 1969, nos seus artigos 53.º e 64.º, e daí se pode inferir que o *jus cogens* implica uma hierarquia de normas no DI entre as que são imperativas e, como tal, somente derogáveis por outras de igual valor e as que são modificáveis por uma convenção internacional. O conceito de *jus cogens* limita, indubitavelmente, a soberania dos Estados” (MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direito internacional dos direitos humanos*, cit., p. 92).

De fato, a metodologia de análise desse novo constitucionalismo compreende um discurso que rompe com o neoconstitucionalismo, dado o caráter intercultural, inter e transdisciplinar, comparativo, aberto e, sobretudo, dialógico.

Cristina Queiroz, por seu turno, conceitua o constitucionalismo internacional como uma área do direito constitucional dedicada “à análise e sistematização dos problemas do Direito Constitucional ‘no’ e ‘para além’ do Estado, incluindo a relação tripartida, multidimensional, interdisciplinar e comparada entre o Direito Constitucional, o Direito Internacional e o Direito Europeu”<sup>371</sup>.

As constituições nacionais, de certa forma, participam da ideia de constitucionalidade global ou de um constitucionalismo internacional, talvez até sob a feição da interconstitucionalidade na expressão de J. J. Gomes Canotilho<sup>372</sup>, que

---

<sup>371</sup>QUEIROZ, Cristina. *Direito constitucional internacional*, cit., p. 30. Cristina Queiroz ainda contextualiza que: “A expressão ‘Direito Constitucional Internacional’ é mais antiga do que poderíamos à primeira vista supor. A bem dizer, a locução surge no período inter-guerras. E é, essencialmente, fruto do movimento internacionalista e pacifista que acompanhou o fim do Primeiro Conflito Mundial. O primeiro estudo sistemático que ostenta essa designação é o de Boris MIRKINE-GUETZÉVITCH, um jurista de origem ucraniana radicado em França, mais conhecido entre nós pelos seus estudos de Direito Constitucional Comparado, e, em particular, a ideia de ‘racionalização do poder’ como técnica (: instrumento) de liberdade, o que não deixa de ser sintomático e de estar em consonância quanto ao percurso académico por si escolhido. Mas quando nos referimos ao conceito de ‘Direito Constitucional Internacional’ temos em consideração uma realidade e um panorama muito mais próximos. Nesse sentido, o ‘Direito Constitucional Internacional’ deve ser distinguido de um outro movimento pujante, que tem vindo a granjear nos últimos anos foros de cidade no pensamento internacional. Referimo-nos, em concreto, ao chamado ‘Direito Internacional Constitucional’, que conta já com o seu desenvolvimento como disciplina curricular autónoma em algumas Universidades europeias, e, designadamente, na Holanda, na Universidade de Amesterdão, fruto do labor e persistência de Erika de WET. Neste último caso, como se poderá facilmente constatar, o acento tónico não é colocado no Direito Constitucional, mas sim no Direito Internacional. O Direito Constitucional Internacional, diferentemente, lida com as normas internas, de estalão constitucional, que se destinam a produzir efeitos no campo do Direito Internacional. É Direito interno, não Direito Internacional. É o que ocorre, v. g., com as normas constitucionais relativas às relações internacionais, ao sistema de recepção de normas de Direito Internacional, normas referentes à União Europeia, e respectivas cláusulas de adesão, integração e recepção, ou ao controle parlamentar da política externa.” (Id. Ibid., p. 28).

<sup>372</sup>CANOTILHO, J. J. Gomes. “*Brançosos*” e *interconstitucionalidade*: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 266. Ver também do mesmo autor *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1426 e ss. Gomes Canotilho, atento a tais mudanças de coloração global no direito constitucional, assinala que “É um lugar comum a referência à deslocação do mundo dos Estados, na maioria das vezes Estado-nação, para o mundo das *constelações pós-nacionais*. O ‘pós-estadual’ e o ‘pós-nacional’ surgem, sistematicamente, como a marca dos tempos globais. Neste contexto, não admira que o ‘Estado Constitucional’ apareça, hoje, confrontado com o

também, seguindo a sua linha de pensamento, poderia chegar à ideia de interjudicialidade.

Malgrado se fale em constitucionalismo internacional, Anne Peters tem razão ao dizer que inexistente uma constituição como um único documento textual, mas antes um conjunto variado de instrumentos e fontes que formatam o direito constitucional global<sup>373</sup>, inclusive as decisões dialogadas transnacionais (nacionais e internacionais).

Para Peters, ante a falta de um mecanismo hierárquico de imposição de medidas coercitivas no constitucionalismo internacional ou global, devem prevalecer as normas com eficácia erga omnes. Sem falar que uma das profundas mudanças paradigmáticas a seu sentir impulsionadas pela constitucionalização internacional ou global notabiliza-se pela diferença entre ser capaz de ter direitos e obrigações internacionais (being able to have international rights and obligations) e ser capaz de criar o direito internacional (being capable of making international law)<sup>374</sup>. No constitucionalismo internacional ou global, não apenas se homenageia a titularidade de direitos e deveres internacionais, como sobretudo se estimula a criação de direitos pelos atores internacionais.

Ulrich K. Preuss destaca como predicados do novo movimento do constitucionalismo na contemporaneidade a existência de normas jurídicas que obrigam

---

chamado direito constitucional internacional. Fala-se, com efeito, de ‘direito constitucional integrado’, de ‘estados nacionais supranacionais’, de ‘constitucionalismo pós-nacional’, de ‘estado constitucional cooperativamente aberto’, de ‘estados constitucionais abertos’. Por sua vez, as constituições dos Estados ‘supranacionalizaram-se’ ou ‘internacionalizaram-se’. Quer isto dizer que os Estados se integraram em comunidades políticas supranacionais, ou em sistemas políticos internacionais globalmente considerados. Os problemas do Estado e da Constituição só lograrão reconhecimento jurídico e político se integrados no *direito constitucional internacional*. Do lado do direito internacional, as ideias chave não deixam também de ser incisivas. Os autores referem-se à ‘progressiva constitucionalização do direito internacional’ e detectam um conteúdo jurídico-constitucional no direito organizativo das organizações internacionais, nos pactos e convenções sobre direitos humanos e no direito económico internacional. As fronteiras entre o direito constitucional e o direito internacional ter-se-iam estreitado a tal ponto que se torna possível tratar, hoje, conjuntamente, do *direito constitucional internacional* e do *direito internacional constitucional*.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, cit., p. 284-285). Maurício Ramires defende a concepção do interconstitucionalismo de Jorge Miranda e um direito constitucional geral (e não global) (RAMIRES, Maurício. *Diálogo judicial internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional*, cit., p. 206-207).

<sup>373</sup>PETERS, Anne. Membership in the global constitutional community, cit., p. 203.

<sup>374</sup>Id. Ibid., p. 154-155.

os Estados na esfera das relações internacionais, nomeadamente o *ius cogens* com feição *erga omnes*. Além disso, ainda ressalta a produção normativa internacional e a independência e compulsoriedade das decisões de instituições internacionais<sup>375</sup>.

Jan Klabbers é outro que tenta apresentar um modelo de constitucionalização internacional para responder à fragmentação de ordens jurídicas, ao pluralismo jurídico, à verticalização e à privatização. Para tanto, a constitucionalização promete propiciar a unidade e a centralização da ordem global, com a primazia do *ius cogens*, dos direitos humanos e dos princípios *erga omnes*, associada à permanência de autoridades públicas na supervisão de áreas estratégicas da economia mundial<sup>376</sup>.

O incremento da constitucionalização cresce, consoante raciocina Jirí Pribán, em um ambiente de fragmentação e conseqüente pluralismo do direito, gestados nos processos de autorreferência e de autopoiese do direito global<sup>377</sup>. Em outras palavras, quanto mais existirem níveis distintos de proteção jurídica mais serão elevados à dignidade constitucional.

Enquanto no constitucionalismo moderno, a Constituição nacional assumia perfil de autêntica lei política, no neoconstitucionalismo, constituiu-se em norma jurídica fundamental à sociedade. Já no constitucionalismo internacional ou global, a Constituição nacional é apenas mais um entre vários textos normativos que se conectam de alguma maneira com outros diplomas jurídicos, ganhando prestígio a interpretação fruto do diálogo entre instituições e, em particular, entre tribunais e juízes.

No constitucionalismo moderno, a luta era edificar sólido Estado de direito. No neoconstitucionalismo, idealizou-se a figura do Estado constitucional. Ao passo que, no constitucionalismo internacional, o Estado exerce o papel de um dos interlocutores da juridicidade multinível (regional, transnacional, supranacional e internacional). Um exemplo, na esteira de Jónatas E. M. Machado, seria o constitucionalismo multinível

---

<sup>375</sup>PREUSS, Ulrich K. Disconnecting Constitutions from Statehood: is global constitutionalism a viable concept?, cit., p. 44-45.

<sup>376</sup>KABBERS, Jan. Setting the scene, cit., p. 18-19.

<sup>377</sup>PRIBÁN, Jirí. A questão da soberania no pluralismo jurídico global, cit., p. 95.

européu, que se acha interligado com o constitucionalismo nacional e subnacional e o constitucionalismo internacional regional e global, com multiplicidade de cidadanias, de identidades nacionais e de ordenamentos jurídicos<sup>378</sup>.

Logo, a constitucionalização, como bem vaticina Loughlin, é um recém-nascido processo de reconfiguração da teoria política do constitucionalismo. Uma de suas ideias a respeito da constitucionalização pressupõe a afirmação dos direitos fundamentais por tribunais supremos ou mesmo por cortes internacionais, através de uma variedade imensa de órgãos jurisdicionais de status incertos<sup>379</sup>.

Essa racionalidade cada vez mais dialógica do direito, embora não o explique em sua inteireza, mas apenas parte dele, deriva de influxos e de movimentos próprios de uma nova era constitucional que não mais se adstringe à constituição nacional de cada Estado. Começa a se sentir em toda a parte do mundo, de maneira mais intensa a depender da historicidade social, econômica, política e cultural de cada país, ares de uma espécie de constitucionalismo transfronteiriço e, portanto, de perfil global, que não se limita a territórios, que não se intimida com a soberania, que não se rende a hierarquias, que não se seduz pela retórica sentimental dos homens concretamente considerados e que não se reduz ao que diz as constituições nacionais. Uma constitucionalização de tonalidade e perfume inteiramente globalizada.

Esse novo constitucionalismo, como não poderia ser diferente, desdobra-se em vários tentáculos que enfatizam um determinado aspecto preponderante do fenômeno da internacionalização ou globalização do direito (não apenas constitucional). Essas visões a respeito da constitucionalização internacional ou global, em realidade, acabam por se revelar como parcelas integrantes do todo e convergem no aprimoramento e criação de nova fase do constitucionalismo. Essa fase atual não representa uma ruptura do neoconstitucionalismo, assim como este não romperá com o constitucionalismo moderno, mas antes o aperfeiçoa. Assim, o constitucionalismo internacional ou global aprimorou o neoconstitucionalismo, tentando sepultar o solipsismo da constituição nacional frente a interdependência dos Estados nacionais e da sociedade entre si.

---

<sup>378</sup>MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Direito da União Europeia*, cit., p. 60-61.

<sup>379</sup>LOUGHLIN, Martin. *What is constitutionalisation?*, cit., p. 61.



Entretanto, não existe um único modelo de constitucionalismo internacional, mas sobretudo vários esquemas que procuram estabelecer conexões entre o direito nacional e o internacional, optando este trabalho por trazer à baila apenas aqueles que guardem afinidade com o processo dialógico e com a matrix luhmanniana do pensamento sistêmico.

## **2.5.5. Modelos de constitucionalismo internacional**

### **2.5.5.1. Transconstitucionalismo**

Para enfrentar a problemática de várias ordens jurídicas distintas e entrelaçadas na sociedade mundial, Marcelo Neves, por seu turno, defende novo modelo de constitucionalismo que chama de “*transconstitucionalismo*”<sup>380</sup>. Este modelo pressuporia relações de observação mútua de aprendizado e intercâmbio sem que uma ordem jurídica prepondere sobre a outra. O transconstitucionalismo seria uma conversação ou diálogo entre tribunais em vários níveis<sup>381</sup>, e, logo, “o direito constitucional do futuro”<sup>382</sup>.

Para tanto, critica os modelos dos constitucionalismos internacional, supranacional e transnacional, porque propiciariam perspectivas parciais, isoladas e unilaterais, quando concebidas dessa forma, de problemas normativo-constitucionais da sociedade mundial. Enquanto que o transconstitucionalismo parte de uma ótica de racionalidade transversal e, portanto, abre-se a uma pluralidade de perspectivas na solução de idênticos problemas constitucionais que ocorrem em vários ordenamentos jurídicos diversos<sup>383</sup>.

---

<sup>380</sup>NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, cit., p. 115-116.

<sup>381</sup>Id. Ibid., p. 117.

<sup>382</sup>Id. Ibid., p. 269.

<sup>383</sup>Id. Ibid., p. 131.

Como se vê, o transconstitucionalismo de Marcelo Neves refere-se a um único problema jurídico-constitucional que transcende várias ordens simultaneamente<sup>384</sup>. Ao que tudo indica, parece que Jónatas Machado, ao conceituar o constitucionalismo internacional, parte da premissa da comunhão de valores entre todos os Estados, que são cultuados nos seus respectivos âmbitos internos e que se expandem nas relações internacionais. Esses valores corresponderiam aos dos direitos humanos, da democracia, do Estado de direito, da resolução pacífica dos conflitos, da justiça social, entre outros<sup>385</sup>. Uma concepção, de certa forma, parecida com a de Marcelo Neves em sua racionalidade transversal.

Talvez, neste ponto em particular, repouse o maior óbice à adoção do modelo do transconstitucionalismo. Em várias passagens da obra, Marcelo Neves enfatiza que o transconstitucionalismo só pode ser utilizado quando houver necessidade de oferecer solução para problemas constitucionais comuns<sup>386</sup>. Ora, e se não houver essa precisa e inquestionável identidade? Os fundamentos e razões jurídicas que se formam a *ratio*

---

<sup>384</sup>NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, cit., p. 129. Marcelo Neves, ao final de sua obra a respeito do tema, arremata que o “transconstitucionalismo implica o reconhecimento de que as diversas ordens jurídicas entrelaçadas na solução de um problema-caso constitucional – a saber, de direitos fundamentais ou humanos e de organização legítima do poder -, que lhes seja concomitantemente relevante, devem buscar formas transversais de articulação para a solução do problema, cada um delas observando a outra, para compreender os seus próprios limites e possibilidades de contribuir para solucioná-lo. Sua identidade é reconstruída, dessa maneira, enquanto leva a sério a alteridade, a observação do outro. Isso parece-me frutífero e enriquecedor da própria identidade porque todo observador tem um limite de visão no ‘ponto cego’, aquele que o observador não pode ver em virtude da sua posição ou perspectiva de observação. Mas, se é verdade, considerando a diversidade de perspectivas de observação de *alter e ego*, que ‘eu vejo o que tu não vês’, cabe acrescentar que o ‘ponto cego’ de um observador pode ser visto pelo outro. Nesse sentido, pode-se afirmar que o transconstitucionalismo implica o reconhecimento dos limites de observação de uma determinada ordem, que admite a alternativa: *o ponto cego, o outro pode ver*” (Id. *Ibid.*, p. 297-298).

<sup>385</sup>MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Direito internacional: do paradigma clássico ao Pós-11 de setembro*, cit., p. 52. Machado, ainda, acrescenta que: “Esses valores são a expressão dos interesses gerais da comunidade internacional, da crescente interdependência das nações e da procura do bem comum internacional, obrigando a uma profunda revisão e reconceptualização de conceitos jurídico-internacionais tradicionais como Estado, soberania, tratado internacional, etc., e abrindo as portas a uma ordem constitucional global, conformada por uma noção de *estadualidade aberta e interdependente*, acompanhada da estruturação hierárquico-normativa do ordenamento jurídico internacional e do primado do respectivo direito constitucional. Os domínios em eu este fenómeno se observa com maior intensidade são os direitos humanos, paz e a segurança internacionais, a organização da economia e do comércio internacional e a proteção dos espaços internacionais e do meio ambiente.” (Id. *Ibid.*, p. 52).

<sup>386</sup>NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, cit., p. 275.

*decidendi* do precedente paradigma só influi ou interfere em casos rigorosamente similares ou idênticos? Parece que a resposta não é tão simples como se possa imaginar. O grau de influência que julgados exercem na mente do julgador é de tamanha vastidão e incerteza que não se pode descartar que um precedente, mesmo alheio à hipótese fático-jurídica do caso dialogando, não termine por exercer algum tipo de influência ou interferência na construção do pensamento do juiz.

E, embora reconheça que o transconstitucionalismo não conduz à unidade do direito mundial, Neves ainda o enaltece, porquanto esse entrelaçamento transversal cria “*pontes de transição*” entre ordens jurídicas na órbita constitucional<sup>387</sup>. Pode até criar alguma “*ponte*”, mas não será necessariamente de transição nem mesmo alicerçada em racionalidade transversal, como defende em especial na esfera dos direitos humanos<sup>388</sup>. Isso não. Inexiste uma razão transversal entre ordens jurídicas distintas. E, se existisse, mesmo assim, residiria num plano tão abstrato, axiológico e genérico que pouco ou nada acrescentaria ao direito.

Note-se o exemplo da liberdade de expressão. Nenhuma ordem jurídica, calcada no Estado Democrático de Direito, a nega. A diferença encontrada nos ordenamentos jurídicos não se encontra em admitir ou não a liberdade de expressão, mas em conhecer o seu conteúdo, os seus limites, as suas restrições, o seu alcance, somente aferível no exame do caso concreto. A razão transversal somente poderia encontrar consenso argumentativo no nível da consagração abstrata da liberdade de expressão, mas muito dificilmente em como essa liberdade será efetivamente desfrutada na convivência social.

Marcelo Neves considera diálogo ou “*conversação*” judicial referências recíprocas a decisões de tribunais de outros Estados e o equipara ao modelo do transconstitucionalismo<sup>389</sup>.

Muito possivelmente, como se verá mais adiante, o maior equívoco do pensamento de Marcelo Neves seja confundir transconstitucionalismo com diálogo

---

<sup>387</sup>NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, cit., p. 259.

<sup>388</sup>Id. Ibid., p. 139.

<sup>389</sup>Id. Ibid., p. 166-167.

transjudicial. Para ele, o transconstitucionalismo caracteriza-se por promover diálogos<sup>390</sup>. O diálogo transjudicial, como se defende neste trabalho, é muito mais amplo e detém bem mais matizes do que tal modelo do constitucionalismo.

Maurício Ramires também cai na mesma tentação de Marcelo Neves de buscar uma interligação entre os vários ordenamentos jurídicos, para explicar a origem do diálogo transjudicial. Parte da premissa de que o diálogo entre juízes de ordens jurídicas diversas nasce do reconhecimento de uma “comunidade de princípios e de um sentido compartilhado de Constituição, encontrável na tradição do constitucionalismo”<sup>391</sup>.

Não parece que seja assim. O diálogo não ocorre apenas quando há proximidades textuais ou semânticas, mas também quando existem distanciamentos, diferenças significativas de texto e de sentido. Aliás, poder-se-ia até arriscar a dizer que quanto mais distintos e diversas as concepções dialogadas mais fecundo o diálogo transjudicial.

No entanto, antes de analisar o modelo de constitucionalismo ancorado no diálogo entre tribunais, convém perscrutar a respeito do pensamento difundido por Günther Teubner de um constitucionalismo “sem Estado”, dominado por setores temáticos de subsistemas sociais sob a inspiração luhmanniana que passam a ditar no cenário global regulamentações da vida em sociedade.

#### **2.5.5.2. Constitucionalismo societário**

Günther Teubner identifica em nítidos passos um processo de constitucionalização do direito internacional, que se caracteriza pela presença cada vez maior de normas com vitalidade de *ius cogens*, com efeitos *erga omnes* e normas de direitos humanos. As normas de direitos humanos ostentariam status constitucional, por

---

<sup>390</sup>NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, cit., p. 289.

<sup>391</sup>RAMIRES, Maurício. *Diálogo judicial internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional*, cit., p. 52.

apresentarem os seguintes atributos: a) limitam o poder soberano dos Estados individualmente considerados; b) estabelecem um catálogo de valores fundamentais universalmente vinculantes; c) firmam uma hierarquia normativa; d) não se constituem em meras normas programáticas; e e) servem de base argumentativa para as decisões judiciais<sup>392</sup>.

Teubner ainda prossegue apontando como a principal nota deste novo constitucionalismo emergente a coexistência ao mesmo tempo de ordens jurídicas independentes e fora do universo dos Estados. Essas ordens não-estatais pouco dependem do poder dos Estados, porém, em verdade, passam a ser dependentes de esquemas globais de poder<sup>393</sup>.

Essa nova fase do constitucionalismo Teubner denomina de “societário”. Sem embargo não considerar que derive do processo de globalização, reconhece que este fenômeno inegavelmente o incentiva. Além do mais, o constitucionalismo societário não se consubstancia em movimento de abertura liderado por internacionalistas, mas por injunções constitucionais<sup>394</sup>, possivelmente impulsionadas pelas chamadas cláusulas de abertura à juridicidade internacional, sendo, pois, mobilização das próprias constituições nacionais em direção ao mundo externo.

Entretanto, como já visto, inviável, na atual quadra da história global, cogitar de um constitucionalismo sem a participação da figura do Estado, ainda que como mero agente de interlocução ou de mediação, sobretudo em épocas de crises de magnitude internacional. Em qualquer crise, é inegável que se deve cooperar e dialogar, e não criar esquemas constitucionais departamentados sem a participação do Estado e que se isolem do restante dos atores e fatores a influenciar o mundo global.

Ainda se mostra por demais relevante a participação não apenas dos Estados nacionais na arena global, mas especialmente dos organismos internacionais voltados à proteção universal dos direitos humanos.

---

<sup>392</sup>TEUBNER, Günther. *Constitutional fragments: societal constituttionalism and globalization*, cit., p. 49.

<sup>393</sup>Id. Ibid., p. 52-54.

<sup>394</sup>Id. Ibid., p. 5-7.

### 2.5.5.3. Constitucionalismo universal de proteção dos direitos humanos

O regime de proteção judicial universal de direitos humanos é composto pela Corte Internacional de Justiça e os tribunais internacionais integrantes das Nações Unidas, entre os quais, os tribunais penais internacionais permanentes e provisórios ou “ad hoc” (v. g., Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia, Tribunal Penal Internacional para Ruanda e Tribunal Penal Internacional para Serra Leoa).

Ana Maria Guerra Martins reduz o sistema de proteção internacional de direitos humanos das Nações Unidas a uma sistemática de cooperação intergovernamental, baseada na dignidade da pessoa humana<sup>395</sup>. Esse sistema teria como fontes o direito costumeiro, o direito convencional e as decisões do próprio órgão das Nações Unidas, em particular as resoluções da Assembleia Geral<sup>396</sup>.

Esclarece Carlos Villán Durán que a Corte Internacional de Justiça não admite petições individuais apresentadas diretamente pelas vítimas ou por seus representantes, somente se permitindo a sua propositura pelos Estados para dirimir controvérsias quanto à interpretação ou a aplicação das disposições de direitos humanos contidas nos tratados internacionais de direitos humanos. Daí a caracterizá-lo como proteção judicial indireta de direitos humanos no plano internacional<sup>397</sup>.

Geir Ulfstein, nesta esteira, enfatiza que as tutelas regional e internacional de proteção dos direitos humanos representam parcela de uma emergente ordem constitucional internacional cujo maior exemplo de integração consiste na interação entre ações políticas e as que ocorrem entre os Judiciários da União europeia<sup>398</sup>.

---

<sup>395</sup>MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direito internacional dos direitos humanos*, cit., p. 121. Conceitua Ana Maria sistema de cooperação intergovernamental como um mecanismo “dominado pelos Estados, que se baseia em relações de cooperação entre eles e não em relações de subordinação” (Id. Ibid., p. 121).

<sup>396</sup>Id. Ibid., p. 122.

<sup>397</sup>VILLÁN DURÁN, Carlos. *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*. Madrid: Editorial Trotta, 2006. p. 503.

<sup>398</sup>ULFSTEIN, Geir. Institutions and competences. In: KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. *The constitutionalization of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 77-78.

Luiz López Guerra destaca que, sem embargo de haver a Declaração Universal dos Direitos Humanos e, portanto, existir um regime universal de tutela de tais direitos no plano das garantias globais, os sistemas regionais têm se mostrado mais eficientes na tarefa de propiciar melhor desenvolvimento da proteção internacional, com a consolidação progressiva de standards protetivos e o fortalecimento das instituições, sobretudo jurisdicionais, que os estabelecem<sup>399</sup>. Talvez até pela natureza política do intervencionismo promovido pelo sistema global das Organização das Nações Unidas, voltado a prevenir conflitos internos, ao passo que os sistemas regionais se debruçariam sobre controvérsias de índole jurídica já existentes e instaladas nas jurisdições domésticas dos Estados<sup>400</sup>.

Na hipótese específica de comunicação entre Constituições domésticas, Wen-Chen Chang e Jiunn-Rong Yeh têm sustentado que a regionalização – e não a internacionalização – apresenta resultados mais significativos, devido a afinidades de sistemas jurídicos, de línguas, de culturas e de arranjos políticos e um bom exemplo disso é a União Europeia<sup>401</sup>.

O constitucionalismo supranacional dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, de fato, tem natureza operativamente dialógica. Em termos de diálogo transjudicial, seguramente, é a experiência mais avançada em técnicas, categorias e formas de interação entre tribunais, sobretudo entre o TEDH e a CIDH.

No entanto, o constitucionalismo supranacional no campo dos direitos humanos mantém a mesma segmentação entre regimes (chamados de sistemas), como se observa no pensamento de Ana Maria Guerra Martins que é bem claro neste sentido. Ana Martins, ao se referir aos “sistemas” regionais de direitos humanos, afirma que “o

---

<sup>399</sup>LÓPEZ GUERRA, Luiz. El carácter dinámico del Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coords.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 332-333.

<sup>400</sup>BENVENUTO, Jayme; SILVA, Rodrigo Deodato de Souza. Normas e decisões do Tribunal Europeu e da Corte Interamericana de Direitos Humanos: aproximações comparativas em matéria de direitos económicos, sociais e culturais. In: SANTOS, Ana Cristina; SANTOS, Cecília MacDowell dos (Orgs.). *A mobilização internacional do direito: Portugal e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 93.

<sup>401</sup>CHANG, Wen-Chen; YEH, Jiunn-Rong. Internationalization of constitution law, cit., p. 1.167.

sistema europeu aplica-se na Ordem Jurídica portuguesa, o que não acontece com o sistema americano nem com o africano”<sup>402</sup>.

Certamente, o principal fator que incrementa maior eficiência a essa estrutura regional decorre do intenso diálogo que promovem os órgãos jurisdicionais integrantes do sistema de proteção de direitos humanos (americano, europeu e africano).

Entretanto, para melhor sistematização da principal tese a ser firmada neste trabalho no sentido de que há, em última análise, um único sistema de proteção de direitos fundamentais no constitucionalismo global, e não vários sistemas demarcados pelo território ou pela ordem jurídica positivada, aquilo que se costuma chamar de “sistema” será denominado nesta investigação científica de “regime”. Assim, no sistema de proteção dos direitos humanos apurado entre tribunais e cortes regionais, o que, em verdade, existem são os regimes americano, europeu e africano de proteção de direitos humanos, e não sistemas. Ao invés de se falar em sistemas, o trabalho referir-se-á em regimes jurídicos, esses sim delimitados por territórios ou ordens jurídicas parciais e vinculadas a determinados estatutos normativos (constituições ou tratados e convenções internacionais).

#### **2.5.5.4. Constitucionalismo supranacional dos regimes regionais dos direitos humanos**

##### **2.5.5.4.1. Regime europeu de proteção regional de direitos humanos**

O regime regional europeu é, inequivocamente, mais influente na união europeia do que o regime internacional das Nações Unidas, ainda que os tribunais (a Corte Internacional de Justiça, em Haia, na Holanda, e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, em Estrasburgo) estejam encravados na própria Europa. A força protetiva dos direitos humanos, a bem da verdade, dependem do impacto proporcionado pela

---

<sup>402</sup>MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direito internacional dos direitos humanos*, cit., p. 191.



jurisdição, muito mais do que a extensão ou hierarquia de esquemas normativos (tratados, convenções, *ius cogens*, usos e costumes internacionais).

Demais disso, também é o mais antigo daqueles que cuidam de propiciar a tutela regional ou supranacional dos direitos humanos<sup>403</sup>. Foi criado pelos estados membros do Conselho da Europa, a partir da instituição da Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950. Em sua concepção originária, havia dois órgãos: a Comissão Europeia de Direitos Humanos e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos. A Comissão era responsável por receber as petições endereçadas diretamente pelos indivíduos, pelos organismos não-governamentais e pelos Estados-membros. Porém, o Protocolo nº 11, de 1º de novembro de 1998, ao alterar a Convenção Europeia, extinguiu a Comissão Europeia de Direitos Humanos e boa parte de suas funções foi transferida para o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, inclusive a de receber diretamente as petições nas quais se alegam violações aos direitos encartados no texto convencional<sup>404</sup>.

Nas palavras de Carlos Carranho Proença, a Convenção Europeia de Direitos Humanos representa um “standard mínimo de tutela dos direitos fundamentais partilhado e reconhecido pelos Estados membros”, de sorte que, quando as Constituições nacionais estabelecerem ditames normativos mais protetivos, naturalmente prevalecem estes, e não aqueles que provêm daquela convenção supranacional<sup>405</sup>.

Ed Bates explicita quatro estágios da evolução da Convenção Europeia de Direitos Humanos. A primeira fase compreenderia os anos de 1948 a 1950 e, portanto, a gestação da convenção, marcadamente influenciada pelo final da Segunda Guerra Mundial e pela emergência de um direito internacional dos direitos humanos. A

---

<sup>403</sup>A União europeia, nas palavras de Jónatas Machado, “é uma organização supranacional dotada de características constitucionais. A despeito de toda a controvérsia que rodeia esta matéria, pode afirmar-se com segurança que o direito originário da EU é direito constitucional, ainda que de natureza derivada e complementar.” (MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Direito da União Europeia*, cit., p. 54).

<sup>404</sup>MACKENZIE, Ruth; ROMANO, Cesare P. R.; SHANY, Yuval; SANS, Philippe. *Manual on international courts and tribunals*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 329-330.

<sup>405</sup>PROENÇA, Carlos Carranho. *Tutela jurisdicional efetiva no direito da União Europeia: dimensões teóricas e práticas*, cit., p. 291 e 308.

segunda etapa, a que denominou de formativa, alcançou o período de 1950 a 1974, quando teve o estabelecimento do sistema judicial de proteção dos direitos humanos, contanto que não comportasse postulações diretamente pelos indivíduos supostamente a necessitar de tutela. A terceira, reconhecida como a fase judicial, atinente ao interregno de 1975 a 1988, assistiu à proeminência da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos para a sedimentação da democracia na Europa. E a última, a quarta fase, após o Protocolo 11 de 1998 que deu nova disciplina ao Tribunal europeu, permitindo postulações diretamente pelos indivíduos afetados, o que alargou o âmbito de proteção dos direitos humanos europeus<sup>406</sup>.

A Comissão Europeia não apenas efetuava o juízo de admissibilidade das petições como também tentava encontrar soluções amigáveis ou remeter diretamente o caso à apreciação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. A Corte, em funcionamento desde o ano de 1959, examina atualmente alegações de ofensas a direitos humanos de 47 (quarenta e sete) Estados signatários da Convenção. Após o Protocolo 11 de 1998, o Tribunal Europeu pôde tanto realizar a admissibilidade, como tentar solucionar o caso de violação amigavelmente<sup>407</sup>.

Para Ed Bates, o Protocolo nº 11/1998 criou uma nova Corte simplificando o sistema protetivo, trazendo várias melhoras à dinâmica de atuação dos seus juízes, inclusive com a modificação dos mecanismos de execução de seus julgamentos<sup>408</sup>.

Porém, há quem o critique, como é o caso de Angelia Queralt Jiménez, ao acusar a possibilidade de postulação direta à Corte europeia pela vítima ou por seu representante de tentar institucionalizar uma terceira ou quarta instância revisional,

---

<sup>406</sup>BATES, Ed. *The evolution of the European Convention of Human Rights: from its inception to the creation of a Permanent Court of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 23-25.

<sup>407</sup>MACKENZIE, Ruth; ROMANO, Cesare P. R.; SHANY, Yuval; SANS, Philippe. *Manual on international courts and tribunals*, cit., p. 335.

<sup>408</sup>BATES, Ed. *The evolution of the European Convention of Human Rights: from its inception to the creation of a Permanent Court of Human Rights*, cit., p. 462-463.

burlando o princípio da subsidiariedade do sistema de proteção regional, que só poderia ser acionado após o exaurimento de todos os mecanismos internos de tutela<sup>409</sup>.

Sem embargo da enorme quantidade de petições que anualmente desembarcam no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Ruth Mackenzie, Cesare P. R. Romano, Yuval Shany e Philippe Sans reconhecem o papel integrador e evolutivo que a Corte exerce na proteção dos direitos humanos na Europa<sup>410</sup>.

Christian Stark, inclusive, chega a dizer que, no regime supranacional europeu, os órgãos legislativos, o Conselho e a Comissão devem proferir as suas decisões à luz de estudos comparativos, para conseguirem soluções comuns, que os Estados-membros aceitem e as tornem efetivas internamente, de modo que se criem no ambiente europeu uma atmosfera jurídica comparativa permanente (“eine ständige rechtsvergleichende Atmosphäre”)<sup>411</sup>

E não apenas isso. No Caso *Loizidou vs. Turquia* (1995), o TEDH chegou a pontificar que a Convenção Europeia de Direitos Humanos consistia em norma constitucional da ordem jurídica europeia.

No constitucionalismo europeu, como doutrinam Gráinne de Búrca e Oliver Gerstenberg, a constitucionalização, a bem da verdade, refere-se à adoção de princípios de efeito direto e da concepção de primazia do direito europeu sobre o direito nacional, numa perspectiva sistêmica transnacional, do qual os Estados europeus não podem simplesmente se desvencilhar sob o fundamento de soberania ou mesmo de prevalência de interesses domésticos. Porém, destacam que o constitucionalismo europeu não visa restringir ou minar práticas democráticas nacionais, nem mesmo submeter os Estados-membros ao poder de barganha de órgãos judiciais externos que se apresentem empoderados<sup>412</sup>.

---

<sup>409</sup>QUERALT JIMÉNEZ, Angelia. *El Tribunal de Estrasburgo: una Jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 398.

<sup>410</sup>MACKENZIE, Ruth; ROMANO, Cesare P. R.; SHANY, Yuval; SANS, Philippe. *Manual on international courts and tribunals*, cit., p. 356-357.

<sup>411</sup>STARK, Christian. *Verfassungen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009. p. 350.

<sup>412</sup>BÚRCA, Gráinne de; GERSTENBERG, Oliver. *The denationalization of constitutional law*, cit., p. 9.

Essa busca por equilíbrio entre o direito europeu e aquele produzido pelos Estados-membros da União Europeia constitui-se na base do regime europeu de proteção dos direitos humanos.

#### **2.5.5.4.2. Regime americano de proteção regional de direitos humanos**

O regime interamericano de tutela dos direitos humanos foi, originariamente, idealizado ainda no ano de 1945 por ocasião da realização da Conferência sobre Problemas da Guerra e a Paz de Chapultepec, no México. Nessa conferência criou-se um Comitê Jurídico Interamericano encarregado de confeccionar projeto de declaração de direitos e deveres internacionais do homem adaptado às peculiaridades da América<sup>413</sup>. O resultado deste trabalho, divulgado na IX Conferência Internacional Americana ocorrida em Bogotá em 1948, redundou na criação dos primeiros instrumentos de proteção dos direitos humanos no plano regional, quais sejam, a Carta de Organização dos Estados Americanos e a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem<sup>414</sup>.

No ano de 1959, foi deliberado, na V Reunião de Consulta de Ministros de Relações Exteriores da OEA, realizada em Santiago do Chile, a necessidade de elaboração de uma convenção americana dos direitos humanos e a instituição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos como primeiro órgão de tutela destes direitos. E, durante a Conferência Interamericana Especializada em Direitos Humanos de São José da Costa Rica no ano de 1969, a convenção veio a ser aprovada, cuja entrada em vigor ocorreu somente em 1978<sup>415</sup>.

---

<sup>413</sup>ASTETE MUÑOZ, Sandra. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: avances y retos. In: FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. (Coord.). *Tribunales internacionales y espacio iberoamericano*. Navarra: Thompson Reuters & Civitas, 2009. p. 42.

<sup>414</sup>Id. Ibid., p. 42-43.

<sup>415</sup>Id. Ibid., p. 43-44.

Estruturada sob a perspectiva dual, à semelhança do que existia na Europa, o regime interamericano também surgiu com dois órgãos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>416</sup>.

A Comissão Interamericana nasce bem antes da Corte, em 1959, e cuida de efetuar a admissibilidade das alegações de ofensa a direitos humanos previstos na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948, incorporada pelos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos – OEA, ou na Convenção americana de 1969. A Comissão desfruta da competência de decidir a respeito da abertura do caso de violação, podendo tentar soluções amigáveis e expedir recomendações aos Estados que dispõem de três meses para cumpri-las. Nesse interregno, cabe tanto a Comissão como o Estado destinatário da recomendação encaminhar o caso à Corte Interamericana. A Corte, por sua vez, somente começou a operar no ano de 1979<sup>417</sup>.

Além da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948 e da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 e outros tratados de direitos humanos de que os Estados-membros da OEA façam parte, a Corte Interamericana ainda pode julgar casos de malferimento de direitos capitulados no Protocolo de San Salvador (direitos sociais, econômicos e culturais), no Protocolo sobre a Abolição da Pena de Morte, na Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, na Convenção Interamericana de Desaparecimento Forçado de Pessoas, na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra as Mulheres e na

---

<sup>416</sup>ASTETE MUÑOZ, Sandra. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: avances y retos, cit., p. 45. Destaca Sandra Muñoz que “La Corte Interamericana es un órgano jurisdiccional autónomo del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. En efecto, es un Tribunal regional internacional de protección de la persona humana que tiene como principal función la de interpretar y aplicar las normas de derecho internacional que conforman el Sistema Interamericano de protección. El principal instrumento regional es la Convención Americana, que, como señalamos anteriormente, protege principalmente los derechos civiles y políticos. Asimismo, la Corte es garante tanto de los derechos reconocidos y justiciables del Protocolo de San Salvador, que son derechos económicos, sociales y culturales, como de los derechos protegidos em otros Protocolos que integran el Sistema Interamericano de protección. Las funciones de la Corte Interamericana establecidas en la Convención Americana son las siguientes: a) la función contenciosa y b) la función consultiva” (Id. Ibid., p. 51).

<sup>417</sup>MACKENZIE, Ruth; ROMANO, Cesare P. R.; SHANY, Yuval; SANS, Philippe. *Manual on international courts and tribunals*, cit., p. 365.

Convenção Interamericana de Eliminação de todas as formas de Discriminação contra Pessoas com Deficiência<sup>418</sup>.

Ruth Mackenzie, Cesare P. R. Romano, Yuval Shany e Philippe Sans sinalizam que o nível de proteção proporcionado pelo regime interamericano de direitos humanos tem sido fortemente dificultado pelo clima político da região, marcado essencialmente por confrontos com ditadores, por uma cultura de impunidade e por seguidas crises econômicas. Sem falar dos Estados Unidos da América e Canadá que não prestigiam a Convenção Interamericana, daí considerar limitado o alcance protetivo no continente americano, mesmo com o avanço da democratização na América latina<sup>419</sup>.

Apesar disso, a influência do regime americano tem crescido exponencialmente no continente americano, sobretudo na América do Sul, através do diálogo transjudicial mantido com os juízes e tribunais nacionais dos Estados-membros que o integram.

#### **2.5.5.4.3. Regime africano de proteção regional de direitos humanos**

O regime africano de tutela dos direitos humanos iniciou mais recentemente a partir da Carta Africana de Direitos Humanos de 1981, com o nascimento da Comissão Africana em 1987, que funcionava até a criação da União Africana em 2000, como mero órgão institucional da Organização da Unidade Africana, sem um papel mais ativo. Contudo, após 2000, a Comissão passa a desenvolver um trabalho mais incisivo na proteção dos direitos humanos na África, recebendo denúncias de violações e promovendo investigações, voltadas a expedições de recomendações de caráter não-vinculativo em forma de relatórios<sup>420</sup>.

Em verdade, recorda Ana Maria Guerra Martins que a ideia de criação de um regime de tutela no continente africano de direitos humanos floresceu ainda em 1961

---

<sup>418</sup>MACKENZIE, Ruth; ROMANO, Cesare P. R.; SHANY, Yuval; SANS, Philippe. *Manual on international courts and tribunals*, cit., p. 367.

<sup>419</sup>Id. Ibid., p. 383-384.

<sup>420</sup>Id. Ibid., p. 388-389.

com a instituição de uma Comissão Africana de Direitos Humanos e com a instalação da Organização da Unidade Africana, por imperativo da Carta de 25 de maio de 1963, trazendo preocupações relativas à descolonização, à não-discriminação racial, o desenvolvimento econômico e social e a unidade africana<sup>421</sup>.

Porém, somente em junho de 1998, os 53 (cinquenta e três) Estados-membros da Organização da Unidade Africana criaram a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos<sup>422</sup>. Em 2004, a União Africana resolveu reformular o modelo do tribunal que passou a se designar como Tribunal Africano de Direitos do Homem e dos Povos (African Court on Human and Peoples' Rights), que entrou em funcionamento em 2008<sup>423</sup>. A primeira decisão proferida pelo Tribunal africano somente veio com o Caso *Michelot Yogogombaye vs. República do Senegal* (2009), porém não chegou a apreciar o mérito da controvérsia, por entender a corte que não detinha competência para examiná-la<sup>424</sup>.

O regime africano, à semelhança do americano, segue o modelo clássico dual de dois órgãos de proteção dos direitos humanos, sendo a Comissão responsável pela admissibilidade das petições de arguição de violação e a Corte competente para os julgamentos<sup>425</sup>.

Dos três regimes regionais de proteção de direitos humanos é considerado o menos desenvolvido, em parte, devido à grande quantidade de países a ele sujeito (53 Estados africanos) e de matérias suscetíveis de apreciação tanto pela Comissão como

---

<sup>421</sup>MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direito internacional dos direitos humanos*, cit., p. 300.

<sup>422</sup>Mutoy Mubiala conta que, no ambiente africano, vive-se também uma proliferação de tribunais em caráter regional, tais como “la Cour de Justice de l’Union africaine (en cours d’institution)”; “la Cour de Justice de l’VEMOA”, “la Cour de Justice de la CEMAC”, “LA Cour de Justice de la SADC”, “La Cour de Justice Du COMESA”, e “la Cour Commune de Justice et d’Arbitrage (CCJA), instituée dans le cadre de l’OHADA” (MUBIALA, Mutoy. *Le Système Régional Africain de Protection des Droits de L’homme*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 2005. p. 102).

<sup>423</sup>MACKENZIE, Ruth; ROMANO, Cesare P. R.; SHANY, Yuval; SANS, Philippe. *Manual on international courts and tribunals*, cit., p. 389-390.

<sup>424</sup>AFRICAN COURT ON HUMAN AND PEOPLES’ RIGHTS. *Michelot Yogogombaye versus The Republic of Senegal*. 15 December 2009. Disponível em: [http://www.worldcourts.com/acthpr/eng/decisions/2009.12.15\\_Yogogombaye\\_v\\_Senegal.htm](http://www.worldcourts.com/acthpr/eng/decisions/2009.12.15_Yogogombaye_v_Senegal.htm).

<sup>425</sup>MACKENZIE, Ruth; ROMANO, Cesare P. R.; SHANY, Yuval; SANS, Philippe. *Manual on international courts and tribunals*, cit., p. 398.

pela Corte Africana (desde direitos sociais e econômicos a diversos outros instrumentos previstos nas várias Cartas africanas). Sem falar nos problemas estruturais ainda enfrentados, tais como, limitado orçamento da Comissão, curta duração das sessões da Comissão, instalações inadequadas, falta de pessoal no setor administrativo, publicidade limitada oferecida ao trabalho da Comissão e controle político exercido pelos órgãos da União africana. Ainda não se pode olvidar que esse alcance limitado do regime africano deriva, em maior medida, dos problemas relacionados aos processos de democratização, à “*good governance*” e ao desenvolvimento econômico no continente africano<sup>426</sup>.

Malgrado ainda em estágio embrionário quando comparado aos demais regimes, o africano, se adotar a prática dialógica tão comum entre as Cortes americana e europeia, poderá ocupar relevante papel na construção gradual dos direitos humanos no território africano, à vista de suas seculares e tão arraigadas tradições e costumes.

Como destaca Rachel Murray, ao que parece, o regime africano de proteção de direitos humanos, em particular no plano da Comissão africana, já conhece e incentiva o diálogo construtivo (“*constructive dialogue*”) como importante elemento de cooperação para solucionar conflitos de direitos humanos na esfera da África<sup>427</sup>.

Contudo, um aspecto não deve ser descurado e justifica a necessidade de intensificação do diálogo transjudicial com os demais regimes regionais e internacionais de direitos humanos. O continente africano, em verdade, tem um dos perfis mais heterogêneos da comunidade internacional. Basta dizer que na África há alguns países (República do Senegal e República do Chade, por exemplo) que são Estados islâmicos e, como tais, possuem concepções bem distintas a respeito dos direitos individuais do homem, daquelas profetizadas pela civilização ocidental. Acentua Rüdiger Wolfrum que, na ótica islâmica, os direitos derivam dos deveres

---

<sup>426</sup>MACKENZIE, Ruth; ROMANO, Cesare P. R.; SHANY, Yuval; SANS, Philippe. *Manual on international courts and tribunals*, cit., p. 407-408.

<sup>427</sup>MURRAY, Rachel. *The African Commission on Human and People's Rights & international law*. Oxford: Hart Publishing, 2000. p. 161-162.



devidos a Deus e a outros indivíduos, de maneira que a ideia da comunidade prevalece sobre o individualismo<sup>428</sup>.

Só o tempo e a prática judicante dirão se o regime protetivo africano, efetivamente, tutelarà com eficiência direitos humanos violados na esfera dos países signatários da Carta africana.

#### **2.5.5.4.4. Regime asiático de proteção de direitos humanos**

No caso da Ásia e da Oceania, ainda que não haja um mecanismo de proteção regional de direitos humanos nos moldes dos continentes europeu, americano e africano, assinala Nihal Jayawckrama que vários países asiáticos e da Oceania<sup>429</sup> já assinaram um protocolo de intenções no âmbito de encontros patrocinados pela Organização das Nações Unidas<sup>430</sup>.

Tom Gisburg noticia que, após meados da década de 80 do século passado, alguns países asiáticos<sup>431</sup> começaram a desencadear processos de transição política de governos autoritários a regimes democráticos que resultaram na criação de cortes constitucionais, daí se podendo falar de uma emergência de um constitucionalismo asiático<sup>432</sup>.

De Singapura, Jack Tsen-Ta Lee traz uma experiência bem interessante de referências a precedentes estrangeiros, ao menos, desde 1963, o que não significa os seus tribunais nacionais têm consistentemente praticado um verdadeiro diálogo transjudicial com outras cortes ao redor do mundo. Pelo contrário, arrisca a dizer que os juízes somente estão dispostos a aplicar precedentes estrangeiros, quando há proximidade semântica entre a letra da Constituição e os textos constitucionais e arranjos

---

<sup>428</sup>WOLFRUM, Rüdiger. *Constitutionalism in Islamic Countries*. New York: Oxford University Press, 2012. p. 82-83.

<sup>429</sup>Austrália, Mongólia, Nepal, Nova Zelândia, República da Coreia, Filipinas e Sri Lanka.

<sup>430</sup>JAYAWCKRAMA, Nihal. *The judicial application of human rights law*. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 86.

<sup>431</sup>Coréia do Sul, Taiwan, Tailândia, Mongólia, Mianmar e Indonésia.

<sup>432</sup>GINSBURG, Tom. *Constitutional Courts in East Asia*. In: DIXON, Rosalind; GISBURG, Tom (Ed.). *Comparative constitutional law in Asia*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2014. p. 47.

sobre os quais os precedentes dialogandos foram decididos, como, por exemplo, os julgamentos dos *Casos Kok Hoong Tan Dennis, Sivadas, Chng Suan Tze, Tan Chor Jin, Yong Vui Kong versus A.G., e Ramalingam*. Nos *Casos Jeyaretnam e Chan Hiang Leng Colin*, sequer houve análise do raciocínio subjacente aos julgados dialogandos<sup>433</sup>.

Essa experiência bem revela que a prática do processo dialógico de referência e precedentes pode se constituir em elemento propulsor de um emergente constitucionalismo protetivo dos direitos humanos no continente asiático, sem descurar naturalmente da historicidade e da capacidade de abertura jurídico-política de cada país.

### **2.5.6. Constitucionalismo global judicial dialógico**

O direito, tal como se consolidou em sua história, nunca esteve habituado a lidar com um mundo de tanta interatividade, e em velocidade jamais vista, que escapasse aos marcos do território. Como já visto, havia relação de dependência imanente entre o direito, o território e o Estado, mas que se quebrou com o passar dos anos e, particularmente, com a denominada era global. A circulação de bens, serviços, pessoas e capitais em frações de segundo, impõem ao direito uma série de desafios.

A constitucionalização dos fenômenos internacionais ou mesmo a internacionalização (ou melhor, a globalização) de todos os quadrantes do direito desafia os tribunais nacionais a buscar novas fontes de inspiração interpretativa na solução de problemas que se reproduzem em vários locais do mundo. Cada país confere um tratamento jurídico mais ou menos próximo das vozes internacionais em matéria de direitos humanos<sup>434</sup>.

---

<sup>433</sup>LEE, Jack Tsen-Ta. Foreign precedents in constitutional adjudication by the Supreme Court of Singapore, 1963-2013. *Washington International Law Journal*, v. 24, n. 2, p. 284, Apr. 2015.

<sup>434</sup>A doutrina constitucionalista também segue o mesmo compasso apontando não apenas a existência de um único constitucionalismo, mas vários constitucionalismos, a depender do prisma ou enfoque escolhido. J. J. Gomes Canotilho, por exemplo, fala em constitucionalismos global, nacional, estadual, europeu (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 1369-1376), enquanto que Jónatas Machado cita os constitucionalismos universalita pós-Vestefália, global, funcional, supranacional, quase federal, pós-nacional tolerante, multi-nível e federal (MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Direito da União Europeia*, cit., p. 55-61).

Mas será que o diálogo é um sintoma do fenômeno da internacionalização do direito ou se constitui em um dos meios ou instrumentos de internacionalizar ou universalizar o direito e, por conseguinte, uma das formas de desenvolver o constitucionalismo internacional? David S. Law e Wen-Chen Chang responde, no que atine à interpretação da Constituição, que essa interação judicial não é uma causa necessária nem suficiente para se cogitar da globalização constitucional. Pelo contrário, o mais das vezes esse engajamento de juízes e tribunais encontra barreiras institucionais e estruturais que refogem por completo ao mero controle jurisdicional<sup>435</sup>.

Provavelmente, nunca antes na história das sociedades tenha se incrementado tantos diálogos entre culturas, ordens jurídicas e jurisdições ao redor do mundo. Esse fenômeno do constitucionalismo, que marca uma nova fase não mais ligada exclusivamente à figura do Estado nacional, mas como novo agente, entre tantos, do mundo global, deve ser denominada de constitucionalismo dialógico.

Com efeito, dentro do constitucionalismo global, a nota característica que decorre da relação dialógica entre juízes e tribunais internacionais, regionais, supranacionais e nacionais é o constitucionalismo judicial interativo, sendo o diálogo o novo critério de validade do direito, em substituição ao conteúdo material axiológico-normativo próprio do neoconstitucionalismo. É a base filosófica do método positivista internacional ou global (positivismo internacional ou global).

A perspectiva internacional ou global do direito incrementa um outro desafio à ideia tradicional, normalmente associada ao neoconstitucionalismo, de que de uma narrativa ou enunciado normativo, até pelo seu caráter vago ou de pouca precisão linguística, podem nascer inúmeras interpretações e, portanto, criar várias normas jurídicas. No processo de internacionalização ou globalização do direito, é condição de procedibilidade do método interpretativo a inescapável tentativa de harmonizar inúmeras narrativas normativas presentes em vários diplomas de estatura nacional, regional, supranacional, internacional e global, no intuito de alcançar um único sentido ou uma única interpretação harmonizante.

---

<sup>435</sup>LAW, David S.; CHANG, Wen-Chen. The limits of global judicial dialogue, cit., p. 523-524.

É inegável, na esteira de Carlos Carranho Proença, que não existe “coincidência total ou absoluta” entre os textos nacionais e internacionais que tratam de semelhantes direitos, como se observa, por exemplo, quando se compara a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e a Convenção Europeia de Direitos Humanos<sup>436</sup>.

O intérprete, diante da potencial possibilidade de surgirem inúmeras divergências a respeito do alcance e sentido de tais preceitos normativos, passa a ter a hercúlea tarefa de criar um fio condutor que ligue os dispositivos e os respectivos textos, cujos critérios cronológicos, hierárquicos e de especialidade em nada contribuem a essa apreciação, objetivando idêntica exegese a todos os enunciados.

Quando se dialoga decisões judiciais entre juízes e tribunais nacionais e cortes regionais de proteção de direitos humanos, é possível cogitar a distinção precisa entre direitos humanos e direitos fundamentais? Aliás, no plano de comunicação interativa, será que ainda remanesce alguma relevância prática a diferenciação entre tais direitos? Basicamente, como se sabe, os direitos humanos estão previstos em tratados, convenções ou outros diplomas internacionais, ao passo que os direitos fundamentais são aqueles capitulados internamente nos textos das constituições nacionais de cada país.

Jorge Reis Novais conceitua direitos fundamentais como “respostas político-jurídicas a experiências concretas de opressão e injustiça”<sup>437</sup>, mas será que os direitos humanos também não os são?

Martin Borowski diferencia os direitos humanos, que considera meros direitos morais, de direitos fundamentais internacionais e supranacionais, previstos em tratados e convenções de direitos humanos, e de direitos fundamentais nacionais, capitulados nas constituições internas dos Estados<sup>438</sup>. Gregorio Robles também considera os direitos humanos como simples standards morais de especial relevância à convivência da humanidade. Contudo, sem embargo de já restar superada essa concepção, o que se

---

<sup>436</sup>PROENÇA, Carlos Carranho. *Tutela jurisdicional efetiva no direito da União Europeia: dimensões teóricas e práticas*, cit., p. 308.

<sup>437</sup>NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana*, cit., v. 1, p. 76.

<sup>438</sup>BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 30-33. (Serie de Teoria Juridica y Filosofia del Derecho, n. 25).

mostra interessante no pensamento de Robles é o critério utilizado para afastar o caráter jurídico dos direitos humanos. Somente reconhece a juridicidade naquilo que puder ser protegido mediante ação judicial capaz de realizá-la processualmente como direito subjetivo perante o juiz<sup>439</sup>.

Se é certo que os direitos humanos nem os direitos fundamentais não têm origem no direito natural<sup>440</sup>, o mesmo não se pode dizer do liame que existe entre um e outro (entre os direitos humanos e os direitos fundamentais). Há muito se esvaiu qualquer relevância entre a distinção de cariz ontológico entre direitos humanos e direitos fundamentais. Teubner chega a afirmar que os direitos fundamentais e, portanto, nacionais, possuem equivalentes transnacionais e, justamente por isso, os padrões, os princípios e as doutrinas por eles confeccionados são transpostos para o círculo de argumentação transnacional<sup>441</sup>. Em outras palavras, as mesmas construções argumentativas desencadeadas em nível de direitos fundamentais também ocorrem no plano dos direitos humanos<sup>442</sup>.

Antonio Enrique Pérez Luño atribui aos direitos humanos a condição de valores intrinsecamente comunicáveis que compartilham necessidades sociais e históricas, por configurarem respostas a determinadas agressões e injustiças praticadas contra a humanidade, daí a sua vocação pelo consenso<sup>443</sup>. Daí se defender neste trabalho a existência de direitos humanos fundamentais<sup>444</sup> como direitos que, embora apresentem narratividades distintas, relacionam-se reciprocamente em um diálogo construtivo de sentidos, podendo potencialmente alcançar uma única interpretação.

---

<sup>439</sup>ROBLES, Gregorio. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid: Editorial Civitas, 1992. p. 19-20.

<sup>440</sup>TEUBNER, Günther. *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*, cit., p. 125.

<sup>441</sup>Id. Ibid., p. 126.

<sup>442</sup>Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins simplesmente relaciona a internacionalização dos direitos fundamentais com o termo “direitos humanos”, quando se referir ao âmbito internacional (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 40).

<sup>443</sup>PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 8.ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2003. p. 162 e 584.

<sup>444</sup>A expressão “direitos humanos fundamentais” há muito já foi reconhecida na doutrina brasileira (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006).

Bartolomé Clavero sustenta que os direitos se constituem no ponto de ligação do constitucionalismo, especialmente na dimensão global, porquanto os direitos humanos são replicados e desenvolvidos pelas constituições nacionais como direitos fundamentais<sup>445</sup>. Sendo assim, o diálogo transjudicial tanto representa a internacionalização ou globalização do direito constitucional, quando permite que tribunais locais absorvam interpretações internacionais ou transnacionais, como a constitucionalização do direito internacional, no instante em que são as cortes internacionais que assimilam sentidos e formas de pensar oriundas de tribunais nacionais.

Rainer Grote e Thilo Marauhn traçam um paralelo entre os direitos fundamentais previstos na Lei Fundamental de Bonn de 1949 (Constituição alemã) e os direitos humanos correspondentes que se encontram capitulados na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, o que denota haver íntima ligação entre as duas dimensões protetivas de direitos do homem. Na verdade, o que se observa claramente é que, mesmo com narratividades distintas e, o mais das vezes, com finalidades igualmente dissonantes, a intelecção a que se chega apresenta enormes semelhanças e identidades interpretativas. Grote e Marauhn conseguem demonstrar intimidade exegética, ao tratar de cada direito humano fundamental que se afigura correlato nos dois textos normativos distintos<sup>446</sup>.

Com a ocorrência do fenômeno da internacionalização ou da globalização do direito constitucional, o que se observa é uma tendência de padronização do direito material em escala mundial, sobretudo no âmbito dos direitos da pessoa humana, perdendo sentido a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais para diferenciar o conteúdo daquilo que se reconhece como direito basilar do homem, enquanto criatura humana. Assim, os juízes e tribunais nacionais no mundo, interligados pela rede do direito parametrizado dos direitos dos homens, perderão a sua

---

<sup>445</sup>CLAVERO, Bartolomé. *Derecho global: por una historia verosímil de los derechos humanos*, cit., p. 132.

<sup>446</sup>GROTE, Rainer; MARAUHN, Thilo (Hrsg.). *EMRK/GG Konkordanz-Kommentar*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006. Na mesma linha, vale conferir também SCHNEIDERS, Benedikt. *Die Grundrechte der EU und die EMRK: Das Verhältnis zwischen ungeschriebenen Grundrechten, Grundrechtecharta und Europäischer Menschenrechtskonvention*. Baden-Baden: Nomos, 2010.

função de guardiões do texto, do espírito, da vontade, da interpretação da Constituição nacional e passarão a ser guardiões dos direitos da criatura humana em escala global.

Para que tenham mesmo status jurídico de direito fundamental, os direitos humanos previstos em tratados ou convenções devem possuir idêntica força normativa. E, para ter força normativa, como diz Konrad Hesse, não depende apenas de seu conteúdo, mas sobretudo dos partícipes da vida constitucional no partilhamento da vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*), considerada global ou singularmente<sup>447</sup>.

As eventuais diferenças sintáticas e semânticas verificadas entre os textos das Constituições nacionais e das convenções internacionais de direitos humanos podem ser, como têm se desencadeado por obra da hermêutica circular e dialógica, acomodados em uma idêntica interpretação sob a forma de um sentido que se incorpora em decisões judiciais futuras.

Angela Di Stasi cita essa identidade interpretativa a partir da comunicação recíproca desencadeada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na extensão da aplicabilidade do direito a um processo equitativo nas respectivas redações das Convenções regionais de Direitos Humanos<sup>448</sup>. Apesar do caráter mais restritivo do texto europeu e, portanto, diferenciado do que se apresenta na dicção do texto americano, isso não impediu que se

---

<sup>447</sup>HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 21.

<sup>448</sup>Proclama o art. 6º, §1º, da CEDH, que “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, **quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela**. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça” (grifos acrescidos), ao passo que o art. 8º, § 1º, da CIDH, aduz “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, **na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de carácter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza**” (grifos acrescidos).

conferisse similar inteligência ao alcance da proteção patrocinada pela garantia do processo equitativo<sup>449</sup>.

Outro exemplo trazido por Angela Di Stasi dessa convergência interpretativa repousa no teor do direito à informação intrínseco à ideia de efetivo exercício do direito de defesa. Também neste caso, embora com tratamentos distintos nos textos das convenções regionais de proteção dos direitos humanos, o que viria a se constituir com precisão as informações que deveriam constar para proporcionar o direito de defesa de forma efetiva, ambos os tribunais trilham pegadas convergentes para incorporar em seu conteúdo não apenas os motivos da acusação, mas sobretudo a qualificação jurídica dos atos imputados. Atente-se para o detalhe de que, na convenção europeia, diferentemente do que se constata na convenção interamericana, inexistente referência à “comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada” (letra “b” do § 2º do art. 6º)<sup>450</sup>.

O *Caso Tibi vs. Equador (2004)* bem exemplifica essa tendência em matéria de direitos humanos fundamentais, porquanto, mesmo o art. 7.5 da Convenção Interamericana possuindo narrativa diversa, com realce para a expressão “sem demora”, em relação à dicção do art. 5.3 da Convenção Europeia que fala em “imediatamente”, as interpretações dadas pelos respectivos tribunais regionais foram rigorosamente idênticas quanto ao alcance do que se deve entender por quantidade de tempo de apresentação do detido, cerceado em sua liberdade, à presença da autoridade judiciária<sup>451</sup>. No *Caso Vélez Loor vs. Panamá (2010)*, a Corte Interamericana foi até mais clara em relação à uniformidade interpretativa dos dispositivos em apreço, embora as convenções europeia e americana apresentem redações textuais diversas<sup>452</sup>.

---

<sup>449</sup>DI STASI, Angela. *Il diritto all'equo processo nella CEDU e nella Convenzione Americana sui Diritti Umani*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012. p. 231.

<sup>450</sup>Id. Ibid., p. 233.

<sup>451</sup>CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - CIDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Sentencia de 07 de septiembre de 2004. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_114\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf).

<sup>452</sup>JURISPRUDÊNCIA da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Direito à integridade pessoal*. Brasília-DF: Ministério da Justiça. Comissão de Anistia. Secretaria Nacional de Justiça, 2014. p. 392. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/4-direito-a-integridade->



A intensificação da comunicação em ordem global tem arquitetado o direito como uma rede sistêmica (interconectada e permeável a outros saberes do conhecimento humano e a outras jurisdições) de comunicação de normatividades (princípios, regras e valores) nacionais, regionais, supranacionais e internacionais. O modelo de redes parte de relações pontuais e laços de igualdade e horizontalidade entre os elementos comunicantes.

Na mesma balada, Andreas Fischer-Lescano e Günther Teubner denunciam que, no direito global, mesmo diante da fragmentação da nova ordem mundial, é possível encontrar o caminho da unidade operativa do sistema jurídico através da “Interlegalidade operativa” (operative Interlegalität). Entretanto, interlegalidade não significa apenas uma diversidade estática de uns contra os outros em uma ordem normativa demarcada, nos moldes dos esquemas clássicos de Eugen Ehrlich, Santi Romano, Maurice Hauriou, George Scelle e Georges Gurvitch, mas uma diversidade dinâmica de operações normativas, na qual se estimulam reciprocamente sistemas de normas de origens diversas, que se ligam uns aos outros, permeando e se engrenando, sem que uma se sobreponha a outra (formato heterárquico)<sup>453</sup>.

Explicam, ainda, Fischer-Lescano e Teubner que a interlegalidade é mais uma nova complexidade dos mundos jurídicos da sociedade global, podendo ser expressada a partir de decisões judiciais que se contrapõem em ordens colidentes. Os textos jurídicos entrelaçam-se com outros textos e contextos para se fixar o sentido. E a unidade desses textos e a homogeneidade do método utilizado marcam a constelação pós-nacional de coexistência de uma variação de ordens jurídicas estruturalmente fechadas, em atenção ao princípio da primazia dos próprios assuntos<sup>454</sup>.

---

peçoal.pdf. Neste caso em particular, a Corte pontificou que “Diferentemente da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, a Convenção Americana não estabelece uma limitação ao exercício da garantia disposta no artigo 7.5 da Convenção com base nas causas ou circunstâncias pelas quais a pessoa é retida ou detida. Portanto, virtude do princípio *pro persona*, essa garantia deve ser cumprida sempre que exista uma retenção ou detenção de uma pessoa por causa de uma situação migratória, conforme os princípios do controle judicial e imediação processual”.

<sup>453</sup>FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. *Regime-Kollisionen: Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, cit., p. 34-35.

<sup>454</sup>Id. *Ibid.*, p. 35.

Mas não se constitui tarefa fácil alcançar a unidade na interlegalidade. Fischer-Lescano e Teubner entendem que essa composição em sistemas funcionais como o direito só se obtém através de conflitos individuais em que novos problemas surgem e irritam o sistema jurídico, proporcionando interação com elementos jurídicos externos e, ao mesmo tempo, oportunidade de normatização interna do direito. A unidade normativa representa as forças de ligação ativadas pela própria interação<sup>455</sup>.

Gerardo Pisarello advoga um modelo de constitucionalismo garantista a nível mundial que coordene a interatividade entre as diversas instâncias globais, regionais, estatais e locais, sem, porém, renunciar a nenhuma delas ou mesmo subordinar uma em relação a outra<sup>456</sup>. Jan Klabbbers defende, por seu turno, a formação de uma ordem constitucional global, onde se prestigiasse o pluralismo político em referência à aceitação de diversas perspectivas e multividências, a diversidade e a heterarquia entre os atores nacionais e internacionais na construção do espaço político mundial e do pluralismo normativo<sup>457</sup>.

Poder-se-ia afirmar, na era do constitucionalismo dialógico, que a sociedade em que não esteja assegurada a proteção dos direitos humanos nem estabelecido o diálogo sistêmico entre diferentes ordens jurídicas não tem Constituição.

Para tanto, Rafael Bustos Gisbert vislumbra a necessidade de construção de uma teoria geral do diálogo transjudicial, no intuito de propiciar, se não uma previsibilidade à solução que será alcançada resultante da argumentação dialógica, ao menos uma resposta procedimental de como será resolvido o conflito interpretativo existente<sup>458</sup>. E, para que se desencadeie o diálogo transjudicial, recomenda Gisbert a existência de interlocutores válidos, a saber, de tribunais que se predisponham a dialogar<sup>459</sup>.

---

<sup>455</sup>FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. *Regime-Kollisionen: Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, cit., p. 38.

<sup>456</sup>PISARELLO PRADOS, Gerardo. Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría do neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 171.

<sup>457</sup>KABBERS, Jan. Setting the scene, cit., p. 43-44.

<sup>458</sup>BUSTOS GISBERT, Rafael. XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales, cit., p. 171.

<sup>459</sup>Id. Ibid., p. 186.

Inegavelmente, estar-se a viver, na atualidade, como sentencia Peter Häberle, em uma espécie de “*Estado dialógico*”<sup>460</sup>.

O objetivo do próximo capítulo será demonstrar que só existe solução no diálogo transjudicial, e, portanto, somente há adequada solução, quando for fruto do diálogo. Sem diálogo transjudicial pode até existir solução, mas seguramente não será a qualitativamente mais correta para o caso concreto.

---

<sup>460</sup>Peter Häberle cunha a expressão “Estado Constitucional cooperativo” (*kooperative Verfassungsstaat*). Para conferir ver HÄBERLE, Peter. *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenem Gesellschaft*. Königstein: Athenäum, 1980. p. 287 e ss.

**PARTE II**

**DIMENSÃO TEÓRICO-PRAGMÁTICA DO DIREITO JUDICIAL  
DIALÓGICO NO ÂMBITO DOS DIREITOS HUMANOS  
FUNDAMENTAIS**

## CAPÍTULO III. TEORIA DO DIÁLOGO TRANSJUDICIAL DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

### 3.1. Terminologia e delimitação do objeto de estudo

Cresce em todo o mundo – e não apenas na Europa - a prática do diálogo entre cortes e tribunais. Vive-se um momento de intensa internacionalização de hábitos, costumes, ideias, estilos e concepções de vida e de pensamento. Evidentemente, o direito não poderia ficar de fora desse contemporâneo processo de internacionalização (ou globalização) da vida humana e o diálogo tem se constituído em valioso canal de incentivo e promoção de tal fenômeno.

Anne-Marie Slaughter observa que os juízes têm se engajado em um crescente diálogo com os seus pares ao redor do mundo, através de mútuas citações e de incremento de interações diretas, frequentemente por via eletrônica<sup>461</sup>.

O fenômeno do diálogo transjudicial e, quando ultrapassarem fronteiras, transjudicial, não se confunde com a mera observância ou obediência por um tribunal ou órgão judicial de seus próprios precedentes. Essa prática, na realidade, chama-se de vinculação horizontal de precedentes judiciais. O diálogo transjudicial compreende a interação entre tribunais localizados dentro de um mesmo Estado. Se ocorre entre Estados diversos, chama-se simplesmente de diálogo transnacional. Com um alcance mais largo, pode-se denominar diálogo transjudicial aquele que ocorre além dos limites territoriais dos Estados, desencadeado entre juízes e tribunais nacionais, regionais, supranacionais e internacionais ou entre tribunais internacionais (incluindo os regionais e supranacionais).

Assinala Lucio Pegoraro que não apenas se verifica o diálogo entre cortes judiciais, mas também entre legisladores e tribunais, entre doutrina e tribunais e entre

---

<sup>461</sup>SLAUGHTER, Anne-Marie. *A new world order*. New Jersey: Princeton University Press, 2004. p. 70.

legisladores e doutrina<sup>462</sup>. No entanto, o tema que se dedicará este trabalho diz respeito ao diálogo entre juízes, entre tribunais e, portanto, exclusivamente no universo judicial.

Numa dimensão ontológica, diálogo provém do grego antigo “διάλογο” e significa o fluxo de palavras (διά – dia) através de um grupo<sup>463</sup> e, portanto, uma razão (λογος - logo) fundada no movimento.

Em princípio, o diálogo transjudicial ocorreria pela citação mútua de decisões entre tribunais. Iulia Motoc, porém, recorda que a comunicação entre juízes de diferentes cortes nacionais e internacionais pode acontecer de maneira informal e direta com encontros entre magistrados ou através das referências aos raciocínios jurídicos (em termos de “ratio” ou de “dictum”) de outros tribunais<sup>464</sup>. Olga Frishman, inclusive, chega a denominar de “*transjudicial judicial dialogue*” a direta interação entre juízes, através de uma “*Face-to-face communication*”, em conferências e visitas de delegações de juízes de um tribunal em outro, com a finalidade de expor o trabalho que realizam e os entendimentos que adotam<sup>465</sup>.

Sam Muller e Sidney Richards, por outro lado, preferem se referir ao fenômeno de citação de decisões de outros tribunais, notadamente quando se mostram vinculantes, como marca característica do “*internationalised judiciary*” ou “*judicial internationalised*”<sup>466</sup>. E é nesta perspectiva de interação objetiva de julgados e

---

<sup>462</sup>PEGORARO, Lucio. Estudio introductorio: trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del derecho comparado. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coords.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 34.

<sup>463</sup>WILLIAMS, Bob; HUMMELBRUNNER, Richard. *Systems concepts in action?: a practitioner’s toolkit*. Stanford: Stanford University Press, 2010. p. 293. Na filosofia grega de Sócrates e de Platão, o diálogo consistia, em última instância, na busca da verdade por meio de perguntas e respostas (maiêutica de Sócrates) (PLATÃO. *República*. 14. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014).

<sup>464</sup>MOTOC, Iulia. Dialogue between Courts: the case of Romania. In: LÓPEZ GUERRA, Luis; MORTE GÓMEZ, Carmen; MENGUAL I MALLOL, Anna Maria; CANO PALOMARES, Guillem (Eds.). *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una visión desde dentro*. 1. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 449.

<sup>465</sup>FRISHMAN, Olga. Transnational judicial dialogue as an organisational field. *European Law Journal*, v. 19, n. 6, p. 741, Nov. 2013.

<sup>466</sup>MULLER, Sam; RICHARDS, Sidney. Introduction: globalisation and highest courts, cit., p. 3. Sam Muller e Sidney Richards, aliás, consideram essas expressões mais adequadas do que as que a doutrina vem utilizando, como “transjudicialism”, “judicial dialogue”, “judicial cosmopolitanism”, “judicial globalisation”, “the migration of legal ideas”, “legal transplants” (Id. Ibid., p. 4).

precedentes, em decisões judiciais, que serão traçados os contornos da teoria do diálogo transjudicial neste estudo.

Andrea Lollini critica a expressão “*dialogo tra Corti o dialogo tra giudici*”, propondo a sua substituição por comunicação, interação, influência ou empréstimo, porque considera que tais palavras melhor revelam o fenômeno de circulação do direito que implicam a hegemonia cultural de uma tradição jurídica sobre outra, criando novos espaços geográficos do direito e de seus consequentes ordenamentos jurídicos<sup>467</sup>.

Muitas seriam as expressões para se referir ao fenômeno do diálogo transjudicial, como aponta Lucio Pegoraro, tais como, em inglês, “*transplant*”, “*transposition*”, “*borrowing*”, “*migration*”, “*legal tourism*” e “*cross fertilization*”. No entanto, os primeiros revelariam aparante intenção de superioridade ou de dominação de um ordenamento sobre outro, ao passo que o último deles (*cross fertilization*) e a própria palavra “*diálogo*” denota um prisma de intercâmbio recíproco entre tribunais<sup>468</sup>. Vlad Perju, para se referir ao diálogo transjudicial, ainda adiciona às de Pegoraro as seguintes expressões: “*diffusion*”, “*circulation*”, “*engagement*”, “*influence*”, “*transmission*”, “*transfer*” e “*reception*”. Mas, no direito constitucional comparativo, quatro delas teriam maior aceitação: “*transplants*”, “*borrowing*”, “*circulation*” e “*migration*”<sup>469</sup>.

No plano constitucional, inclusive, Guilherme Peña de Moraes fala até em um “*cross-constitucionalismo*”, que seria o aproveitamento de entendimentos estrangeiros em busca de uma interpretação comum na resolução de controvérsias constitucionais, operacionalizado entre tribunais constitucionais, supranacionais e internacionais<sup>470</sup>.

---

<sup>467</sup>LOLLINI, Andrea. Il diritto straniero nella giurisprudenza costituzionale: metodi ‘forte’ e ‘debole’ a confronto. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, n. 4, p. 974-975, 2012.

<sup>468</sup>PEGORARO, Lucio. Estudio introductorio: trasplantes, injertos, diálogos. *Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del derecho comparado*, cit., p. 36-38.

<sup>469</sup>PERJU, Vlad. Constitutional transplants, borrowing and migrations. In: ROSENFELD, Michael; SAJÓ, Andrés (Eds.). *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 1.306.

<sup>470</sup>MORAES, Guilherme Peña de. *Constitucionalismo multinacional: uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais*, cit., p. 2.

Basil Markesinis e Jörg Fedtke preferem utilizar a palavra “*diálogo*” para se referir ao fenômeno da interação judicial, ao invés de empréstimo, por exemplo, mormente porque não imagina nem de longe a importação do direito estrangeiro por precedentes que se considerem vinculantes. Diálogo, pois, justificar-se-ia porque mais aproxima da ideia de servir de fonte de inspiração para os casos de direito nacional obsoleto, lacunoso e contraditório<sup>471</sup>.

Lembra Slaughter que a *cross fertilization* (fertilização cruzada) não é um fenômeno recente na história da jurisprudência dos tribunais. Sempre existiu na relação entre os países colonizadores e os seus territórios colonizados, sobretudo nos países que integram a *commonwealth*<sup>472</sup>.

Essa parcela do sistema jurídico global Anne-Marie Slaughter chama de “comunidade global de cortes” (*Global Community of Courts*)<sup>473</sup>. Fischer-Lescano e Teubner a reconhece como uma rede formada de tribunais nacionais, regionais, supranacionais e internacionais, vocacionada a resolver, em verdade, disputas de valores e interesses<sup>474</sup>.

Slaughter percebeu, nessa comunidade judicial de alcance global, a ocorrência do fenômeno que designou como “*constitutional cross-fertilization*”, assim compreendido como a tarefa dos tribunais constitucionais de citar outras decisões estrangeiras, mas não em formato de simples precedentes, e sim em inequívoco diálogo valendo-se do elemento da autoridade persuasiva. Nesta operação, o tribunal, no exame

---

<sup>471</sup>MARKESINIS, Basil; FEDTKE, Jörg. *Giudici e diritto straniero: la pratica del diritto comparato*, cit., p. 27.

<sup>472</sup>SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 44, n. 1, p. 195-196, 2003.

<sup>473</sup>Id. Ibid., p. 192. Explica Slaughter que: “This community of courts is constituted above all by the self-awareness of the national and international judges who play a part. They are coming together in all sorts of ways. Literally, they meet much more frequently in a variety of settings, from seminars to training sessions and judicial organizations. Figuratively, they read and cite each other’s opinions, which are now available in these various meetings, on the Internet, through clerks, and through the medium of international tribunals that draw on domestic case law and then cross-fertilize to other national courts” (Id. Ibid., p. 192).

<sup>474</sup>FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. *Regime-Kollisionen: Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, cit., p. 57-58.



de um caso similar, distinguiria a sua particular visão do entendimento das outras cortes<sup>475</sup>.

Todavia, adverte Slaughter que nem todos os tribunais nacionais ou internacionais fazem parte da “comunidade global de cortes”, mas somente aqueles que reconhecem a importância dos julgados proferidos por outras cortes na formação das próprias decisões<sup>476</sup>. Isso bem demonstra a essencialidade do reconhecimento de verdadeiro sistema único de proteção de direitos humanos, cuja rede de conexão dá-se pela comunicação entre juízes e tribunais em forma de rede heterárquica.

Mas há quem questione, como é o caso de David S. Law e Wen-Chen Chang, se essas práticas tal como vêm acontecendo de interação entre os tribunais cuidaria, em última análise, de um verdadeiro diálogo. Tanto que prefere considerar o chamado “*diálogo judicial*” como uma metáfora, na medida em que a comparação que as cortes fazem uma das outras contraria a definição ordinária do que se entende por diálogo, a lógica política e o seu lastro empírico. Isso porque, quando cotejam a Suprema Corte Canadense com o Tribunal Constitucional africano, por exemplo, observam gritante assimetria que mais se aproxima de um monólogo deste em relação àquele, dada a quase inexistente referência do Tribunal do Canadá a precedentes africanos<sup>477</sup>.

De igual maneira, Maria Daniela Poli traz a lume a discussão de que o que se denomina de diálogo transjudicial não seria propriamente um diálogo, mas um monólogo, ou, mesmo, um “*diálogo de surdos*”, de dois juízes que se falam, porém não se entendem<sup>478</sup>. Representaria, em essência, uma interação judicial, como explica Guilherme Peña de Moraes, sob o formato de um monólogo, na medida em que não haveria correspondência, propriamente dita, entre os tribunais<sup>479</sup>.

---

<sup>475</sup>SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts, cit., p. 193.

<sup>476</sup>Id. Ibid., p. 194.

<sup>477</sup>LAW, David S.; CHANG, Wen-Chen. The limits of global judicial dialogue, cit., p. 531-532.

<sup>478</sup>POLI, Maria Daniela. Der justizielle Pluralisms der europäischen Verfassungsgemeinschaft: “Babylonische Gerichte” oder “Gerichte für Babylon”? *Der Staat*, v. 55, n. 3, p. 374-375, 2016.

<sup>479</sup>MORAES, Guilherme Peña de. *Constitucionalismo multinacional: uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais*, cit., p. 2.

Realmente, não dá para se esperar que entre tribunais haja um diálogo, tal como se verificam nas relações humanas, onde se viabiliza troca de razões, opiniões, impressões e visões. E isso se deve, em grande parcela, à sistemática processual que impede que um tribunal dialogando ou mesmo aquele cuja decisão está sendo objeto de análise por outro tribunal não tem condições, em princípio, de rebater ou mesmo acrescentar novos fundamentos para respaldar o que já sustentara.

Um aspecto digno de menção é a que, de fato, não há uniformidade quanto ao conteúdo do que se entende por “tribunal” ou “corte”. A depender da cultura de cada país ou de cada regime jurídico em nível local, regional, e especialmente no âmbito global, internacional ou transnacional, ao vocábulo “tribunal” pode se atribuir o sentido de tribunais permanentes ou destinados a examinar uma causa específica ou também a comitês *ad hoc*, ou ainda a órgãos quase-jurisdicionais<sup>480</sup>, como por exemplo são as hipóteses das comissões regionais de proteção dos direitos humanos. Para os fins do presente estudo, não se cuidará de examinar decisões exaradas por órgãos quase-jurisdicionais, como a Organização Mundial do Comércio (OMC), as comissões de proteção dos direitos humanos, organismos não-governamentais e outros entes com poder decisório, mas que não desempenham atividade tipicamente jurisdicional. Apenas se debruçará sobre tribunais que integram regimes nacional, regional, supranacional e internacional de direitos humanos fundamentais (Cortes nacionais, tribunais regionais de proteção dos direitos humanos, os tribunais supranacionais, como o Tribunal de Justiça da União Europeia, e os tribunais internacionais, tais como, a Corte Internacional de Justiça e os Tribunais Penais Internacionais).

Normalmente, a literatura jurídica, quando trata das decisões proferidas por juízes e tribunais ou cortes, não se refere apenas a colegiados supremos ou constitucionais, mas também a todos aqueles que, de alguma forma, protegem direitos fundamentais e humanos, pouco importando a sua localização topográfica na ordem jurídica global.

---

<sup>480</sup>CASSESE, Sabino. *When legal orders collide: the role of courts*, cit., p. 115.

### 3.2. A decisão e o precedente judiciais como fontes do direito

Subestimada no passado, a jurisprudência e o direito produzido pela atividade dos juízes era visto com certo ar de desconfiança pelos teóricos do *civil law*, daí não ter sido, como anuncia Castanheira Neves, aceito como fonte do direito. Mesmo assim, ele lembra que a jurisprudência sempre foi considerada, historicamente, fonte do direito, apenas interrompida na época de maior evidência do positivismo legalista<sup>481</sup>.

Há quem defenda, porém, como o faz Jónatas Machado, ao comentar sobre o direito internacional, que a jurisprudência não seria verdadeiramente uma fonte do direito, mas um “meio subsidiário de determinação da existência e do conteúdo deste direito, ainda que de importância fundamental”. A despeito disso, Machado reconhece a extrema relevância das decisões dos tribunais internacionais na definição “do modo como as normas jurídicas são interpretadas e aplicadas”, sobretudo quando fazem referência uns aos outros<sup>482</sup>.

Muito possivelmente, essa incerteza derive do que preconiza o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça<sup>483</sup>, que poderia insinuar não serem as

---

<sup>481</sup>NEVES, Castanheira António. Fontes do direito. In: NEVES, Castanheira A. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. v. 2, p. 90. Fernando José Bronze, inclusive, anota que, em Roma, o “carácter casuístico da *iusprudentia*, e a importância, no seu âmbito, dos *exempla*, vieram conferir um papel central à ponderação argumentativa e ao raciocínio analógico na actividade judicativa – notas estas que fortemente concorreram para a mencionada autonomização da normatividade jurídica” (BRONZE, Fernando José. O direito, a internacionalização e a comparação de sistemas jurídicos (ou a pessoalização como tarefa realizanda, a universalização como objectivo utópico e a relativização como coordenada metódica). In: BRONZE, Fernando José. *Analogias*. Coimbra: Coimbra Ed., 2012. p. 421).

<sup>482</sup>MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Direito internacional: do paradigma clássico ao Pós-11 de setembro*, cit., p. 125.

<sup>483</sup>Art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça tem a seguinte redação: “A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a. as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c. os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; d. **sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito**. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem.” (grifos acrescentados). NAÇÕES UNIDAS. Corte Internacional de Justiça. *Estatuto da Corte Internacional de Justiça*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/EstCortIntJust.html>.

decisões judiciais verdadeiras fontes do direito, mas meros recursos acessórios para a determinação da interpretação dos enunciados normativos, como defende Jónatas Machado.

No mesmo compasso, entende Maria Luísa Duarte, também fundada no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que a jurisprudência, ao lado da doutrina, não pode se credenciar como fonte do direito, já que não se acharia habilitada a criar ou a recriar normas internacionais, embora reconheça o seu relevo como precedente atípico e, portanto, passível de invocação em demandas futuras servindo de referência na interpretação de normas convencionais ou mesmo na concretização de princípios jurídicos<sup>484</sup>.

Porém, Maria Duarte pondera na hipótese da jurisprudência edificada no Direito da União Europeia, em especial no trato da proteção dos direitos fundamentais, quando se observa, em verdade, forte vocação normativa nas decisões dos tribunais europeus<sup>485</sup>.

Lembra Kelsen que, tradicionalmente, só se consideram fontes do direito produzido no ambiente estatal a legislação e o costume<sup>486</sup>. A propósito, Kelsen ressalta que existe séria ambiguidade no conceito de fontes do direito, ora se compreendendo como o último fundamento de validade (*norma fundamental*), ora todas as representações que influenciam a produção da norma, tais como princípios morais e políticos, teorias jurídicas e pareceres de especialistas<sup>487</sup>.

Mesmo Kelsen admite a criação do direito material novo pela força do precedente judicial, equiparando-o a uma norma geral instituída pela via legislativa ou consuetudinária, entretanto, para que a decisão judicial adquira o *status* de precedente, a norma individual por ela estipulada não é predeterminada quanto ao seu conteúdo, permitindo diversas possibilidades de interpretação para casos iguais que surjam no futuro<sup>488</sup>. Em idêntica esteira, Herbert Hart reconhece que o padrão geral de conduta

---

<sup>484</sup>DUARTE, Maria Luísa. *Direito internacional público e ordem jurídica global do século XXI*, cit., p. 132.

<sup>485</sup>Id. *Ibid.*, p. 133-134.

<sup>486</sup>KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., p. 258.

<sup>487</sup>Id. *Ibid.*, p. 259.

<sup>488</sup>KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., p. 278.

pode ser obtido pelo precedente judicial, à semelhança do que ocorre com a legislação<sup>489</sup>, porém não assegura que o caso posterior siga o mesmo entendimento nele firmado anteriormente<sup>490</sup>.

Por isso, Kelsen rechaça as perspectivas unilaterais do *common law* de que somente os tribunais criam o direito, e do *civil law*, de que só o legislador o cria. Ambos o criam. Os tribunais, a norma individual, e o legislador, a norma jurídica geral. Por isso mesmo, entende que não resta dúvida de que o precedente judicial ostenta nítidas características de fonte do direito, ao lado da lei e do costume<sup>491</sup>. Afinal, o juiz cria o direito que aplica na resolução do caso concreto.

Não se pode negar o *status* de fonte do direito às decisões judiciais e, logo, à jurisprudência. Ineta Ziemele assevera, categoricamente, que, por exemplo, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos é um importante ator decisório dentro do processo normativo internacional. E isso porque, de certa maneira, ao decidir questões relativas aos direitos humanos na sistemática do *case law*, acaba por apreciar fatos políticos particulares e promover uma visão europeia a alcançar toda a comunidade<sup>492</sup>.

Castanheira Neves conceitua fontes do direito como a maneira mediante a qual “se constitui e manifesta o direito positivamente vigente numa determinada comunidade histórica”. Seria a forma de como o direito se constitui como direito<sup>493</sup>. E vai mais além sustentando que o direito judicial (*Richterrecht*) é elemento integrante do

---

<sup>489</sup>HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*, cit., p. 137.

<sup>490</sup>Id. *Ibid.*, p. 147-148.

<sup>491</sup>KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., p. 283. Arnaldo Vasconcelos, a esse respeito, é ainda mais enfático, ao afirmar que: “É certo que legislador faz a lei, mas esta não é Direito. O que nela está é a previsão daquilo que pode vir a ser Direito. E quem declara oficialmente que a previsão foi realizada é o Juiz. Portanto, ele declara o Direito que é, constituindo-o de acordo com os fatos, que seleciona, e com dispositivos legais, que interpreta.” (VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria geral do direito: teoria da norma jurídica*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 187).

<sup>492</sup>ZIEMELE, Ineta. How International Law matters for the European Court of Human Rights. In: LÓPEZ GUERRA, Luis; MORTE GÓMEZ, Carmen; MENGUAL I MALLOL, Anna Maria; CANO PALOMARES, Guillem (Eds.). *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una visión desde dentro*. 1. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 409.

<sup>493</sup>NEVES, Castanheira António. *Fontes do direito*, cit., v. 2, p. 7.

próprio direito positivo vigente<sup>494</sup>. Em idêntica linha, Luis Ricasens Siches sentencia que o “*juéz es esencialmente una pieza integrante del orden jurídico positiva*”<sup>495</sup>.

Joaquim Freitas da Rocha realça a existência de decisões jurisdicionais com força obrigatória geral que transcendem o efeito *inter partes* incidente na resolução do caso concreto submetido ao Poder Judiciário, porém não como precedente positivo, mas apenas nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por Cortes Supremas ou constitucionais (*legislador negativo*)<sup>496</sup>.

Todavia, no caso do diálogo transjudicial, disso não se trata. O diálogo e a comunicação entre os juízes em geral ostenta irrefutável fonte de produção do direito, seja no plano internacional, seja com mais incisividade, quando cria verdadeiramente o direito interno.

Leciona Castanheira Neves que, afora a casuística típica da realização concreta do direito, a decisão judicial acaba por contribuir, em dado momento de constituição do direito, para a “renovação e reconstituição da normatividade global do sistema jurídico e, portanto, para a reelaboração do próprio *corpus iuris*”. Esse processo dá-se pela “generalização integrante das suas *rationes decidendi*”, criando “normas, *topoi* normativos, princípios normativo-jurídicos e mesmo institutos jurídicos, enquanto explicitações dogmáticas das intenções normativas que as informam como seus pressupostos fundamentantes”<sup>497</sup>. No pensamento de Castanheira Neves, não ocorre mero acréscimo de sentido, mas potencial possibilidade de rearranjo de todo o sistema jurídico com a inserção de novo sentido. A adição de nova gota de água ao copo já inteiramente cheio tem o potencial de provocar o transbordamento do toda a água ali contida.

Daí reconhecer a jurisprudência, formada nas decisões judiciais, como fonte do direito. E ainda mais no direito internacional, como assinala Andrew Hurrell, que

---

<sup>494</sup>NEVES, Castanheira António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*, cit., p. 17.

<sup>495</sup>RICASENS SICHES, Luis. *Tratado general de filosofía del derecho*. México: Editorial Porrúa, 2008. p. 319.

<sup>496</sup>ROCHA, Joaquim Freitas da. *Constituição, ordenamento e conflitos normativos*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. p. 551-552.

<sup>497</sup>NEVES, Castanheira António. *Fontes do direito*, cit., p. 88.

também reconhece essa qualidade nos tratados, convenções, costumes internacionais, formando uma ordem jurídica horizontal<sup>498</sup>.

A esta altura, nunca é demais estabelecer uma nítida diferenciação entre precedente e jurisprudência. Para Juraci Mourão Lopes Filho, precedente propicia um ganho hermenêutico que serve de referência individual para casos posteriores, ao passo que a jurisprudência corresponde a uma coleção de julgados no mesmo sentido, representando a reiteração de uma mesma resposta hermenêutica a várias situações distintas<sup>499</sup>. Enquanto a jurisprudência consiste em uma coletânea de entendimentos formatados no passado do tribunal que a construiu, o precedente firma-se como orientação jurisprudencial para o futuro.

Para Juraci Mourão, somente pode ser considerado ganho hermenêutico propiciado pelo precedente, quando obtém: a) um novo sentido; b) a escolha por um sentido específico em função das particularidades do caso apreciado; e c) o avanço de sentido que não se acha explicitado no texto normativo<sup>500</sup>. O precedente, em sua visão, forma um sistema próprio do tipo coerentista em rede composto apenas de sentidos<sup>501</sup>.

Marc Jacob, por seu turno, conceitua precedentes como os casos decididos nos quais a questão essencial já restou enfrentada anteriormente. Porém, também complementa que precedente seria a forma do argumento ou da justificação utilizada no processo de elaboração da decisão. O precedente, em sua ótica, apresenta consistência decisional baseada na linhagem histórica<sup>502</sup>.

Michele Taruffo apresenta algumas características a respeito do precedente judicial. Primeiro, não é o tribunal que o estabelece a alçá-lo à condição de precedente.

---

<sup>498</sup>HURRELL, Andrew. *On global order*, cit., p. 49.

<sup>499</sup>LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 130.

<sup>500</sup>Id. Ibid., p. 276. Em outras linhas, asseve Juraci Mourão que: “Precedente, portanto, é uma resposta institucional a um caso (justamente por ser uma decisão), dada por meio de uma *applicatio*, que tenha causado um ganho de sentido para as prescrições jurídicas envolvidas (legais ou constitucionais), seja mediante a obtenção de novos sentidos, seja pela escolha de um sentido específico em detrimento de outros ou ainda avançando sobre questões não aprioristicamente tratadas em textos legislativos ou constitucionais.” (Id. Ibid., p. 275).

<sup>501</sup>Id. Ibid., p. 339.

<sup>502</sup>JACOB, Marc. *Precedents: lawmaking through international adjudication*, cit., p. 38.

Segundo, o precedente não corresponde a um enunciado abstrato em termos gerais de uma regra de direito, mas uma verdadeira norma jurídica fruto da apreciação já realizada de um determinado caso concreto, daí somente se constituir, em última análise, em precedente, se a decisão anterior enfrentou questões fáticas ou uma particular situação de fato<sup>503</sup>.

O Poder Judiciário e, em particular, os juízes e tribunais, desempenham função primordial na circulação e operacionalização sistêmica das decisões judiciais. Decisões influenciam e interagem com outras decisões, criando outras mais. Apesar disso, para se descobrir a verdadeira utilidade da teoria luhmanniana como matriz teórica do estudo do diálogo transjudicial, torna-se imperioso emprender um exame preambular sobre a figura do observador e da observação.

No próximo tópico, este estudo debruçar-se-á sobre as observações de primeira, segunda e terceira ordens. A de primeira corresponde à incidência da norma jurídica no mundo da faticidade. A de segunda ordem, à decisão judicial que analisa o direito incidente sobre o fato jurígeno. E a de terceira ordem, à observação de decisões judiciais, que, sob a vertente deste estudo, consiste na própria operação que se concretiza através do diálogo transjudicial.

### **3.3. Observação da decisão judicial**

A decisão judicial e, sobretudo o juízo decisório, é ato isolado e monocrático do juiz, ainda que esteja compondo o órgão judicial colegiado, como, por exemplo, os tribunais. No processo de formação da convicção decisória, embora se reconheça que o juiz recebe influências das mais variadas formas e origens, até mesmo de caráter emocional, não as concebe como elementos comunicativos que constituem a própria decisão. Sem essas conexões comunicativas nem sequer existe ou se profere a decisão judicial. A comunicação prévia é condição de existência da decisão.

---

<sup>503</sup>TARUFFO, Michele. Note sparse sul precedente giudiziale, cit., p. 113-117.



Luhmann eleva as decisões dos tribunais à posição central no sistema jurídico<sup>504</sup>. E os tribunais teriam o papel de supervisionar a consistência das decisões jurídicas (leis, contratos, testamentos, entre outros). Esse olhar configuraria a observação de segunda ordem (*Beobachtung zweiter Ordnung*) que observa as decisões jurídicas, que, por seu turno, já observou o direito (observação de primeira ordem), através da interpretação. Os tribunais interpretam, mas o fazem de modo diverso mediante a argumentação, para comprovar a racionalidade de suas decisões judiciais<sup>505</sup>.

Observação de segunda ordem é a observação dos observadores (*Beobachtung von Beobachtern*) que se diferencia da observação já realizada de primeira ordem incidente sobre atores e vítimas, tendo o papel de examinar a relação com o mundo de acordo com o direito ou em desacordo com ele (observação que analisa a licitude e a ilicitude)<sup>506</sup>. Em Luhmann, observar é uma operação de distinguir e indicar uma e outra parte que se desencadeia em um mesmo instante em sistemas autopoieticos, porém o observador não pode ver a si mesmo<sup>507</sup>. Segundo constrói, “L’osservazione dell’osservare non ha altra funzione che quella di agire come filtro per gli errori della conoscenza. Anche gli altri osservatori, se li si osserva, sono oggetti”<sup>508</sup>.

Essa observação na acepção luhmanniana, consoante acentua Douglas Price, em verdade, é um modo específico de operação, que utiliza um esquema de distinções baseadas no binômio identidade/diferença<sup>509</sup>. Decisões, em Luhmann, são observações, que se revelam por distinções a que denomina de alternativas. A alternativa é a que faz de uma observação a decisão e torna, ao mesmo tempo, particulares espécies de

---

<sup>504</sup>LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, cit., p. 307.

<sup>505</sup>Id. Ibid., p. 327.

<sup>506</sup>Id. Ibid., p. 70.

<sup>507</sup>LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*, cit., p. 23-24. Luhmann desdobra ainda a ideia, quando leciona que: “La distinzione che l’osservatore rispettivamente utilizza per indicare l’una o l’altra parte, serve come condizione invisibile del vedere, come punto cieco. E questo vale per ogni osservare, indipendentemente dal fatto che l’operazione sia psichica o sociale, che venga realizzata come processo attuale della coscienza o come comunicazione” (Id. Ibid., p. 24).

<sup>508</sup>Id. Ibid., p. 351.

<sup>509</sup>DOUGLAS PRICE, Jorge Eduardo. *La decisión judicial*, cit., p. 239.

distinções em que cada um dos lados pode ser indicado<sup>510</sup>. E só a alternativa faz da decisão uma decisão<sup>511</sup>.

O observador que observa, mas não consegue se auto-observar, provoca relevante e até mesmo decisivo impacto na constituição da decisão jurídica e, primordialmente, na construção da decisão judicial (observação de segunda ordem).

A decisão, antes da efetiva decisão, não é a mesma daquela depois da decisão, e no exato momento em que se decide não é possível observá-la<sup>512</sup>.

É possível ainda apontar a existência de uma observação de primeira ordem e outra observação de segunda ordem. A de primeira ordem, baseada em valores, guia o observador a agir. O observador de segunda ordem medita sobre a semântica dos valores utilizada na comunicação<sup>513</sup>. O observador do observador, longe de se revelar como um melhor observador, é apenas uma outra observação<sup>514</sup>.

Observar o que faz o outro para reproduzi-lo tem se apresentado, nos tempos atuais, em poderoso elemento ou critério de aplicação do direito. Observa-se a observação já realizada por outro tribunal na apreciação do caso concreto e a analisa à luz de suas peculiaridades, esgrimindo argumentos favoráveis ou contrários à tese cristalizada na observação originária.

Porém, é de atentar que a simples observação não é um processo estático, mas sobretudo dinâmico, porquanto o julgador, na análise de determinado precedente, busca interpretá-lo com base em sua visão de mundo (mundividência). O olhar (a interpretação) altera o objeto interpretado (precedente judicial).

Heinz Von Foerster já havia identificado contradições na teoria do conhecimento, desenvolvida no primeiro quarto do século passado, que defendia a concepção de uma ciência definitiva em busca de uma descrição objetiva do mundo sem subjetivismos e, portanto, despida de visões e óticas pessoais dos sujeitos. E, para

---

<sup>510</sup>LUHMANN, Niklas. *Organisation und Entscheidung*, cit. p. 132-133.

<sup>511</sup>Id. Ibid., p. 135.

<sup>512</sup>Id. Ibid., p. 171.

<sup>513</sup>Id. Ibid., p. 395.

<sup>514</sup>Id. Ibid., p. 400.

eliminar tais contradições, sugere Foerster a necessidade de se admitir, ao menos, um observador (um sujeito) e de se deixar de compreender as observações como apreciação absoluta do objeto, na medida em que representam apenas uma particular percepção do observador. E conclui que o ato de observação influencia o objeto observado a ponto de torná-lo imprevisível até mesmo para o próprio observador<sup>515</sup>.

Nesta linha de raciocínio, a forma como se interpreta o precedente modifica-se a depender do órgão judicial dialogando. Daí a interpretação do precedente judicial ser sempre uma visão parcial, incompleta e limitada do alcance do julgado, mesmo para aqueles julgadores que integram o mesmo tribunal ou regime jurídico. Em outras linhas, a interpretação altera o conteúdo do precedente judicial, pois depende sempre da capacidade do intérprete de compreender (ou melhor, construir) o seu alcance e a intensidade de sua aplicabilidade ao caso dialogado.

O mais surpreendente de tudo isso é que, malgrado as diferenças muitas vezes de narrativas dos textos normativos, de culturas e de realidades sociais e econômicas entre os países, os tribunais não tem se inibido em citar e, portanto, observar precedentes de outros. Aquilo que o estudo do direito comparado poderia até mesmo distanciar, a invocação de julgados acaba por aproximar.

Anota o Chief Justice da Índia Ajit Prakash Shah que, no caso *R. Rajagopal v. State of T.N.*, a Suprema Corte da Índia reconheceu o direito à privacidade como independente e autônomo direito fundamental, alicerçado em várias decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos (*Griswold v. Connecticut*, *Roe v. Wade* e *New York Times Co. v. Sullivan*) e da Câmara dos Lordes inglesa (*Derbyshire County Council v. Times Newspaper Ltd.*)<sup>516</sup>.

De igual sorte, Jeremy Waldron registra que a Corte Suprema da Nova Zelândia, ao apreciar questão atinente ao regime de prisão conferido aos prisioneiros em Auckland, fez referência a 22 (vinte e dois) casos norte-americanos, 9 (nove) canadenses, 18 (dezoito) do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, 3 (três) da África

---

<sup>515</sup>FOERSTER, Heinz von. *Sistemi che osservano*, cit., p. 152.

<sup>516</sup>SHAH, Ajit Prakash. Judicial globalisation: Supreme Court of India. In: MULLER, Sam; RICHARDS, Sidney (Eds.). *Highest courts and globalisation*. Hague: Hague Academic Press, 2010. p. 77-78.

do Sul, 8 (oito) do Reino Unido e 10 (dez) da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas<sup>517</sup>.

Antonio Natali já havia constatado profunda influência da norma comunitária no ordenamento jurídico interno italiano, notadamente das sentenças do Tribunal de Justiça da União Europeia na construção do direito nacional italiano<sup>518</sup>.

Nunca se fez tantas referências a julgados estrangeiros, como se constatou nos últimos anos, mormente por tribunais constitucionais e supremos. A lei perdeu a centralidade como principal elemento interpretativo na resolução dos casos concretos, sendo frequentemente substituída, em termos aplicativos-judicantes, pela decisão judicial.

A presente reflexão pressupõe analisar as observações dos outros observadores e aquilatar se a prática considerada dialógica pelos tribunais contribui para a construção e aperfeiçoamento do direito e da maior efetividade dos direitos humanos fundamentais. É expressão corrente, possivelmente equivocada, que a definição do direito mediante decisões judiciais propicia maior insegurança jurídica. Nota-se, então, a necessidade de avaliar se a construção de teses jurídicas em diálogo transjudicial pode ensejar harmonização entre entendimentos potencialmente conflitantes.

Alfonso Catania propõe modelo de decisão que se aproxima da essência do diálogo transjudicial, na medida em que tenta compreender o direito a partir da decisão à norma e dessa à decisão, sendo que essa última não se refere ao mesmo sujeito-autor da primeira<sup>519</sup>.

O diálogo, porém, não colima, exclusivamente, harmonizar posicionamentos dissonantes com o fim de padronizar, apenas em uma única perspectiva, a interpretação dos direitos humanos fundamentais. Como se observará mais a frente, o diálogo almejará estabelecer distinções e diferenciações a ponto de afastar determinados

---

<sup>517</sup>VALDRON, Jeremy. Treating like cases alike in the world: the theoretical basis of the demand for legal unity. In: MULLER, Sam; RICHARDS, Sidney (Eds.). *Highest courts and globalisation*. Hague: Hague Academic Press, 2010. p. 100.

<sup>518</sup>DE DOMINICIS, Mario; NATALI, Antonio. *Il Percorso Costituzionale italiano dell'ordinamento comunitario*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2001. p. 193-194.

<sup>519</sup>CATANIA, Alfonso. *Metamorfosi del diritto: decisione e norma nell'età globale*, cit., p. 129.

precedentes que *a priori* poderiam ser levados em consideração na solução do caso decidendo.

Para tanto, há de avaliar de que maneira a decisão judicial pode se comportar, em um processo comunicativo, como pressuposto decisório para ser invocada em outras decisões futuras.

### 3.4. A decisão judicial como premissa decisória

Na linha de Luhmann, os tribunais seriam organizações e, neste palmar, poderiam harmonizar-se entre eles intensa interação através de premissas decisórias<sup>520</sup>. E as organizações, por sua vez, sistemas autopoieticos que se produzem e se reproduzem a si mesmas a partir das próprias operações. Essas operações nada mais se apresentam do que as decisões<sup>521</sup>, ou melhor, comunicações de decisões (*Kommunikation von Entscheidungen*)<sup>522</sup>. Essa modalidade operativa exige contínuo reforço de informações e de motivos, que se obtém no próprio sistema, mas também podem receber estímulos do ambiente<sup>523</sup>.

Os tribunais, portanto, no pensamento de Luhmann, consubstanciam organizações e, como tais, somente se criam a partir de tribunais, cujo crescimento notabilizar-se-ia pela interação mediante a rede de relações interorganizacionais<sup>524</sup>.

As organizações, ao contrário do que se pode imaginar, não seriam concebidas na ótica luhmanniana como vínculos e liames entre pessoas, mas como transformação de decisões em decisões<sup>525</sup>. Os elementos do sistema seriam as decisões e, na hipótese

---

<sup>520</sup>LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*, cit., p. 330.

<sup>521</sup>LUHMANN, Niklas. *Organisation und Entscheidung*, cit., p. 9.

<sup>522</sup>Id. *Ibid.*, p. 63.

<sup>523</sup>Id. *Ibid.*, p. 71.

<sup>524</sup>LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Rubí-Barcelona: Anthropos Editorial, 2005. p. 60.

<sup>525</sup>LUHMANN, Niklas. *Organisation und Entscheidung*, cit., p. 376.

de tribunais, judiciais, cujas operações sistêmicas desenrolar-se-iam através da prolação de decisões mediante a interferência e o diálogo com outras decisões anteriores.

A decisão, em geral, e, no caso do Judiciário, a decisão judicial passa, no palmilhar de Luhmann, a se constituir no paradigma central do direito, como acentua Castanheira Neves<sup>526</sup>. Para o professor lusitano, decisão “é a opção resolutive que a si própria se afirma ou impõe”, sendo “desvinculada quanto ao conteúdo e relativamente a uma qualquer pré-determinação, ainda que porventura num quadro alternativo de possibilidades em que apenas se escolhe”<sup>527</sup>. Consoante entende, decisão seria o resultado de uma opção entre as várias alternativas existentes, só eleita no processo judicativo decisório<sup>528</sup>. Para Aurélia Schahmaneche, decisão designaria não apenas o resultado a solucionar uma questão, mas também o processo para se chegar a uma tomada de posição<sup>529</sup>.

No século XIX, relembra Luhmann que a teoria da organização apoiava-se na hierarquia desde o vértice e na decisão racional e eficiente dada na perspectiva de um indivíduo<sup>530</sup>. Daí não se surpreender com a ideia mais comum que se formou a respeito de decisão como processo de escolha de uma opção entre várias possibilidades, sendo fruto de um “posso, quero e mando”<sup>531</sup>.

No entanto, na ótica de Luhmann, como bem sintetiza Artur Stamford da Silva, decisão jurídica não resulta de ato de escolha, nem de poder (arbitrariedade) quer individual ou coletivo, nem de comunidade de intérpretes, nem uma questão exclusivamente política ou econômica, nem de consenso<sup>532</sup>. Decisão jurídica também não diz respeito à legislação em si mesma considerada, nem à interpretação ou

---

<sup>526</sup>NEVES, Castanheira António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz”, ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito, cit., p. 185.

<sup>527</sup>NEVES, Castanheira António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*, cit., p. 32.

<sup>528</sup>Id. Ibid., p. 71-72.

<sup>529</sup>SCHAHMANECHE, Aurélia. *La motivation des decisions de la Cour Europeenne des Droits de L’Homme*. Paris: A. Pedone, 2014. p. 18.

<sup>530</sup>LUHMANN, Niklas. *Organisation und Entscheidung*, cit., p. 44.

<sup>531</sup>BRONZE, Fernando José. Breves considerações sobre o estado actual da questão metodológica. In: BRONZE, Fernando José. *Analogias*. Coimbra: Coimbra Ed., 2012. p. 15.

<sup>532</sup>SILVA, Artur Stamford da. Teoria reflexiva da decisão jurídica: observações a partir da teoria dos sistemas que observam, cit., p. 33.

argumentação, nem muito menos desfruta de relação com a cultura jurídica, pois se consubstancia mediante a operação de observação de primeira ordem do sistema jurídico<sup>533</sup>.

Assim, decisão jurídica não se equipara à decisão judicial ou judiciária, já que aquele representa a observação de primeira ordem, enquanto a segunda, observação de segunda ordem<sup>534</sup>. As decisões dos tribunais, que se dão pela interpretação por argumentação, é “uma observação da auto-observação que o sistema jurídico já fez de si mesmo”<sup>535</sup>. Norbert Horn define o verbo “*argumentar*” como “desenvolver e ponderar razões e contrarrazões sob as condições de um diálogo (discurso) de diversas partes, para chegar a uma decisão”. A argumentação, no seu olhar, seria um processo intelectual aberto<sup>536</sup>. Já o conceito luhmanniano de argumentação desenvolve-se com base na combinação de cada uma das três distinções entre: a) operação/observação; b) autoobservação/heteroobservação; e c) controvertido/incontrovertido<sup>537</sup>.

No pensamento de Luhmann, ainda remanesce alguns elementos operacionais imprescindíveis ao desenrolar dos sistemas autopoieticos, como o sistema jurídico essencialmente baseado na decisão. O primeiro deles é a informação, que se revela

---

<sup>533</sup>SILVA, Artur Stamford da. Teoria reflexiva da decisão jurídica: observações a partir da teoria dos sistemas que observam, cit., p. 47.

<sup>534</sup>Id. Ibid., p. 34.

<sup>535</sup>Id. Ibid., p. 49. Artur Stamford da Silva desdobra esse pensamento ostentando que: “Distintas da decisão jurídica, a decisão judicial e a decisão judiciária são observações de segunda ordem, pois observações das observações já processadas autopoieticamente pelo sistema jurídico. Como, pois, observações de segunda ordem, a decisão judicial e a judiciária são argumentações legislativas, doutrinárias (dogmática, filosófica, sociológica), contratuais, jurisprudenciais (Poder Judiciário), peticionárias (decisão tomadas por advogados, promotores, delegados, procuradores), e ainda argumentos de não juristas. Ou seja, são informações a serem processadas pelo sistema jurídico de forma a poderem vir a constituir ou não o sentido de lícito e ilícito, conforme o sistema jurídico venha a observar tais informações. Para suprir a confusão que ocorre com o uso dos termos *interpretação e argumentação* como observação de primeira ordem, propomos os seguintes usos terminológicos: decisão jurídica como distinção produzida pelo sistema mesmo, incontrolável por qualquer indivíduo ou coletividade, fruto da *autopoiesis* do direito, da redundância de comunicação sobre o sentido de lícito e ilícito; decisão judicial como distinção produzida por juristas ou demais sistemas sociais, de forma que, por acoplamento estrutural, influenciem (ou não) a construção de sentido do direito da sociedade; decisão judiciária como distinções (interpretações e argumentações) produzidas exclusivamente pelos tribunais superiores” (Id. Ibid., p. 50-51).

<sup>536</sup>HORN, Norbert. *Introdução à ciência do direito e à filosofia jurídica*. Tradução: Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 202.

<sup>537</sup>LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, cit., p. 351.

como notícias novas a se considerar em cada decisão, dado o reduzido (ou ilimitado) número de possibilidades. Outro é a redundância, que nada mais significa do que fórmulas feitas para a repetição. É condição de possibilidade da argumentação jurídica, pois resulta (circularmente) de que a informação precedente deve ser tomada em consideração nas operações sucessivas dos sistemas autopoieticos<sup>538</sup>.

Ao lado da redundância, ainda existe outra condição de possibilidade da autopoiese sistêmica: a variedade. Esse elemento operativo é a quantidade e a diversidade de operações que o sistema reconhece como próprias e que pode realizar<sup>539</sup>.

Luhmann, ao tratar da relação entre decisões, aponta três características assentadas na unidade, seletividade e temporalidade. Em princípio, devem as decisões se apresentarem como unidade hábil a servirem de premissas para outras decisões posteriores no tempo. Além disso, impõe que se selecione uma entre as várias alternativas e que, por esse motivo, estabeleçam ligações ou as impeçam com outras decisões<sup>540</sup>. As relações entre decisões nos sistemas organizacionais constituem-se no primeiro conteúdo da decisão, uma vez que se decide porque já se decidiu ou para que se decida. Há inegável implicação recíproca entre as decisões, demarcando os contornos de uma e de outra<sup>541</sup>. A conexão entre decisões fazem com que as decisões anteriores sejam pressupostos para a prolação de decisões ulteriores<sup>542</sup>.

Essa ideia luhmanniana de decisão e, sobretudo da existencia de uma cadeia de decisões que se sucedem, aproxima-se da concepção do que se entende por precedente, como produto do Poder Judiciário. Para Jan Komárek, precedente é uma decisão

---

<sup>538</sup>LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, cit., p. 352-353 e 356.

<sup>539</sup>Id. Ibid., p. 358.

<sup>540</sup>LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*, cit., p. 17.

<sup>541</sup>Id. Ibid., E, ainda, desdobra essa concepção destacando que: “La presión de decisión conduce al almacenamiento de decisiones o de elementos de decisión para el uso repetido. La decisión, en consecuencia, se prepara mediante La reunión de componentes prefabricados, sobre los cuales se ha decidido en outro tipo de decisiones. La diferencia real de estas situaciones de decisión es sobrepasada. La pregunta directriz es: qué es lo que ya tenemos?; y no: qué alternativas para la decisión concreta que corresponde adoptar?” (Id. Ibid., p. 83).

<sup>542</sup>LUHMANN, Niklas. *Organisation und Entscheidung*, cit., p. 175.



judicial prévia que repercute normativamente no contexto de um caso específico que já foi objeto de julgamento<sup>543</sup>.

Essa rede recursiva autopoiética torna as decisões referências para outras decisões e também sofrem influências dessas outras decisões<sup>544</sup>. A autopoiese de decisões torna sólido o sistema e o orienta para o futuro, traçando uma diferença entre a decisão tomada no passado e no futuro<sup>545</sup>. No entanto, não se pode garantir uma coordenação livre de atritos das operações do sistema, sobretudo em decorrência do fator tempo. Em cada momento do tempo, a reação às irritações podem repercutir diferentemente<sup>546</sup>. Como já advertiu Luhmann, a integração entre as organizações, ao contrário do que se imagina, não conduz ao consenso, como sempre defendeu Habermas, mas a limitação do grau de liberdade dos sistemas organizacionais e, portanto, podendo levar ao dissenso<sup>547</sup>.

É oportuno realçar que, na doutrina luhmanniana, não existe uma única solução correta para as decisões, mas soluções satisfatórias, a depender da forma como a organização chega a decisão<sup>548</sup>. Essa ideia pode sinalizar que a doutrina do diálogo transjudicial que ora se propõe, fundada no pensamento luhmanniano, soaria como uma mera teoria procedimental de proteção dos direitos humanos. Mas não. Não se faz um verdadeiro diálogo, sem que se avalie os aspectos fático-jurídicos que circundam a questão, baseando-se em argumentos e critérios axiológicos fundamentais da criatura humana.

É inegável que as razões desfiladas nas decisões proferidas por cortes internacionais e nacionais valem-se de inúmeros parâmetros de índole iusfundamental que andam no mesmo compasso do *ius cogens*, normas consuetudinárias e *erga omnes* internacionais. O controle do conteúdo material proporcionado pelo diálogo

---

<sup>543</sup>KOMÁREK, Jan. Reasoning with previous decisions. In: ADAMS, Maurice (Ed.). *Practice and theory in comparative law*. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 67.

<sup>544</sup>LUHMANN, Niklas. *Organisation und Entscheidung*, cit., p. 230.

<sup>545</sup>Id. Ibid., p. 162.

<sup>546</sup>Id. Ibid., p. 239.

<sup>547</sup>Id. Ibid., p. 99.

<sup>548</sup>LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*, cit., p. 35.

transjudicial dá-se pela qualidade da argumentação e da possível incorporação, diferenciação ou alargamento de sentidos constantes na decisão dialogada sob influência do precedente dialogando.

Já dizia Richard A. Posner que poderia apontar uma série de razões para se prestigiar a citação judicial, entre as quais, incorporar, por meio da referência, um conjunto de informações e, mais particularmente, dotadas de autoridade, ainda que sirvam para introduzir uma distinção que o precedente não estabelecera ou que o rejeite por completo<sup>549</sup>.

Decisão dialoganda seria o precedente paradigma utilizado como referência para o tribunal que dialoga com outro. E decisão dialogada é aquela decisão que foi construída a partir do processo dialógico com base na decisão dialoganda.

Para Luhmann, a absorção da incerteza só vem quando as decisões são coligadas a outras decisões<sup>550</sup>. Ou, como diz em outras palavras, a conexão entre decisões absorve a incerteza, construindo decisões por meio de decisões e estruturas mediante decisões sobre premissas decisórias<sup>551</sup>.

Sempre se mostrou por demais corriqueiro observar tribunais em geral citarem em suas decisões precedentes anteriores da própria corte. Seguir os seus próprios entendimentos consolidados em julgados proferidos anteriormente, independentemente da composição do colegiado. A tradição do *common law* da prolação de precedentes judiciais bem revelam tal prática na construção do raciocínio judicial numa sequência cumulativa de sentidos que se adicionam entre si e que servem de premissa decisória à formatação da decisão objeto de elaboração.

---

<sup>549</sup>POSNER, Richard A. *Fronteiras da teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 564-566. Posner ainda destaca que “muitas decisões judiciais desempenham um papel relacionado à informação e não à autoridade; elas são citadas como uma maneira rápida e simples de expressar determinadas doutrinas jurídicas, de expor argumentos com clareza ou de articular com eloquência certas ideias ou políticas importantes. Poucas dentre as citações judiciais são por anterioridade, pois não há uma norma contra o plágio na atividade judicial. Nesse quesito a situação no direito assemelha-se àquela que vigorava na literatura antes de se passar a definir a criatividade como originalidade” (Id. *Ibid.*, p. 566).

<sup>550</sup>LUHMANN, Niklas. *Organisation und Entscheidung*, cit., p. 195.

<sup>551</sup>Id. *Ibid.*, p. 304.

Basta ver, a título de exemplo, o recente julgamento acerca dos limites da liberdade de expressão pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no *Caso Snyder vs. Phelps* (2011). Neste julgado, a Corte Suprema invoca, além de vários outros arestos jurisprudenciais, os Casos *San Diego vs. Roe* (2004), *Hurley vs. Irish-American Gay, Lesbian e Bisexual Group of Boston* (1995), *Texas vs. Johnson* (1989) e *Boos vs. Barry* (1988)<sup>552</sup>. O julgamento citado *Hurley vs. Irish-American Gay, Lesbian e Bisexual Group of Boston* (1995), por seu turno, à semelhança do que ocorre no processo de construção das decisões judiciais no direito jurisprudencial norte-americano, cita os Casos *New York Times vs. Sullivan* (1964), *Gertz vs. Robert Welch* (1974) e *Hustler Magazine, Inc. vs. Falwell* (1988)<sup>553</sup>. E assim por diante numa cadeia de decisões que se sucedem e se assemelham a um fio de novelo interminável.

Na cultura do *common law*, é bastante comum uma decisão judicial reunir, em sua fundamentação uma série de precedentes anteriores que lhe dão base, como verdadeiro encadeamento sucessivo de decisões. Na teoria do diálogo transjudicial, as decisões comportar-se-iam como premissas decisórias para outras decisões futuras, que representariam sentidos interpretativos já sedimentados em julgamentos anteriores que podem se incorporar como ponto de partida argumentativo para decidir casos futuros.

O grande desafio, porém, é saber se a ideia luhmanniana de encadeamento de decisões, sendo umas pressupostas de outras, pode ser usada no diálogo entre decisões judiciais. Para se chegar a essa conclusão, é preciso avaliar os elementos que compõem aquilo que se chama de diálogo transjudicial, a começar pela sua conceituação.

---

<sup>552</sup>UNITED STATES SUPREME COURT. *Snyder v. Phelps et al.* Certiorari to the United States Court of Appeals for the Fourth Circuit No. 09–751. Argued October 6, 2010—Decided March 2, 2011. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-751.pdf>.

<sup>553</sup>UNITED STATES SUPREME COURT. *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston, Inc.*, 515 U.S. 557 (1995). No. 94-749. Argued April 25, 1995—Decided June 19, 1995. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/515/557/>.

### 3.5. Elementos do diálogo transjudicial

#### 3.5.1. Conceito

O diálogo transjudicial representa a interligação comunicativa entre tribunais ou juízes, através de seu elemento básico, que é a decisão judicial<sup>554</sup>. A comunicação entre cortes, em qualquer dimensão que se deseje analisar, dá o conteúdo das normas jurídicas a partir do processo de adição de novos sentidos. A comunicação, na linha de Luhmann, por outro lado, é um evento improvável, que se realiza a partir da informação, do ato de comunicar e da compreensão<sup>555</sup>.

O diálogo transjudicial, nas precisas linhas de Giuseppe De Vergottini, por seu turno, nada mais seria do que a “circulación de flujos de información sobre los pronunciamientos de los diferentes ordenes judiciales”<sup>556</sup>. Tanto isso é verdade que Vergottini não reconhece a presença do diálogo na relação entre tribunais nacionais de igual estatura, mas mera influência da jurisprudência de um tribunal de maior prestígio sobre outro, na medida em que ocorreria nesses casos apenas mera imitação<sup>557</sup>. Influência, pois, seria fenômeno diverso da interação, na medida em que, enquanto aquele teria cunho meramente unidirecional, este compreenderia reciprocidade. Assim, o diálogo aproximar-se-ia da noção de interação<sup>558</sup>.

---

<sup>554</sup>Aqui compreendido tanto como sentença como acórdão ou qualquer outra espécie de decisão judicial, que solução a questão material ou processual controvertida do caso decidendo.

<sup>555</sup>LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*, cit., p. 61. O primeiro de seus elementos essenciais, a informação, entrelaça-se com a possibilidade de alargamento da capacidade cognitiva, na medida em que “com l’aiuto degli altri ci si può procurare molte più informazioni e, cio che più conta, in un modo più rapido di quanto non sarebbe possibile fare attraverso i propri organi di senso. La soluzione del problema sembra esser data, allora, dallo sviluppo simultaneo di una estrema dipendenza sociale e di un alto grado di individualizzazione: questo sviluppo sarebbe raggiunto mediante la costruzione di un complesso ordine della comunicazione fornita di senso, la quale determinerebbe poi l’ulteriore evoluzione dell’uomo” (Id. *Ibid.*, p. 63).

<sup>556</sup>DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le corti*, cit., p. 482.

<sup>557</sup>VERGOTTINI, Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le corti*, cit., p. 486-487.

<sup>558</sup>Id. *Ibid.*, p. 18.

Adverte Von Foerster que a noção de comunicação, frequentemente, vem ligada à troca de informações, como se fosse um tubo em que se deixa cair um produto por uma das extremidades até se alcançar o outro vértice, repetindo a operação em sentido inverso para se chegar à extremidade inicial. A comunicação compreenderia esse processo na íntegra a revelar uma espécie de troca de informações. Contudo, para ele, não seriam informações a circular de um ponto a outro, mas sinais. Idêntica parábola poderia, de igual modo, ser atribuída à palavra “*diálogo*”. Diálogo corresponderia a uma troca de “*idee ed opinioni o uno scambio di pensieri e sensazioni*”<sup>559</sup>. Do mesmo modo, seriam sinais, e não necessariamente diálogo. Apenas se constituiria em diálogo ou conversação quando se compreende o sinal, entende o seu significado<sup>560</sup>.

E se há diálogo, no olhar de Von Foerster, no sentido de todos estarem a participar, a utilização de expressões do outro termina por abrir novas perspectivas, valendo-se de diferentes fontes e elementos em contínuo e permanente processo de interpretação, que permitam estabelecer novas conexões de pensamento nunca antes empreendidas<sup>561</sup>.

Por isso mesmo, o diálogo transjudicial, em verdade, seria um processo, desencadeado por operações de assimilação, incorporação e rejeição do paradigma decisório dialogando. Basta uma simples análise de como se perfectibiliza o diálogo para se constatar que se confunde, normalmente, o resultado oriundo da comunicação judicial (ou melhor, transjudicial), visível nas decisões judiciais dialogadas, com a operação dialógica e, mais precisamente, o processo mediante o qual se desenvolve.

Atento a esse caráter operativo, Humberto Nogueira Alcalá define o diálogo transjudicial como o “*procedimiento a través del cual diversos tribunales intercambian razonamientos, interpretaciones y soluciones adoptadas frente a diversos problemas que deben revolver jurisdiccionalmente*”<sup>562</sup>.

---

<sup>559</sup>FOERSTER, Heinz von. *Sistemi che osservano*, cit., p. 169-170.

<sup>560</sup>Id. Ibid., p. 171.

<sup>561</sup>Id. Ibid., p. 34.

<sup>562</sup>NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno. *Estudios Constitucionales*, año 9, n. 2, p. 23, 2011.

Nesta linha, o direito, como ressalta Günther Teubner, compreende uma rede de operações de comunicação que reproduz recursivamente e reflexamente comunicação. Não se encontra, portanto, formado de normas jurídicas, mas de comunicações jurídicas. Essas comunicações consistem em mecanismos cognitivos que possibilitam ao direito compreender o mundo. A compreensão do mundo pelo direito não se faz por uma comunicação que acessa ao mundo exterior ou que alcança a natureza ou a sociedade. A comunicação constrói a realidade para e do direito. Enfim, o direito cria a sua realidade<sup>563</sup>. O direito, em última análise, produz sentido.

Marcelo Neves também acompanha essa mesma toada, na medida em que destaca a circularidade entre criação e aplicação do direito e a capacidade de aprendizado como características essenciais do sistema constitucional<sup>564</sup>. Para Vergottini, o diálogo, por sua vez, pressupõe a ideia de interação recíproca (bidirecional), e não mera influência de uma decisão sobre outra (unidirecional)<sup>565</sup>.

Seria, metaforicamente exemplificado por Gustavo Zagrebelsky, como a refração de um espelho em que alguém vê a si mesmo através do outro em uma relação de mesmo nível, sem um hierarquia preestabelecida, participando os dois sujeitos dialogantes do mesmo processo de construção histórica<sup>566</sup>. De acordo com essa metáfora, é forçoso concluir que somente existe a imagem se houver a ligação ou a interação com o espelho. Sem o espelho, inexistente a imagem. Sem o elo comunicativo e, por que não dizer, o diálogo, não há direito. Só se cogita de solução resolvida pelo direito, quando houver diálogo. Daí poder se afirmar que, no diálogo transjudicial, haveria uma razão argumentativo-dialógica, que decorreria do direito à justificação

---

<sup>563</sup>TEUBNER, Günther. *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*, cit., p. 41-42. Todavia, Teubner adverte que esta afirmação “no quiere decir que el derecho ‘inventa’ arbitrariamente la realidad social. Una perspectiva constructivista no debe ser confundida con el ‘solipsismo metodológico’; más bien busca un camino intermedio entre el representacionalismo y el solipsismo. El constructivismo jurídico presupone entonces la ‘existencia’ de un entorno para el derecho. La cuestión no es un aislamiento metodológico del derecho, sino la construcción autónoma de modelos jurídicos de realidad bajo la impresión de las perturbaciones ambientales. Orden jurídica a partir del ruido social!” (Id. Ibid., p. 42).

<sup>564</sup>NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica*, cit., p. 69.

<sup>565</sup>DE VERGOTTINI, Giuseppe. *El diálogo entre tribunales*, cit., p. 487-488.

<sup>566</sup>ZAGREBELSKY, Gustavo. *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 405-406.

como metodologia intrínseca ao Estado de Direito numa concepção do constitucionalismo global.

O diálogo, contudo, não se confunde com a dialética. Na dialética, a tese e a antítese contrapõem-se, para se alcançar o resultado que seria a síntese, de modo que um tenta preponderar sobre o outro e, assim, afastá-lo, num esquema imperativo e excludente. No diálogo, as teses antagônicas complementam-se entre si, não havendo qualquer objetivo de “*triunfo argumentativo*” de um sobre outro. Uma tese termina se valendo dos argumentos da outra para se aprimorar, cabendo até mesmo uma solução compartilhada ou fruto da adição das duas opiniões originariamente contrárias.

Hegel, por sua vez, considera a dialética método da ciência para estabelecer conceitos, já que se desenvolve a partir de si mesmo através da progressão e produção de particularizações do universal<sup>567</sup>. Há muito Platão já havia conceituado dialética como o único método “que procede, por meio da destruição de hipóteses, a caminho do autêntico princípio, a fim de tornar seguros os seus resultados, e que realmente arrasta aos poucos os olhos da alma da espécie de lodo bárbaro em que está atolada e eleva-os às alturas”<sup>568</sup>.

Um aspecto é inescapável no processo dialógico. No diálogo transjudicial, certamente, há o desenvolvimento do raciocínio analógico. Castanheira Neves revela que a analogia está presente em todos os tipos de pensamento, desde o teórico-cognitivo ao prático, inclusive aposta que também se verifica na prática jurídico-decisória da *common law*<sup>569</sup>. Marc Jacob vaticina que o precedente é uma particular espécie de analogia<sup>570</sup>.

O raciocínio analógico, segundo Jorge Eduardo Douglas Price, é aquele estruturado por meio de exemplos, que se desenvolve basicamente através de três passos. O primeiro consiste em descobrir similitudes entre os casos. O segundo é

---

<sup>567</sup>HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Berlin: Nicolaischen Buchhandlung, 1821. p. 118.

<sup>568</sup>PLATÃO. *República*, cit., p. 347.

<sup>569</sup>NEVES, Castanheira António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*, cit., p. 238-239.

<sup>570</sup>JACOB, Marc. *Precedents: lawmaking through international adjudication*, cit., p. 50.

identificar a regra de direito implícita no primeiro deles. E o terceiro passo corresponde à aplicação de tal regra ao segundo caso<sup>571</sup>. Para Douglas Price, a analogia opera na jurisprudência, precisamente, produzindo diferenças a partir dos casos que surgem<sup>572</sup>.

É forçoso reconhecer que a analogia encontra-se em todos os tipos de pensamentos, sendo, como bem enaltece Castanheira Neves, “o conteúdo intencional de todo o pensamento”<sup>573</sup>. A analogia baseia-se na lógica do “particular a particular, de semelhante a semelhante”<sup>574</sup>, afastando-se dos tradicionais métodos dedutivo (subsunção da lei ao caso concreto ou silogismo legal) e indutivo como critérios por demais conhecidos de aplicação do direito.

Mattias Wendel ensina que a abertura dos tribunais constitucionais e a referência interrelacionada argumentativamente procuram identificar as semelhanças pontuais e os modelos comuns, para servir de paradigma com vistas a importar ou a exportar ideias<sup>575</sup>, o que aponta no sentido de uma verdadeira busca comparativa por elementos analógicos. Nessa perspectiva, é que se fala em diálogo constitucional<sup>576</sup>.

A metodologia de diálogo transjudicial defendida neste trabalho parte da visão luhmanniana de adicionamento sucessivo de sentidos e interpretações já consagrados em decisões anteriores, de sorte que compreenderia o mecanismo argumentativo de

---

<sup>571</sup>DOUGLAS PRICE, Jorge Eduardo. *La decisión judicial*, cit., p. 83.

<sup>572</sup>Id. Ibid., p. 166. Douglas Price explicita que: “La operación básica es establecer una diferencia, la diferencia que deja de un lado ‘esto’ y del outro lado ‘aquello’, la operación que señala ‘lo otro’ de ‘lo mismo’, lo distinto, lo que no es ‘esto’. Pero esa diferencia puede retornar: la operación de diferenciar se realiza a cada instante nuevamente, la diferencia se mantiene mientras se mantiene, es decir, mientras es usada en nuevas comunicaciones en un sentido analogado con el anterior, aunque siempre mediado por el principio de doble contingencia, es decir: que pueden ser interpretadas en ‘el’ sentido pretendido por el emisor, o no.” (Id. Ibid., p. 166).

<sup>573</sup>NEVES, Castanheira António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*, cit., p. 238.

<sup>574</sup>Id. Ibid., p. 259.

<sup>575</sup>WENDEL, Mattias. Richterliche Rechtsvergleichung als Dialogform: Die Integrationsrechtsprechung nationaler Verfassungsgerichte in gemeineuropäischer Perspektive. *Der Staat*, Berlin, v. 52, n. 3, p. 367, 2013.

<sup>576</sup>Anne Meuwese e Marnix Snel conceituam diálogo constitucional como: “a sequel of implicitly or explicitly shaped communications back and forth between two or more actors characterized by the absence of a dominant actor – or at least by a bracketing of dominance –, with the shared intention of improving the practice of interpreting, reviewing, writing or amending constitutions.” (MEUWESE, Anne; SNEL, Marnix. ‘Constitutional Dialogue’: an overview. *Ulrecht Law Review*, v. 9, n. 2, p. 126, Mar. 2013).



importação e exportação de interpretações judiciais, através da incorporação, alargamento ou a refutação de sentidos construídos e sedimentados em decisões judiciais anteriores. Essa operação interativa dar-se-ia mediante a circularidade judicial de sentidos e ideias argumentativas, transformando-se em circularidade normativa resultante de decisões judiciais paradigmáticas. Assim, em outras linhas, somente pode ser considerado diálogo quando se incorpora, alarga ou rejeita o sentido ou elementos interpretativos da decisão judicial dialoganda.

Neste sentido, o diálogo transjudicial compreenderia o método comunicativo-argumentativo que importaria e exportaria interpretações judiciais, mediante a incorporação, o alargamento ou a refutação de sentidos construídos e sedimentados em precedentes judiciais estrangeiros proferidos anteriormente.

Entretanto, nem toda importação ou exportação de interpretações judiciais entre juízes e tribunais pode ser reconhecida como diálogo transjudicial, consoante se observará nas linhas seguintes.

### **3.5.2. Citações aleatórias a precedentes estrangeiros**

Um dos enormes desafios a superar é aquilatar se todas as citações a precedentes estrangeiros podem ser reconhecidos, necessariamente, como diálogo transjudicial. Ao invocar outro julgado, estaria o tribunal a dialogar com ele? Delimitar o que significa diálogo transjudicial e estabelecer quais os parâmetros e de que forma ocorre tal conversação deontam como um dos principais objetivos desta investigação.

A uma primeira impressão, a invocação de precedentes estrangeiros pode representar nada mais do que recurso meramente ornamental e alegórico a embelezar inutilmente a decisão judicial, com o único intuito de ostentar erudição e exibicionismo. E essa reflexão crítica permeará todo o percurso deste trabalho. Afinal, seria possível extrair, verdadeiramente, alguma vantagem do diálogo transjudicial que não fosse o simples exibicionismo intelectual?

A primeira grande dúvida é saber se existe, efetivamente, verdadeiro diálogo ou se há apenas simples citações de julgados de outros tribunais unicamente para reforçar a retórica argumentativa em busca de convencer os juízes de determinado colegiado, respaldar uma posição já tomada ou mesmo simplesmente contabilizar o número de precedentes naquele sentido.

Maurício Ramires chama de “*cortar narizes*” o fenômeno que comumente tribunais praticam ao invocarem precedentes estrangeiros, quando se limita apenas a dizer quais cortes do mundo já decidiram em determinado sentido, sem mergulhar nas razões relevantes que os embasaram<sup>577</sup>. Naturalmente, de diálogo transjudicial não se trata.

Demais disso, a mera citação de precedentes ou mesmo de opiniões que produzem efeito meramente retórico, sem resolver quaisquer das problemáticas enfrentadas no caso em julgamento, não pode se qualificar como verdadeiro diálogo transjudicial. Quando muito, as citações recíprocas têm o condão de proporcionar o conhecimento da posição de determinado tribunal, mas apenas o diálogo, em sua operação dialógica, como se verá mais a frente, tem vida útil e sustentável.

Tania Groppi e Anna Maria Lecis Cocco-Ortu destacam que a citação extrassistêmica ou a interação entre duas jurisdições através de referências recíprocas nem sempre pode ser qualificado de diálogo<sup>578</sup>. Rafael Bustos Gisbert, por sua vez, caracteriza o diálogo como processo deliberativo que se desenvolve em cinco momentos: estabilidade, desafio, diálogo em sentido estrito, síntese e codificação<sup>579</sup>. Já Anne Meuwese e Marnix Snel exigem do diálogo transjudicial qualidade deliberativa na interação, a fim de que ostente força legitimadora no processo de tomada de decisão<sup>580</sup>.

---

<sup>577</sup>RAMIRES, Maurício. *Diálogo judicial internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional*, cit., p. 261.

<sup>578</sup>GROPPi, Tania; COCCO-ORTU, Anna Maria Lecis. *Cour européenne et Cour interaméricaine des droits de l’homme: de l’influence ou dialogue? Revue française de Droit Constitutionnel*, Paris, n. 100, p. 971, Déc. 2014. N. spécial: 25 ans de Droit Constitutionnel.

<sup>579</sup>BUSTOS GISBERT, Rafael. *XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales*, cit., p. 193.

<sup>580</sup>MEUWESE, Anne; SNEL, Marnix. ‘Constitutional Dialogue’: an overview, cit., p. 126.

Diálogo pressupõe argumentação ou incorporação de sentido e esses fenômenos só se perfectibilizam, na esteira de Castanheira Neves, na resolução de controversias práticas<sup>581</sup>. Sem revolver qualquer problemática prático-decisória não se pode cogitar de argumentação e, por via de consequência, em diálogo.

Um exemplo emblemático que merece ser pinçado do repertório do Supremo Tribunal Federal brasileiro consiste no julgamento de habeas corpus impetrado em favor de acusado de tráfico ilícito de entorpecentes, mediante o qual a Corte inspirou-se no seguinte trecho do caso *US vs. Russel 411*, julgado pela Suprema Corte norte-americana: “*a produção ilícita de entorpecentes não é um incidente esporádico ou isolado, mas uma contínua, apesar de ilegal, empresa de negócios*”<sup>582</sup>. Tal oração, na verdade, mais expressa uma opinião do que propriamente fundamento jurídico que pudesse apoiá-la na apreciação do caso.

A simples exortação da importância da Constituição não pode ser reconhecida como diálogo transjudicial, como aconteceu na ADI 4425/DF, em que o STF destacou trecho do Caso *McCulloch vs. Maryland* (1819) em que proclama: “*We must never forget that it is a constitution we are expounding*”<sup>583</sup>.

Tal interação, por óbvio, não deve se apresentar de maneira aleatória sem que haja uma correlação com a matéria que se está discutindo na decisão paradigma. Em hipóteses tais, inviável reconhecer a existência de diálogo transjudicial.

Não raro o Supremo Tribunal Federal comete esse deslize. A referência feita, no julgamento do RE 591054/SC, ao *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai (2004)* não se mostra minimamente adequada, pois, em momento algum, nem mesmo no trecho das considerações da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que trata do direito à presunção de inocência, existe posição no sentido de que somente podem ser reputados

---

<sup>581</sup>NEVES, Castanheira Antônio. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*, cit., p. 31.

<sup>582</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *Habeas Corpus – HC 115045/SP*. Rel. Min. Rosa Weber, unânime, j. 23/04/2013, página 15 de 26 (inteiro teor do Acórdão). Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23308136/habeas-corpus-hc-115045-sp-stf/inteiro-teor-111675662>.

<sup>583</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4.425/DF, Distrito Federal*. Rel. Min. Luiz Fux, maioria, j. 14/03/2013, página 52 de 310 (inteiro teor do Acórdão). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=191921993&ext=.pdf>.

como maus antecedentes, para fins de cômputo de pena na aplicação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal brasileiro, decisões judiciais irrecorríveis com condenação do réu e já transitadas em julgado<sup>584</sup>.

Em realidade, o *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai (2004)* cuidou do alcance do conteúdo da liberdade de expressão na disputa eleitoral à presidência do Paraguai, em que Canese foi condenado em seu país pela prática do crime de difamação por ter supostamente atacado a integridade do também então candidato Juan Carlos Wasmoz, chamando-o de “testa-de-ferro da família Stroessner no CONEMPA”<sup>585</sup>. Não foi discutido na CIDH eventual incidência de maus antecedentes no cálculo da pena aplicada.

A mera referência ao trecho de que o “direito à presunção de inocência é um elemento essencial para a realização efetiva do direito à defesa e acompanha o acusado durante toda a tramitação do processo até que uma sentença condenatória que determine sua culpabilidade seja definitiva”<sup>586</sup> em nada acrescenta ou interage com a questão que fora desafiada pelo STF.

A CIDH, neste caso, recebeu influência decisiva do TEDH, por meio do *Caso Incol vs. Turquia (1998)*, que recomendara cuidado nas interferências à liberdade de expressão de um político integrante do partido de oposição pelo órgão jurisdicional competente. Sem falar que também cita o *Caso Bowman vs. Reino Unido (1998)*, para defender a importância da livre circulação de opiniões e informações de todas as classes no período que antecede as eleições<sup>587</sup>. É inegável, nesta circulação de decisões e de sentidos, que não houve diálogo entre tribunais supranacionais de proteção de direitos humanos e um tribunal nacional (Supremo Tribunal Federal brasileiro).

---

<sup>584</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *Recurso Extraordinário - RE 591054/SC, Santa Catarina*. Rel. Min. Marco Aurélio, maioria, j. 17/12/2014, página 10 de 70 (inteiro teor do Acórdão). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7866690>.

<sup>585</sup>CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - CIDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguai*. Sentença de 31 de agosto de 2004. (Mérito, Reparações e Custas), cit.

<sup>586</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *Recurso Extraordinário - RE 591054/SC, Santa Catarina*. Rel. Min. Marco Aurélio, maioria, j. 17/12/2014, página 10 de 70, cit.

<sup>587</sup>CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - CIDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguai*. Sentença de 31 de agosto de 2004. (Mérito, Reparações e Custas), cit.

Ainda no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o STF insiste em utilizar precedentes estrangeiros apenas em caráter decorativo. O *Caso Cantoral-Benevides vs. Peru (2000)* debateu a privação ilegal de liberdade acompanhada de tortura. A suposição prévia da culpabilidade do réu diverge do que fora enfrentado pelo STF, dado que, no caso do Peru, exigiu-se ao acusado a prova de sua inocência. Neste julgado em particular, a CIDH mencionou o *Caso Irlanda vs. Reino Unido (1978)*<sup>588</sup>, julgado pelo TEDH, incorporando a tese do caráter absoluto do direito à proibição da tortura, que “não pode ser mitigado nem mesmo na hipótese de perigo público a ameaçar a vida do país, como o terrorismo e o crime organizado em larga escala”<sup>589</sup>.

Outro caso interessante de invocação estéril a precedentes estrangeiros deu-se no ARE 831377 AgR/MG, decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em que se reproduziu célebre lição do *Chief Justice* John Marshall, exteriorizada no *Caso McCulloch vs. Maryland*, de que “o poder de tributar não pode chegar à desmedida do poder de destruir”<sup>590</sup>. Em que pese a envergadura magistral, a referência citada não teve qualquer relevância ao julgamento do caso. O que estava em jogo no julgamento da Suprema Corte norte-americana não era a elevada carga tributária, mas, em essência, a possibilidade de o Estado de Maryland instituir tributo que incidesse sobre o banco federal criado pelo Congresso dos Estados Unidos da América. A Suprema Corte entendeu, ao final, que não poderia. A invocação mencionada no julgado do STF não passou de mera declaração sem qualquer reflexo de ordem prático-decisória.

---

<sup>588</sup>Cita ainda os *Casos Labita vs. Itália* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Labita V. Italy*. (Application no. 26772/95). Judgment. Strasbourg, 6 April 2000. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-58559%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-58559%22])}), *Selmouni vs. França* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Selmouni v. France*. Judgment. (Application no. 25803/94). Strasbourg, 28 July 1999. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-58287%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-58287%22])}), *Chahal vs. Reino Unido* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Chahal v. The United Kingdom*. (Application no. 70/1995/576/662). Strasbourg, 11 November 1996. Disponível em: <https://www.refworld.org/pdfid/3ae6b69920.pdf>), *Tomasi vs. França* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Tomasi v. France*. (Application no. 12850/87). Strasbourg, 27 August 1992. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-57796%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-57796%22])}).

<sup>589</sup>Tradução livre do autor.

<sup>590</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo – ARE 831.377/MG, Minas Gerais*. AgR/MG, Rel. Min. Celso de Mello, unânime, j. 16/12/2014. página 8 de 16 (inteiro teor do Acórdão). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7688081>.

A outra decisão trazida à colação no mesmo acórdão, de igual maneira, também não segue melhor sorte. O *Caso Panhandle Oil Co. vs. State of Mississippi Ex Rel. Knox* tratou da elevação gradual de imposto incidente sobre o galão de gasolina. Como a empresa havia comercializado gasolina para a Guarda Costeira e para o Hospital dos Veteranos, sob a responsabilidade do Governo federal dos Estados Unidos, remanescia discussão a respeito do poder do Estado do Mississippi acabar por fixar preços da gasolina, valendo-se da incidência de tributos<sup>591</sup>. Assim, também não cuidou de incidência tributária exacerbada que inviabilizasse o negócio desenvolvido pelo contribuinte<sup>592</sup>.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, no julgamento do HC 110185/SP, teve oportunidade de apreciar a competência da Justiça Militar e, para tanto, invocou como precedente o *Caso Palamara Iribarne vs. Chile* (2005), decidido pela CIDH. Malgrado o resultado estivesse em conformidade com o entendimento da Corte interamericana, a posição do STF com ela destoava. O *Caso Palamara* enfrentou a questão relativa à prática de crime militar por civil, naquela ocasião, prevista no Código de Justiça Militar do Chile, e sedimentou a orientação de que civil em época de paz, em qualquer situação, não pode ser julgado pela Justiça Militar<sup>593</sup>. O Supremo, ao contrário, entendeu que os civis podem ser julgados pela Justiça Militar da União, desde que pratiquem os delitos capitulados no art. 9º, III, do Código Penal Militar<sup>594</sup>.

O *Caso Palamara Iribarne*, por sua vez, traz a lume dois julgados proferidos pelo TEDH, nos *Casos García Ruiz vs. Espanha* (1999) e *H. vs. Bélgica* (1987), para acompanhar o entendimento de que são arbitrárias as decisões atinentes a direitos humanos que não estejam devidamente fundamentadas. Note-se que não há qualquer

---

<sup>591</sup>UNITED STATES SUPREME COURT. *Panhandle Oil Co. vs. State of Mississippi Ex Rel. Knox*, *Atty. Gen.* No. 288. Argued: March 5, 1928. Decided: May 14, 1928. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/277/218>.

<sup>592</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo – ARE 831.377/MG, Minas Gerais*. AgR/MG, Rel. Min. Celso de Mello, unânime, j. 16/12/2014, cit., p. 9.

<sup>593</sup>CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - CIDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo Reparaciones y Costas). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_135\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf).

<sup>594</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Habeas Corpus – HC 110.185/SP, São Paulo*. Acórdão 14/05/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7046328>.

conexão comunicativa entre as decisões do Supremo Tribunal Federal, da CIDH e do TEDH. Nesta hipótese, não se pode catalogar como diálogo transjudicial esta sequência de decisões em que se interligam, pois o entendimento não chegou a formar uma rede comunicativa de sentidos que se sucederam na cadeia decisória. Existem citações mútuas, mas não diálogo transjudicial propriamente dito.

Uma situação que se apresenta bem comum na prática de citações de decisões estrangeiras pelo Supremo Tribunal Federal tem sido a invocação de precedentes aleatórios para respaldar determinada posição firmada, a pretexto de se estar se debruçando sobre um instituto jurídico. Em dois casos diversos e completamente alheios aos precedentes da Suprema Corte norte-americana trazidos a lume na fundamentação (*Plessy vs. Ferguson, Mapp vs. Ohio, Linkletter vs. Walker e Wolf vs. Colorado*), o STF, no ARE 709212/DF, mudou a orientação jurisprudencial até então dominante para entender que o prazo de cobrança de valores não pagos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS deixaria de ser trintenário para passar a se constituir em quinquenal. E, para atender ao princípio da segurança jurídica, modulou os efeitos da decisão, no fito de não alcançar situações jurídicas existentes antes da declaração de inconstitucionalidade<sup>595</sup>. Com esteio nos mesmos precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos, o STF, no RE 630733/DF, apreciou a possibilidade de remarcação de teste de aptidão física em concurso público em razão de problema temporário de saúde, não a admitindo por considerar que malferiria o princípio da isonomia entre os candidatos<sup>596</sup>. Isso conduz à constatação de que, independentemente do que se está a julgar, os precedentes dialogando não possuem essa relevância que se quer a eles emprestar.

---

<sup>595</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *Recurso Extraordinário com Agravo - ARE 709.212/DF, Distrito Federal*. Rel. Min. Gilmar Mendes, maioria, j. 13/11/2014, p. 24 de 84. (inteiro teor do Acórdão). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7780004>.

<sup>596</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *Recurso Extraordinário 630.733 - Distrito Federal. RE 630733/DF, Distrito Federal*. Rel. Min. Gilmar Mendes, maioria, j. 15/03/2013, p. 20-22 de 59. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4887206>.

Neste mesmo sentido, Vergottini critica a técnica utilizada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do caso *Siegfried Ellwanger* (HC 82.424/RS)<sup>597</sup>, que, embora tenha citado de maneira genérica inúmeras sentenças estrangeiras dos mais variados tribunais, mesmo assim tiveram inexpressiva influência na formação do resultado da decisão do tribunal<sup>598</sup>.

Como se observa, não é a mera citação de precedentes ou de opiniões a caracterizar um diálogo transjudicial, mormente se não procura resolver a problemática fático-jurídica do caso debatido, devendo, antes disso, pressupor argumentação das razões jurídicas do precedente dialogando. Além disso, a mera exaltação da importância de determinado instituto jurídico não encerra um processo dialógico. A interação judicial, ainda que compreenda a invocação de trechos do precedente dialogando, não pode ocorrer de forma aleatória, sem que haja alguma correlação com a matéria que se está discutindo na resolução do caso dialogado. Também não configura diálogo transjudicial, consoante visto, quando a referência a precedentes serve apenas para respaldar determinada posição já firmada no próprio julgamento, com base em outras premissas ou razões.

Neste palmilhar, é forçoso afastar nessas situações de menções aleatórias e desconectadas do caso concreto a hipótese de diálogo transjudicial. O diálogo pressupõe o debate interativo de interpretações e sentidos comunicativos a respeito de dada e específica problemática fático-jurídica. E esse debate, por vezes, dá-se implicitamente.

---

<sup>597</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Habeas Corpus - HC 82424 RS, Rio Grande do Sul*. Diário da Justiça - 19/03/2004. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corpus-hc-82424-rs>.

<sup>598</sup>DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le corti*, cit., p. 148-149.



### 3.5.3. Diálogos explícitos e implícitos

Quando se fala em diálogo transjudicial, logo se tem em mente que o seu processo se desenvolve de maneira clara, expressa e com construções argumentativas que o tornem inequívoco. Todavia, a experiência dialógica dos tribunais tem revelado que nem sempre isso ocorre. Em várias situações, é possível se depreender do discurso argumentativo esgrimido que houve um diálogo, ainda que silencioso.

Talvez a melhor sistematização de espécies de interação judicial tenha partido de Maria Daniela Poli, que prevê a possibilidade de se detectar o diálogo indireto e direto nas decisões judiciais. No que atine ao indireto, o diálogo pode ser explícito ou implícito. Será explícito quando os tribunais aplicam os precedentes que mencionam. Implícito quando se basear em princípios e premissas contidas nos julgados paradigmas. Na hipótese de a referência ser explícita, o diálogo pode ocorrer tanto indiretamente, através do uso da interpretação conforme, apresentando-se como a ponta do iceberg (*Spitze des Eisbergs*), como diretamente, por meio dos meios institucionalizados da comunicação judicial, tais como o reenvio prejudicial, que se desponha como o principal instrumento de diálogo entre o Tribunal de Justiça da União Europeia (art. 267 do Tratado de Lisboa) e os 28 (vinte e oito) tribunais nacionais de que fazem parte os Estados-membros<sup>599</sup>.

Mas – e é de bom alvitre que se diga – a simples menção a princípios gerais (democracia, estado de direito, liberdade e igualdade, alguns dos exemplos) não implica, como já dito anteriormente, o diálogo entre juízes<sup>600</sup>. Vergottini vai mais além. Também não reconhece o diálogo quando o juiz não exterioriza explicitamente o precedente judicial na decisão, limitando-se a comparar implicitamente, valendo-se de uma comparação subterrânea, pelo conhecimento que tem a respeito do julgado e do entendimento nele firmado<sup>601</sup>.

---

<sup>599</sup>POLI, Maria Daniela. Der justizielle Pluralisms der europäischen Verfassungsgemeinschaft: “Babylonische Gerichte” oder “Gerichte für Babylon”?, cit., p. 380.

<sup>600</sup>DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le corti*, cit., p. 183.

<sup>601</sup>Id. *Ibid.*, p. 144.

Em igual compasso, posiciona-se Rui Manuel Moura Ramos quando, ao se referir ao Tribunal Constitucional português, termina por enaltecer a linha argumentativa daquela corte que descarta a ideia de uma “influência oculta” das referências estrangeiras sobre a jurisprudência nacional, fazendo os juízes questão de demonstrar conhecimento a respeito do trabalho desempenhado por outros tribunais estrangeiros. E, a despeito de se afigurar como uma característica ínsita ao processo argumentativo das decisões proferidas pelo tribunal português, reconhece que nem todos os juízes as internalizam da mesma maneira, destacando que há alguns deles que são mais inclinados a fomentar o diálogo com outras jurisdições, outros não. Isso se deve, a seu sentir, à cosmovisão e à experiência prévia de cada juiz que conduz a interpretações diversas dos precedentes dialogandos<sup>602</sup>.

Porém, observa Anne Peters que o efeito integrativo do diálogo transjudicial parece funcionar mesmo se os tribunais não se citam necessariamente para se comunicar (“*dialoguing*”), mas por outras razões (como ganhar aceitação entre os colegas de tribunal), e mesmo que as citações sejam, com frequência, seletivas<sup>603</sup>.

Giuseppe De Vergottini esclarece que eventual convergência de orientações entre tribunais não necessariamente propicia liames coordenados, nem mesmo assegura o manejo de precedentes de outras cortes, mas isso não impede que se conheça e até mesmo os utilize sem os mencionar expressamente<sup>604</sup>. Rafael Bustos Gisbert também detecta igual fenômeno, ao afirmar que na comunicação transjudicial nem sempre se menciona a fonte nas decisões que incorporam jurisprudência estrangeira sem a citar<sup>605</sup>.

No diálogo implícito, o intérprete incorpora a narratividade nacional, regional, supranacional ou internacional, sem qualquer cerimônia, sem pedir licença, sem pedir autorização a quem quer que seja na solução de uma controvérsia. A internalização

---

<sup>602</sup>RAMOS, Rui Manuel Moura. Le recours aux précédents étrangers par le juge constitutionnel. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 90, n. 1, 2014. p. 50.

<sup>603</sup>PETERS, Anne. The refinement of international law: from fragmentation to regime interaction and politicization, cit., p. 695. Anne Meuwese e Marnix Snel admite a possibilidade de o diálogo judicial ser também implícito (‘Constitutional Dialogue’: an overview, cit., p. 126).

<sup>604</sup>DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le corti*, cit., p. 27.

<sup>605</sup>BUSTOS GISBERT, Rafael. XV proposiciones generales para una teoria de los diálogos judiciales, cit., p. 174.

formal de tratados e convenções internacionais só ganha relevo quando se pretende normatizar a sociedade em geral. A interpretação além-fronteiras ingressa na corrente sanguínea da ordem jurídica interna pela simples respiração da argumentação judicial que se constrói na mente do julgador.

Ora, nem mesmo se pode obstar o juiz de avaliar decisões e entendimentos proferidos por tribunais internos e nacionais, ainda que não os mencione explicitamente em sua decisão. E, mesmo assim, a decisão dialoganda exercerá, inegavelmente, significativa influência na construção da decisão dialogada.

Esse fenômeno ocorreu no julgamento pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos do *Caso Lingens vs. Austria* (1986)<sup>606</sup> que, embora não tenha efetuado alguma referência ao famoso *Caso New York Times vs. Sullivan* apreciado pela Suprema Corte norte-americana em 1964, valeu-se das mesmas categorias e idênticas razões jurídicas<sup>607</sup>, para considerar que a crítica, ainda que cometa erros de fato e contenha conteúdos difamatórios, encontra-se dentro do âmbito de proteção da liberdade de expressão.

Interessante caso de diálogo implícito foi desencadeado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação ao Supremo Tribunal Federal. Sem se referir expressamente aos argumentos da Corte Suprema brasileira invocados na ADPF 153<sup>608</sup>, a CIDH refutou, ainda que reflexamente, os argumentos por ela invocados quando discorreu que “a proibição dos delitos de direito internacional ou contra a humanidade já era considerada parte do direito internacional geral pela própria

---

<sup>606</sup>EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Lingens v. Austria*. (Application no. 9815/82). Strasbourg, 8 July 1986. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%2201-57523%22%7D>.

<sup>607</sup>Miguel Beltrán de Felipe e Júlio V. González García reconhecem expressamente que “La importancia de la sentencia *New York Times v. Sullivan* (1964) trasciende el panorama del Derecho estadounidense ya que es fuente de inspiración para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por ejemplo la sentencia *Lingens* de 8 de julio de 1986 recogió la major parte de los principios que laten en esta resolución)” (BELTRÁN DE FELIPE, Miguel; GONZÁLEZ GARCÍA, Júlio V. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006. p. 320).

<sup>608</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 153/DF, Distrito Federal*. Rel. Min. Eros Grau, 29/04/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>.

Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e Contra a Humanidade, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 26 de novembro de 1968”<sup>609</sup>. Isso porque o STF já havia dito, em 2010, que a Lei 6.683/1979 precedeu a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes de 10 de dezembro de 1984 (e em vigor no Brasil desde 26 de junho de 1987), a Lei 9.455/1997 (que definiu o crime de tortura) e a Constituição de 1988 (que vedou a concessão de graça e anistia à prática de tortura, no art. 5º, inciso XLIII) e, portanto, não poderiam ser aplicadas retroativamente para alcançá-la. O Supremo valeu-se do critério cronológico, ao entender que a Constituição de 1988 não poderia

---

<sup>609</sup>Caso Herzog e outros vs. Brasil (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. *Caso Herzog e outros vs. Brasil*. Sentença de 15 de março de 2018 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_353\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf). Além disso, sobre a lei de anistia, a CIDH faz referência à posição do STF na ADPF 153 nas seguintes linhas: “136. Em 28 de agosto de 1979, o General João Baptista Figueiredo sancionou a Lei de Anistia Nº 6683/79, que concedeu anistia nos seguintes termos: Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. § 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. § 2º - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal. 137. Em 29 de abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por sete votos a dois, que a Lei de Anistia era compatível com a Constituição brasileira de 1988, reafirmando sua vigência. Essa decisão tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante a respeito de todos os órgãos do poder público. 138. Esta Corte já se manifestou sobre a mencionada lei na sentença proferida no caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil: Em virtude dessa lei, até esta data, o Estado não investigou, processou ou sancionou penalmente os responsáveis pelas violações de direitos humanos cometidas durante o regime militar, inclusive as do presente caso. Isso se deve a que ‘a interpretação [da Lei da Anistia] absolve automaticamente todas as violações de [d]ireitos [h]umanos que tenham sido perpetradas por agentes da repressão política’. [...] Dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos. Em consequência, não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil. 139. Em relação à decisão da ADPF Nº 153, a Ordem dos Advogados do Brasil, entidade petionária dessa ação, interpôs um recurso de embargos de declaração (recurso de esclarecimento), em 16 de março de 2011. Esse recurso continua pendente de decisão ao momento de proferir a presente sentença e a Lei Nº 6683/79 continua sendo aplicada pelo Poder Judiciário.” (p. 30). CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. *Caso Herzog e outros vs. Brasil*. Sentença de 15 de março de 2018 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), cit.

atingir leis de anistia a ela anteriores, nem mesmo o Judiciário estaria autorizado a reescrevê-las<sup>610</sup>.

No entanto, a CIDH, inspirada em seus vários julgados, em especial no Caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (1973), reiterou o seu entendimento no sentido de que, mesmo não tendo ratificado, os Estados devem aplicar o conteúdo da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, inclusive em relação “aos crimes cometidos anteriormente à entrada em vigor daquela Convenção, já que o que se estaria aplicando não seria propriamente a norma convencional, mas uma norma consuetudinária preexistente”<sup>611</sup>, por se tratar de crime contra a humanidade.

Além disso, a CIDH ainda cristaliza o entendimento no sentido de que, mesmo que não haja expressa tipificação do crime de tortura no ordenamento jurídico interno ou mesmo seja considerada prática lícita à época dos fatos, as pessoas que o cometeram não se eximem de responder pelo ato, de acordo com o direito internacional. E mais do que isso, os Estados não podem invocar em seu prol, quando se tratar de crime contra a humanidade: “i) a prescrição; ii) o princípio *ne bis in idem*; iii) as leis de anistia; assim

---

<sup>610</sup>Complementa o STF que “A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A Emenda Constituição n. 26/85 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, a *revolução branca* que a esta confere legitimidade. A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental. De todo modo, se não tivermos o preceito da lei de 1979 como ab-rogado pela nova ordem constitucional, estará a coexistir com o § 1º do art. 4º da EC 26/85, existirá a par dele [dicção do § 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil]. O debate a esse respeito seria, todavia, despicendo. A uma por que foi mera *lei-medida*, dotada de efeitos concretos, já exauridos; é lei apenas em *sentido formal*, não o sendo, contudo, em *sentido material*. A duas por que o texto de hierarquia constitucional prevalece sobre o infraconstitucional quando ambos coexistam. Afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável. A nova ordem compreende não apenas o texto da Constituição nova, mas também a *norma-origem*.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - Acórdão da ADPF 153, Distrito Federal*. Plenário, Rel. Min. Eros Grau, j. 29/04/2010, DJE 06/08/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>).

<sup>611</sup>CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. *Caso Herzog e outros vs. Brasil*. Sentença de 15 de março de 2018 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), cit., p. 46.

como iv) qualquer disposição análoga ou excludente similar de responsabilidade, para se escusar de seu dever de investigar e punir os responsáveis.”<sup>612</sup>

Essa incorporação de novos sentidos normativos de outras ordens jurídicas, sem que haja propriamente um diálogo, ao menos explícito, não passou despercebido por Marcelo Neves que a atribui ao processo de aprendizado, podendo ocorrer tanto no plano do âmbito de proteção como do programa normativo da norma jurídica de outras ordens<sup>613</sup>. Daí Maurício Ramires também realçar a existência de referências não-expressas a precedentes de outros tribunais<sup>614</sup>.

Filippo Fontanelli-Giuseppe Martinico menciona, no direito europeu, a existência de um “*dialogo ‘nascosto’*”, não evidente e formalizado que ocorre entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e as Cortes nacionais dos Estados-membros<sup>615</sup>.

E, como se vê, a circunstância de se manifestar implicitamente não desnatura o caráter dialógico do processo de incorporação de sentido e de interpretações elaboradas por outros juízes e tribunais. Essa conversação implícita ocorre independentemente da posição hierárquica que ocupam os tribunais ou os órgãos judiciais dialogando.

---

<sup>612</sup>Id. Ibid., p. 52.

<sup>613</sup>NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, cit., p. 118 e 126.

<sup>614</sup>RAMIRES, Maurício. *Diálogo judicial internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional*, cit., p. 186. Gábor Halmai cita a Hungria como o país que utiliza implicitamente o direito estrangeiro em suas decisões judiciais (The use of foreign law in constitutional interpretation, cit., p. 1329).

<sup>615</sup>MARTINICO, Filippo Fontanelli-Giuseppe. Alla ricerca della coerenza: le tecniche del ‘Dialogo Nascosto’ fra il giudici nell’ordinamento costituzionale multi-livello. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, n. 2, p. 353, 2008. Para tanto, articula nas seguintes linhas: “Fra queste tecniche possiamo preliminarmente individuare: a) la (volutamente) incerta collocazione delle fonti comunitarie nella gerarchia delle fonti nazionali; b) la distinzione fra il primato del diritto comunitário e la supremazia costituzionale; c) la sottile distinzione fra non-applicazione e disapplicazione; d) il concepimento di talune *forme giudiziali compensative* da parte delle Corte costituzionali nazionali; e) il riconoscimento dell’efficacia *erga omnes* delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia; f) la doppia pregiudizialità” (Id. Ibid., p. 353).

### 3.5.4. Tipos de diálogo quanto à posição hierárquica

Vlad Perju classifica a migração constitucional entre vertical e horizontal. A vertical ocorre entre níveis de jurisdição diversos, sendo as mais comuns as comunicações entre os regimes supranacional e o nacional. A horizontal, por sua vez, verifica-se entre jurisdições que se encontram situadas no mesmo nível, assim entendido aquelas nacionais (Tribunais constitucionais ou supremos), supranacionais ou regionais (Tribunais europeu, americano e africano de proteção dos direitos humanos)<sup>616</sup>.

Seguramente, uma das classificações mais amplas do diálogo quanto à posição hierárquica de um tribunal em relação a outro foi esquadrinhada por Maria Daniela Poli. Para ela, haveria 5 (cinco) dimensões de diálogo entre tribunais: a) vertical, quando os tribunais estão em níveis diversos, como, e.g., o diálogo mantido entre uma Corte nacional e um tribunal supranacional ou internacional; b) horizontal, quando os tribunais dialogando encontram-se em posição de igualdade (mesmo nível), tal como se constata no diálogo entre tribunais constitucionais ou supremos entre si; c) diagonal, quando qualquer tribunal nacional formula pedido de consulta aos tribunais supranacionais da União Europeia, se assim os principais instrumentos de cooperação permitirem e autorizarem. Supera-se, neste caso, a hierarquia que existe internamente e se consubstancia a comunicação direta com algum tribunal integrante da União Europeia (TJUE ou TEDH); d) meio-vertical<sup>617</sup>, quando o Tribunal de Justiça da União Europeia é autorizado a interpretar a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, de acordo com o art. 6.3 do Tratado de Lisboa, que inclui como direito da União, enquanto

---

<sup>616</sup>PERJU, Vlad. Constitutional transplants, borrowing and migrations, cit., p. 1319-1320. Guilherme Peña de Moraes também segue essa mesma linha, quando classifica como vertical o diálogo operado entre um tribunal constitucional, de um lado, e um tribunal supranacional ou internacional, de outro. Ao passo que o diálogo horizontal ocorreria entre tribunais constitucionais (constitucional, de um lado, e constitucional, de outro), supranacionais (supranacional de cada lado) e internacionais (somente entre internacionais) (*Constitucionalismo multinacional: uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais*, cit., p. 3).

<sup>617</sup>Também pode ser denominado de “semi-vertical”, quando acontece entre o TEDH e o TJUE (MEUWESE, Anne; SNEL, Marnix. ‘Constitutional Dialogue’: an overview, cit., p. 130).

princípios gerais, os direitos fundamentais tais como estão assegurados naquela convenção protetiva. Haveria, então, um diálogo entre o TJUE e o TEDH, porém ambos fundados na Convenção Europeia de Direitos Humanos, daí ser concebida como meio-vertical; e e) sobreposicional, quando o mesmo caso fático-jurídico é submetido a dois níveis de apreciação jurisdicional. É a hipótese do diálogo de direitos humanos fundamentais que se estabelece entre o tribunal nacional e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (ou o Tribunal de Justiça da União Europeia, após o Tratado de Lisboa). Neste último caso, Poli alerta para problemática da tensão instalada entre concorrência e cooperação ou entre a garantia protetiva nacional e a necessidade de uniformização<sup>618</sup>.

No entanto, essa classificação confeccionada por Maria Daniela Poli atende muito mais à realidade do constitucionalismo supranacional europeu, perdendo o seu caráter mais universalizante e, portanto, de maior dificuldade de alcançar outros regimes jurídicos internacionais espalhados pelo mundo.

Maurício Ramires propõe uma classificação mais simples levando-se em conta apenas o *status* nacional ou internacional dos tribunais envolvidos no diálogo. Seria, assim, em seu pensar, vertical o diálogo mantido entre tribunais locais e internacionais, independentemente de estar ou não vinculado a qualquer tratado ou convenção, como, por exemplo, a conversação que ocorre entre tribunais constitucionais ou supremos da América com o Tribunal Europeu de Direitos Humanos. De outro vértice, é horizontal o diálogo que acontece entre tribunais de mesmo *status*, nacional ou internacional, sem qualquer preocupação com fronteiras nacionais ou ligação formal a tratados. Para ele, horizontal seria o diálogo estabelecido entre cortes supremas e constitucionais de países diversos, entre tribunais regionais de proteção de direitos humanos<sup>619</sup> e, embora não esteja tão claro assim, entre um tribunal regional de direitos humanos e outro tribunal internacional, como é o caso do Tribunal de Justiça da União Europeia.

---

<sup>618</sup>POLI, Maria Daniela. Der justizielle Pluralisms der europäischen Verfassungsgemeinschaft: “Babylonische Gerichte” oder “Gerichte für Babylon”?, cit., p. 379-380.

<sup>619</sup>RAMIRES, Maurício. *Diálogo judicial internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional*, cit., p. 238.



Humberto Nogueira Alcalá, por seu turno, sustenta que o diálogo horizontal entre tribunais apresentaria a característica ímpar de ser a invocação de precedentes voluntária e, portanto, não obrigatória. Perspectiva diversa se apresentaria, caso se tratasse do diálogo na modalidade vertical, dada a própria homogeneidade cultural normalmente presente entre os órgãos judiciais<sup>620</sup>.

Contudo, não parece que essa classificação esteja guardando fina consonância com a ideia de um sistema único de proteção judicial dos direitos humanos fundamentais. Sem embargo de o Tribunal de Justiça da União Europeia ser um tribunal supranacional, a forma de diálogo que efetua não ocorre da mesma maneira daquela verificada entre cortes regionais de proteção de direitos humanos. O TJUE não tem como função exclusiva tutelar direitos humanos. Apesar de estar autorizado a interpretar a convenção europeia de direitos humanos, também atua como guardião do direito da União Europeia, que com aquela pode conflitar. Em seus julgamentos, procura, naturalmente, harmonizar ambos os regimes jurídicos (o de direitos humanos fundamentais e o da União Europeia). O diálogo, em verdade, não deixa de ocorrer, porém em uma perspectiva diferente, que poderia ser considerada como meio-vertical (na expressão de Maria Daniela Poli), e não horizontal.

E isso não se trata apenas de uma mera classificação despida de utilidade prática. Julia Vondung destaca que a Corte Europeia de Direitos Humanos e o Tribunal de Justiça da União Europeia trabalham em cooperação, verificando-se em vários casos a aplicação da convenção europeia e da jurisprudência de sua Corte pelo Tribunal de Justiça e do direito da União e de sua jurisprudência pela Corte de Direitos Humanos<sup>621</sup>.

Em razão disso, basta se falar em dois tipos de diálogo transjudicial quanto à posição hierárquica. O diálogo vertical, como aquele que se verifica entre órgãos judiciais posicionados em níveis jurisdicionais distintos, como ocorre entre juízes e

---

<sup>620</sup>NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno, cit., p. 24-25.

<sup>621</sup>VONDUNG, Julia. *Die Architektur des europäischen Grundrechts-schutzes nach dem Beitritt der EU zur EMRK*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012. p. 117-118.

tribunais nacionais e as cortes internacionais, regionais e supranacionais. E o diálogo horizontal, como aquele que se realiza entre órgãos judiciais situados no mesmo plano ou na mesma estatura, tais como a interação entre tribunais e juízes nacionais entre si, entre as cortes regionais de proteção de direitos humanos, entre estes e os tribunais internacionais e supranacionais (Corte Internacional de Justiça, Tribunais Penais Internacionais, o Tribunal de Justiça da União Europeia e outros tribunais internacionais).

É comum o fenômeno do diálogo transjudicial ser equiparado a várias técnicas e teorias que, de alguma maneira, realizam algum trabalho de comparação de ordens ou regimes jurídicos. Malgrado seduzido pelas construções de MacCormick (*pluralismo constitucional*), de Rafael Bustos (*constitucionalismo em rede*) e de Cruz Villalón (*metaconstitucionalismo*), no sentido de que as relações atinentes à proteção dos direitos humanos não deve obedecer a uma lógica hierárquica, mas se relacionar em redes de fontes interdependentes e ordenadas entre si<sup>622</sup>, ainda assim defende García Roca figuras supranacionais que oscilam entre uma perspectiva hierárquica e outra heterárquica no diálogo entre o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e os Tribunais Constitucionais ou supremos da União Europeia. Um deles seria o postulado da interpretação segundo a convenção e o outro, a teoria da margem de apreciação nacional<sup>623</sup>.

Já Rafael Bustos Gisbert elenca as seguintes doutrinas que, segundo entende, procuram veicular técnicas de solução de conflitos ocorridos no âmbito do diálogo transjudicial: a) presunção de proteção equivalente; b) interdição da proteção manifestamente insuficiente; c) revisão das deficiências estruturais; d) critério da deferência pura; e) doutrina da margem de apreciação nacional; f) critério da afetação de um elemento constitucional básico; g) preferencialidade na decisão; e h) limitação do efeito das sentenças. A primeira delas pressupõe a ideia de que a solução oferecida pelo outro ordenamento jurídico equivale-se à ordem dialogante. Na segunda hipótese

---

<sup>622</sup>GARCÍA ROCA, Javier. El diálogo entre el Tribunal de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales y otros órganos jurisdiccionales en el espacio convencional europeo, cit., p. 226.

<sup>623</sup>Id. Ibid., p. 228-229.

da interdição da proteção insuficiente, o tribunal faz um juízo muito geral e abstrato do grau de proteção que o outro ordenamento confere a um direito fundamental. A revisão das deficiências estruturais busca aquilatar se o ordenamento jurídico comparando apresenta algum defeito que obsta ser considerado como paradigma no diálogo. O critério da deferência pura termina por impedir que se adote o entendimento firmado pelo tribunal estrangeiro, por considerá-lo em melhor situação e condições de chegar àquela decisão proferida<sup>624</sup>.

Há de reconhecer que essas teorias, em princípio, guardam aparente afinidade com o instituto do diálogo transjudicial, inclusive a ponto de serem apontadas como espécies ou desdobramentos do fenômeno dialógico que se perpectibilizam entre juízes ou cortes judiciais. Todavia, será demonstrado que, embora semelhantes, com o diálogo transjudicial não se confundem.

### **3.6. Diálogo e institutos afins**

#### **3.6.1. Diálogo transjudicial e direito comparado**

O diálogo não seria uma nova roupagem para se denominar o velho e tradicional recurso do direito comparado? Se não, é possível distinguir o diálogo transjudicial do direito comparado? Jânia Maria Lopes Saldanha destaca que as trocas entre juízes (diálogo interjurisdicional) já se constituía em um fenômeno recorrente no século XVIII, não sendo a comparação algo novo. A criação de cortes globais no século XX apenas intensificou esse processo<sup>625</sup>.

---

<sup>624</sup>BUSTOS GISBERT, Rafael. XV proposiciones generales para una teoria de los diálogos judiciales, cit., p. 206.

<sup>625</sup>SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Diálogos entre juízes e direitos humanos: a legitimidade e a atratividade entre novas formas de autoridade, cit., p. 296.

Como aponta Ran Hirschl, existem vários métodos do direito comparado no universo da ciência jurídica constitucional, tais como o “*single-country study*”<sup>626</sup>, “*self-reflection or betterment through analogy, distinction and contrast*”<sup>627</sup>, “*generate concepts and analytical frameworks for thinking critically about constitutional norms and practices*”<sup>628</sup> e “*theory-testing and explanation through causal inference*”<sup>629</sup>.

O diálogo transjudicial, por mais que se aproxime do manejo do direito comparado, com ele não se confunde. No diálogo, enfatiza Giuseppe De Vergottini, não existe um estudo sistemático de toda a ordem jurídica objeto de comparação, pois o juiz limita-se a valorar o precedente somente com a finalidade de resolver o caso concreto<sup>630</sup>. O jurista-comparatista, ao contrário, conceitua Fernando José Bronze, é um “visitante crítico de outras realidades normativas”<sup>631</sup>. O estudo juscomparatístico pressupõe a ligação dialógico-dialeticamente da interiorização da exterioridade e da exteriorização da interioridade<sup>632</sup>.

---

<sup>626</sup>Explicita Hirschl que “Single-country studies are characterized as comparative because they concern a country other than the author’s or the reader’s own, or implicitly contain comparisons to an ideal-type system against which the theoretically significant elements of the studied constitutional system are identified” (HIRSCHL, Ran. *Comparative matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 232).

<sup>627</sup>Para Hirschl, “The assumption informing this mode of comparative constitutional law is that although most relatively open, rule-of-law polities face essentially the same constitutional challenges, they may adopt quite different approaches to dealing them. By referring to constitutional jurisprudence, institutions, and practices of other presumably similarly situated polities, we might gain a better understanding of our own constitutional values and structures and thereby develop a more cosmopolitan or universalist view of our constitutional discourse” (Id. Ibid., p. 235).

<sup>628</sup>Hirschl afirma que “This mode of comparative constitutional scholarship involves a quest for a detailed understanding of how people living in different cultural, social and political contexts deal with constitutional dilemmas that are assumed to be common to most modern political systems. Its focus is not on a single jurisdiction, but on a single practice (or a set of closely related practices) as carried out in or encountered by different jurisdictions” (Id. Ibid., p. 238).

<sup>629</sup>E neste último modelo, Hirschl expõe que “this type of scholarship is concerned with how two or more things or processes are related, why a certain phenomenon is happening, and why it is happening the way it is. Causation, however loosely or rigorously perceived, is a key element, perhaps even the main marker of identity of this scholarly enterprise” (Id. Ibid., p. 242).

<sup>630</sup>DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le corti*, cit., p. 135.

<sup>631</sup>BRONZE, Fernando José. A problemática da reflexão juscomparatística. In: BRONZE, Fernando José. *Analogias*. Coimbra: Coimbra Ed., 2012. p. 398.

<sup>632</sup>Id. Ibid., p. 403. Fernando Bronze ainda sinaliza, embora sem muita certeza, que o direito comparado nasceu no Congresso de Paris ocorrido em 1900, ressaltando que “Vivia-se então a época de ouro do

Essa nova prática comunicacional dialógica entre juízes, no pensar de Antonie Garapon e Julie Allard, difere da mera invocação do direito comparado<sup>633</sup>, já que o diálogo acontece nas hipóteses de ausência de norma jurídica aplicável ao caso concreto, ou, mesmo existente, marcada de profunda controvérsia<sup>634</sup>.

Mattias Wendel, entretanto, considera a comparação judicial como o ponto de partida do diálogo transjudicial de tribunais<sup>635</sup>. Segundo ele, a comparação judicial, além de método de aplicação, representa uma dimensão subjetiva de interrelação dialética e que consistiria na utilização entre tribunais dos argumentos constitucionais comparativos, uma espécie de comparação em terceiro plano<sup>636</sup>.

---

legalismo e daí que o *Droit Comparé* (ou, na bem mais rigorosa terminologia alemã, a *Rechtsvergleichung*) identificasse, ao tempo, um (como que lebniziano) *theatrum legale*: de uma prateleira da *bibliotheca universalis* seleccionavam-se dois ou mais diplomas legislativos, que se justapunham por se ocuparem do mesmo domínio jurídico-dogmático. Este pôr-a-par de leis esteve, *também*, na base da criação, em várias Faculdades de Direito (entre elas, a da Universidade de Coimbra), de disciplinas de ... Legislação Comparada (tanto na esfera do Direito Privado como na do Direito Público). *Também*, sublinhámo-lo, porque... não só! Com efeito, um outro factor determinante da curiosidade que as referidas disciplinas vieram satisfazer radica em vicissitudes de carácter político-social: quando um país era abalado por uma ruptura revolucionária e naturalmente se perguntava pelo caminho mais indicado para o sistema jurídico a (re-)constituir, franqueava-se espaço, por motivos óbvios, à comparação de direitos, pois bem podia acontecer que neste ou naquela ordenamento estrangeiro se encontrassem respostas prestáveis para as perguntas que se punham *intra muros*. Assim aconteceu entre nós, na sequência da implantação da República, em 1910, e da democratização subsequente ao 25 de abril de 1974. O golpe militar de 1926 não teve idêntica consequência, é verdade; pela decisiva razão de que ele acabou por se projectar no desiderato de fechar o país, forçando os portugueses a viverem (que não a existirem) ... ‘orgulhosamente sós!’ (BRONZE, Fernando José. O direito, a internacionalização e a comparação de sistemas jurídicos (ou a pessoalização como tarefa realizanda, a universalização como objectivo utópico e a relativização como coordenada metódica), cit., p. 430-431).

<sup>633</sup>ALLARD, Julie; GARAPON, Antonie. *Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito*, cit., p. 19. Os autores consideram que existir tal diferença, pois agora esta nova sistemática pressupõe “situações em que os juízes tomam a iniciativa de consultar decisões judiciais estrangeiras, quando não há nada que os obrigue a isso, ou elaboram uma espécie de costume judicial para colmatar os silêncios do direito positivo” (Id. Ibid., p. 19).

<sup>634</sup>Mas, como eles próprios aduzem, “A função da referência a decisões estrangeiras é múltipla: os juízes procuram, antes de mais, encontrar soluções ou argumentos lógicos, servindo as jurisprudências estrangeiras como uma espécie de manancial de ideias. Mas, para resolverem estes casos de difícil decisão, os juízes procuram igualmente uma base, uma garantia jurídica. À fertilização recíproca, vem, portanto, juntar-se a uma busca de legitimidade” (Id. Ibid., p. 24).

<sup>635</sup>WENDEL, Mattias. *Richterliche Rechtsvergleichung als Dialogform: Die Integrationsrechtsprechung nationaler Verfassungsgerichte in gemeineuropäischer Perspektive*, cit., p. 340.

<sup>636</sup>Id. Ibid., p. 341.

O resultado da comparação, na esteira de Christian Starck, é resolver o caso concreto através de pontos de partida calcados em institutos e princípios da ordem jurídica comparanda e também discutir a função do instituto jurídico nacional nesse processo comparativo<sup>637</sup>.

O diálogo transjudicial não deixa de ser um trabalho de comparação entre entendimentos e decisões, porém o que difere um do outro é a técnica utilizada. Enquanto o direito comparado preocupa-se em aquilatar a estrutura normativa, sociológica, histórica, social e econômica do direito pertencente a outro país, o diálogo transjudicial adota processos de incorporação de sentidos como pressupostos de decisões posteriores ou, se não os incorpora automaticamente, procura detectar diferenciações e semelhanças fático-jurídicas com o precedente dialogando.

A incorporação de sentidos<sup>638</sup> não consiste numa incorporação formal de tratados ou convenções internacionais por intermédio da internalização através dos procedimentos legislativos previstos nas constituições internas de cada Estado, mas se cuida, em essência, de internalização material, mediante o processo argumentativo de interpretação dos enunciados normativos que se acrescem à medida que a riqueza dos fatos tragam sutilezas, particularidades e especificidades novas.

Um exemplo de incorporação de sentido ocorreu no julgamento do *Caso Fontevecchia e D'amico vs. Argentina (2011)* pela CIDH. A corte interamericana citou o *Caso Von Hannover vs. Alemanha (2004)*, no qual o TEDH havia estabelecido que o Estado tem a obrigação de garantir o direito à vida privada mediante ações positivas, tais como a adoção de medidas que protejam contra interferências das autoridades públicas, pessoas e instituições privadas, inclusive os meios de comunicação<sup>639</sup>. Vários aspectos poderiam ser suscitados na discussão envolvendo a liberdade de expressão

---

<sup>637</sup>STARCK, Christian. *Verfassungen*, cit., p. 357.

<sup>638</sup>Luis Cláudio Martins de Araújo refere-se à “incorporação de ideias transnacionais” (ARAÚJO, Luis Cláudio Martins de. *O diálogo institucional entre cortes constitucionais: uma nova racionalidade argumentativa da jurisdição constitucional justificada pelos diálogos institucionais transnacionais*. *Revista da Agu*, Brasília-DF, ano 3, v, 39, p. 246, jan./mar. 2014).

<sup>639</sup>CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. *Jurisprudencia: Fontevecchia y D'amico v. Argentina*. Sentencia de 29 de noviembre de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Fontevecchia%20y%20D'amico%20v.%20Argentina.pdf>.

com implicações no exame dos limites ao seu pleno exercício, inclusive a depender se se trataria de interferência de pessoas detentoras do poder público ou privado ou se cuidar apenas de outro cidadão, porém o tribunal americano preferiu capturar um sentido construído e sintetizado no precedente da corte europeia para decidir na mesma linha de entendimento lá assentado.

O mesmo se constata nos julgamentos mais recentes do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Em *Khlaifia e Outros vs. Itália (2017)*, a Corte Europeia parte da premissa consolidada no julgamento de *Expelled Dominicans e Haitians vs. República Dominicana (2014)*, que proibiu a expulsão coletiva de imigrantes, devendo o Estado receptor assegurar-lhes o direito ao asilo e de ser adequadamente examinado, para averiguar se não seria hipótese de concessão<sup>640</sup>. Não se apontou qualquer peculiaridade europeia no processo migratório, diante da necessidade de se conferir proteção a quem chega, normalmente em situação de extrema precariedade fugindo da perseguição política, religiosa, ideológica ou de guerras.

Há direitos humanos fundamentais, tal como se detecta no caso de expulsão de imigrantes, desaparecimento forçado, tortura, entre outros, cuja forma e intensidade da violação ou ameaça de lesão apresenta-se de maneira muito similar, independentemente onde quer que esteja o indivíduo. Nessas situações, ganha terreno o método da simples incorporação de sentidos como prática mais corriqueira do diálogo transjudicial.

Nem sempre se pode afirmar que a invocação recíproca de precedentes pelos tribunais regionais de proteção dos direitos humanos caracteriza verdadeiro diálogo transjudicial. Essa referência horizontal pode configurar nada mais do que mera comparação jurídica (direito comparado).

A referência feita a decisões estrangeiras por tribunais, sobretudo de mesmo patamar e importância no cenário global, como as cortes regionais de proteção dos direitos humanos, pode conduzir à falsa impressão de que se cuida do fenômeno do diálogo transjudicial em sua feição horizontal. Contudo, o mais das vezes, estar-se-ia

---

<sup>640</sup>EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Khlaifia and Others v. Italy*. (Application no. 16483/12). Strasbourg, 15 December 2016. Disponível em: <https://www.statewatch.org/news/2016/dec/echr-judgment-Khlaifia-and-Others-v-%20Italy-full-text.pdf>.

diante não de diálogo, mas de invocação de simples direito comparado, especialmente quando se pretende tão-somente noticiar na fundamentação da decisão judicial a existência de instituto jurídico em ordem jurídica estrangeira (internacional ou interna).

Um exemplo disso ocorreu no julgamento do *Caso Sitaropoulos e Giakoumopoulos vs. Grécia (2012)* pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos<sup>641</sup>, quando se faz referência à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, sem mergulhar em eventuais interpretações da Corte interamericana a respeito da matéria que estava sendo tratada<sup>642</sup>. O mesmo já havia sido feito um ano antes na apreciação do *Caso Bayatyan vs. Armênia (2011)*, trazendo à baila preceitos da Convenção Interamericana e outros diplomas normativos<sup>643</sup>.

Em outro, embora tenha mencionado em sua fundamentação os *Casos Victor Rosario Congo vs. Equador (1999)* e *Montero Aranguren e Outros vs. Venezuela (2006)*, o TEDH comparou, ao julgar *Babar Ahmad e Outros vs. Reino Unido (2012)*, os regimes disciplinares europeu e americano, consolidando que as prisões devem ter duração em tempo necessário e na estrita conformidade com os critérios de razoabilidade, necessidade e legalidade<sup>644</sup>.

---

<sup>641</sup>EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Sitaropoulos and Giakoumopoulos v. Greece [GC]*, n. 42202/07. Judgment of 15 March 2012. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-109579%22%5D%7D>.

<sup>642</sup>O mesmo já havia feito um ano antes na apreciação do *Caso Bayatyan vs. Armênia (2011)*, trazendo à baila preceitos da Convenção Interamericana e outro diplomas normativos. Ver ainda, em manifesta adoção ao recurso do direito comparado pelo TIDH, os *Casos Vo vs. França (2004)*, *Aydin vs. Turquia (1997)* e *Timurtas vs. Turquia (2000)*. Neste último julgado, o TIDH empreendeu estudo, sem invocar casos específicos apreciados pela Corte Interamericana, sobre o regime interamericano que concebeu a existencia de duas dimensões do desaparecimento forçado como manifesta ofensa ao direito à vida. A primeira delas com vítima morta e a segunda, quando o desaparecimento ainda precisaria ser comprovado. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Grand Chamber: Case of Bayatyan v. Armenia*. (Application no. 23459/03). Strasbourg, 7 July 2011. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-105611%22%5D%7D>}; EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Vo v. France*. (Application no. 53924/00). Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-61887%22%5D%7D>}; EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Aydin v. Turkey*. (57/1996/676/866). Strasbourg, 25 September 1997. Disponível em: <https://www.womenslinkworldwide.org/en/files/2872/gjo-echr-aydin-en-pdf.pdf>; EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Timurtas v. Turkey*. Judgment. Application no. 23531/94. Strasbourg, 13 June 2000. Disponível em: <https://www.legal-tools.org/doc/7936aa/pdf/>.

<sup>643</sup>EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Grand Chamber: Case of Bayatyan v. Armenia*. (Application no. 23459/03). Strasbourg, 7 July 2011, cit.

<sup>644</sup>EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Babar Ahmad and others v. The United Kingdom*. (Applications nos. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 and 67354/09). Strasbourg, 10 April 2012. Final 24/09/2012. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-110267%22%5D%7D>.



Também se pode afirmar que existe manejo do direito comparado quando o precedente invocado serve como mero reforço de argumentação e, portanto, simples acréscimo, sem o qual a sua exclusão não importaria qualquer prejuízo ao conteúdo da decisão. Exemplo neste sentido se constatou no *Caso Savriddin Dzhurayev vs. Russia* (2013) julgado pelo TEDH<sup>645</sup>. Fez referência ao *Caso Alemán Lacayo vs. Nicaragua* (1997), apenas para justificar a adoção de medidas cautelares destinadas a prevenir prejuízos à vida e à integridade física, tal como permite o 63, § 2º, do Convenção interamericana<sup>646</sup>.

No *Caso de Palomo Sánchez vs. Espanha* (2011), o TEDH faz menção ao Protocolo Adicional da Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais (“Protocolo de San Salvador”) e a Opinião Consultiva OC-5/85183 da Corte Interamericana, na qual estabelece que a liberdade de expressão é condição *sine qua non* ao pleno desenvolvimento dos sindicatos<sup>647</sup>. Não se está propriamente diante de autêntico diálogo transjudicial, mas mera agitação de direito comparado.

Mesmo em tribunais nacionais, essa prática é mais comum do que se imagina. Em *Furman vs. Geórgia* (1972), a Suprema Corte norte-americana compara a posição dos Estados Unidos a respeito da pena de morte com a de 70 (setenta) outros países que não a adotam<sup>648</sup>. Alguns anos depois, no julgamento de *Thompson vs. Oklahoma* (1987), a mesma Corte, desta vez na lavra do Justice Brennan, volta a lembrar que a

---

<sup>645</sup>EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Savriddin Dzhurayev v. Russia*, no. 71386/10. Judgment, 25.4.2013. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Cases\\_list\\_2013\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Cases_list_2013_ENG.pdf).

<sup>646</sup>No mais das vezes, a citação a julgado estrangeiro é feita em nota de rodapé, como se viu em *J. e Outros vs. Austria* (2017) decidido pelo TEDH. O caso trata de trabalhos forçados e submetidos à condição análogo a escravo e a Corte europeia invoca a decisão prolatada em *Ituango Massacres vs. Colombia* (2006) pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of the Ituango Massacres vs. Colombia*. 1 July 2006. Disponível em: <https://www.refworld.org/cases,IACRTHR,4f5a28e62.html>.

<sup>647</sup>EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Palomo Sánchez and Others v. Spain*. (Applications nos. 28955/06, 28957/06, 28959/06and28964/06). Strasbourg, 12 September 2011. Disponível em: <https://www.legal-tools.org/doc/30d643/pdf/>.

<sup>648</sup>UNITED STATES SUPREME COURT. *Furman v. Georgia* (1972). No. 69-5003. Argued: January 17, 1972. Decided: June 29, 1972. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/408/238.html>.

pena capital contraria boa parte do entendimento firmado pelos países anglo-americanos e pela Europa continental<sup>649</sup>.

Não se pode dizer, entretanto, que a Corte deixa de receber algum tipo de influência de julgados estrangeiros, embora continue com a sua posição firme no sentido da constitucionalidade e consequente admissibilidade da pena de morte em solo norte-americano. Em *Roper vs. Simmons* (2005), o Tribunal supremo norte-americano, ancorado em precedentes estrangeiros, declarou a inconstitucionalidade da pena capital em adolescentes<sup>650</sup>.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, em caso recentemente julgado, mencionou inúmeros precedentes do *Bundesverfassungsgericht*<sup>651</sup>, porém o fez, como elemento do direito comparado, já que tinha muito mais o desiderato de informar a existência de determinada exação tributária no sistema jurídico alemão<sup>652</sup>. Em outro, solidificar a teoria geral dos direitos fundamentais em sua dimensão objetiva<sup>653</sup>, no julgamento do RE 583523/RS<sup>654</sup>.

---

<sup>649</sup>UNITED STATES SUPREME COURT. *Thompson v. Oklahoma* (1988). No. 86-6169. Argued: November 9, 1987. Decided: June 29, 1988. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/487/815.html>.

<sup>650</sup>UNITED STATES SUPREME COURT. *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005). No. 03-633. Argued October 13, 2004. Decided March 1, 2005. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/543/551/>.

<sup>651</sup>DIE ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS (BVerfGE). *BVerfGE 13, 181 (198) – Schankerlaubnissteuer*. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv013181.html>; *BVerfGE 11, 105 (115-116) – Familienlastenausgleich I*. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv011105.html>.

<sup>652</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *Recurso Extraordinário - RE 636941/RS, Rio Grande do Sul*. Rel. Min. Luiz Fux, maioria, j. 13/02/2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5581480>.

<sup>653</sup>DIE ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS (BVerfGE). *BVerfGE 39, 1 e s. – Schwangerschaftsabbruch I*. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv039001.html>; *BVerfGE 46, 160 (164) – Schleyer*. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv046160.html>; *BVerfGE 49, 89 (140 e s.) – Kalkar I*. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv049089.html>; *BVerfGE 53, 50 (57 e s.)*; *BVerfGE 56, 54 (78) – Fluglärm*. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv056054.html>; *BVerfGE 66; 39 (61) – Nachrüstung*. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv066039.html>; *BVerfGE 77 170 (229 s.) – Lagerung chemischer Waffen*. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv077170.html>.

<sup>654</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *Recurso Extraordinário - RE 583523/RS, Rio Grande do Sul*. Rel. Min. Gilmar Mendes, unânime, j. 03/10/2013, página 12 de 45. (inteiro teor do Acórdão). Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342665/recurso-extraordinario-re-583523-rs-stf/inteiro-teor-159438332?ref=juris-tabs>. No voto condutor, o Min. Relator proclama que: “A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger tais direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros”.

Em outro julgado, a Corte Suprema brasileira, ao se debruçar sobre a possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas no RE 548181/PR, traz à baila o caso decidido pela Suprema Corte norte-americana, *New York Central & Hudson River vs. US* (de 1901), que apenas ratificou no âmbito jurisdiccional a responsabilidade que já era reconhecida nos Estados Unidos da América<sup>655</sup>. A mesma ministra julgadora foi também relatora do HC 114982/SP, no qual cita precedente do Superior Tribunal de Justiça português<sup>656</sup> a respeito do alcance e a missão do habeas corpus na tutela da legalidade das prisões<sup>657</sup>.

Em outro relevante caso enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, o relator, em seu voto, valeu-se de precedentes do Tribunal Constitucional Federal alemão<sup>658</sup> para asseverar que “declarada a constitucionalidade de uma lei, ter-se-á de concluir pela inadmissibilidade de que o Tribunal se ocupe uma vez mais da aferição de sua legitimidade, salvo no caso de significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes”<sup>659</sup>. Tal concepção parece ser bem evidente até mesmo se for considerar os pressupostos de formação da clássica figura da coisa julgada material. Ora, uma vez ocorrendo significativas mudanças nas circunstâncias fáticas ou relevantes alterações nas concepções jurídicas dominantes, os sistemas jurídicos têm admitido a reapreciação da situação jurídica ou até mesmo a revisão do mesmo caso já julgado. A intenção do STF não foi propriamente dialogar com o Tribunal alemão, mas teorizar o pensamento firmado em outro ordenamento jurídico.

---

<sup>655</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *Recurso Extraordinário - RE 548.181/PR, Paraná*. Rel. Min. Rosa Weber, maioria, j. 06/08/2013, página 36 de 64. (inteiro teor do Acórdão). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7087018>.

<sup>656</sup>Acórdão de 26.4.1989, processo 10/89, BMJ 386, p. 422.

<sup>657</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *Habeas Corpus - HC 114982/SP*. Rel. Min. Rosa Weber, unânime, j. 28/05/2013. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23356467/habeas-corpus-hc-114982-sp-stf/inteiro-teor-111690467>.

<sup>658</sup>DIE ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS (BVerfGE). *BVerfGE 33/199; BVerfGE 39/169 – Hinterbliebenenrente*. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv039169.html>.

<sup>659</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *Reclamação - RCL 4374/PE- Pernambuco*. Rel. Min. Gilmar Mendes, maioria, j. 18/04/2013, página 27 de 75 (inteiro teor do Acórdão). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>.

Este caso decidiu a respeito de um dos requisitos (miserabilidade) a tanto necessários à concessão do benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente e, no curso da fundamentação da decisão, invocou-se outro julgado apreciado pelo Tribunal Constitucional alemão (Caso Hartz IV<sup>660</sup>), que poderia se aproximar de um autêntico diálogo. Porém, malgrado se tratar de temática semelhante (Assistência Social), o precedente tedesco não pode ser utilizado como parâmetro para feitura do diálogo transjudicial. Na hipótese da Lei do Hartz IV, a discussão residiu sobre a mudança de critério do valor do benefício-padrão que fora fixado sem a realização de estudo específico em relação às necessidades próprias das crianças, o que resultou em sua declaração de incompatibilidade com a Lei Fundamental de Bonn.

No famoso caso da anencefalia, julgado pelo STF na ADPF 54/DF, houve mera notícia do entendimento adotado pelo Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, no caso *K.L. contra Peru*, que equiparou a obrigação da mulher de levar adiante a gestação de feto anencéfalo à tortura<sup>661</sup>. Inexiste, nesta situação, diálogo, nem sequer judicial.

Mattias Wendel aponta três tipos de argumentação constitucional comparativa usada nas decisões dos tribunais constitucionais europeus: a) referências pontuais, para fins de ratificação argumentativa; b) análises jurídicas comparativas com o objetivo de defender as razões invocadas; c) avaliações críticas finais com efeito contrastante. A primeira espécie argumentativa é a técnica mais antiga e, ao mesmo tempo, mais comumente utilizada. Não é uma argumentação clássica a servir de prova verbalizada a guiar ao fato, mas uma verdadeira técnica de citação. Cada razão judicial anterior torna a perspectiva comparatista segura, afirmativa e capaz de cumprir a função argumentativa<sup>662</sup>.

---

<sup>660</sup>Páginas 41-43 de 75 (Inteiro teor do Acórdão).

<sup>661</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 54/DF, Distrito Federal*. Rel. Min. Marco Aurélio, maioria, j. 12/04/2012, página 65 de 433 (inteiro teor do Acórdão). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>.

<sup>662</sup>WENDEL, Mattias. Richterliche Rechtsvergleichung als Dialogform: Die Integrationsrechtsprechung nationaler Verfassungsgerichte in gemeineuropäischer Perspektive, cit., p. 344.

A segunda categoria, por seu turno, apresenta-se em contraposição ao primeiro tipo, uma vez que não se restringe apenas a uma análise formal da jurisprudência estrangeira, mas também a uma apreciação substancial e argumentativa das razões intrinsecamente ligadas à decisão. Esse método acaba substituindo o raciocínio próprio do caso concreto por outras afirmações construídas em precedentes anteriores que servem de paradigma<sup>663</sup>.

A terceira e última, na esteira de Wendel, consiste na dimensão de comparação analítica de argumentos conflitantes que se contrapõe, não se limitando a ter uma postura meramente receptiva, mas assumir, antes de tudo, perfil de contraste entre linhas de argumentação nas quais as diferenças se destacam<sup>664</sup>.

A se observar com atenção essa classificação de tipos de argumentação comparativa, nota-se com nitidez que Wendel, em verdade, propugna a utilização de um modelo de diálogo transjudicial, ainda que o denomine de comparação judicial, em substituição ao direito comparado desencadeado por tribunais.

Como o próprio Wendel diz, a argumentação comparativa é um ingrediente do diálogo transjudicial e, como tal, um processo dialético. Esse processo permite a estabilização e como resultado a síntese entre posições contraditórias. Isso sinaliza que o diálogo não compreende apenas espírito de cooperação, mas também de competição, fruto de uma luta de posições entre partes, que é exportada<sup>665</sup>.

O método comparatista presente no diálogo transjudicial, da mesma forma, pode apresentar algumas similaridades com o raciocínio baseado na resolução de problemas, daí a importância de analisar possíveis diferenças entre as teorias que tratam do pensar problemático.

### **3.6.2. Diálogo transjudicial e o pensar problemático**

---

<sup>663</sup>Id. Ibid., p. 347.

<sup>664</sup>Id. Ibid., p. 349-350.

<sup>665</sup>Id. Ibid., p. 367.

Também de igual modo, poder-se-ia imaginar uma aproximação entre algumas teorias do pensar problemático com o processo de construção da interpretação promovido pelo diálogo transjudicial, tais como a tópica jurídica de Theodor Viehweg, a teoria da lógica do razoável de Luis Ricasens Siches ou mesmo a cooperação jurídica internacional.

Em princípio, é inegável que a tópica jurídica de Theodor Viehweg é uma técnica do pensar problematicamente<sup>666</sup>, à semelhança do que acontece com o diálogo transjudicial. Porém, dele difere naquilo que se propugna neste trabalho. A tópica de Viehweg analisa o problema à luz e a depender do sistema que ofereça solução (existiriam variados sistemas). Na sua visão, não seria possível pensar no problema dentro de um único sistema. A técnica do diálogo transjudicial, porém, pode ser desencadeada em um único sistema, como será demonstrado mais adiante.

Esse raciocínio alicerçado no diálogo encontra também proximidade com a técnica de pensar sobre problemas defendida por Luis Ricasens Siches, na medida em que tal pensamento analisa todos os componentes da questão jurídica trazida a julgamento, tentando compreender o sentido e o alcance de cada um dos componentes em jogo, a fim de relacioná-los mediante adequada valoração. Em seguida, toma-se em conta os diferentes efeitos de cada uma das opções argumentativas propostas, tratando de compará-los com os valores, os propósitos e os fins implicados em cada situação conflitiva, que deu origem ao problema. Esse processo de confrontação de diferentes argumentações confere sólida base dialógica, para que se aprecie cada uma das alegações, atribuindo-lhes os seus respectivos sentidos, o papel e o alcance que lhes corresponda<sup>667</sup>.

Nem sequer se confunde com cooperação jurídica internacional, que trata da operacionalização de atos processuais e procedimentos entre países que protagonizam o liame cooperativo.

---

<sup>666</sup>VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução da 5. ed. alemão: Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. p. 34.

<sup>667</sup>RICASENS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del derecho*. México: Editorial Porrúa, 2009. p. 260-261.

### 3.6.3. Diálogo transjudicial e controle de convencionalidade

Desde logo, não se pode confundir controle de convencionalidade com diálogo transjudicial. São figuras de concepções bem diversas. Enquanto a teoria do controle de convencionalidade leva em conta perspectiva vertical e hierárquica de aplicação das normas da convenção internacional a servir de parâmetro normativo, a doutrina do diálogo apresenta perspectiva horizontal e heterárquica de aplicação das normas internacionais.

O controle de convencionalidade é o juízo de compatibilidade, à semelhança do que ocorre com o controle de constitucionalidade, entre a norma interna do Estado e a norma da convenção internacional. O traço distintivo mais relevante é o paradigma que serve de referência, que, na hipótese do controle de constitucionalidade, é a Constituição. O controle de convencionalidade, pois, é o exame que verifica se as normas internas são compatíveis com a convenção ou tratado internacional.

Por mais prestigiado que se afigure nos sistemas regionais de proteção de direitos humanos, o controle de convencionalidade oferece inúmeras desvantagens quando comparado com o diálogo transjudicial. Em princípio, é de atentar que o controle de convencionalidade, a bem da verdade, está a depender em grande medida do reconhecimento do *status* hierárquico que os tribunais supremos dos Estados concedem às normas convencionais de direitos humanos.

Uma das premissas fundamentais da atuação das cortes regionais de proteção dos direitos humanos consiste na observância do princípio da subsidiariedade, o que exige o prévio esgotamento das vias recursais nos Estados-membros para que se admita a apreciação jurisdicional supranacional. Para Jónatas Machado, a subsidiariedade serve para possibilitar a própria funcionalidade dos tribunais internacionais, objetivando evitar a sua rápida inviabilização “em camadas de sedimentos de processos judiciais”<sup>668</sup>.

---

<sup>668</sup>MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Direito da União Europeia*, cit., p. 269.

No caso da Espanha, Santiago Ripol Carulla recorda que, com a entrada em vigor da LO 6/2007, de 24 de maio de 2007, do Tribunal Constitucional espanhol, a instituição da exigência de transcendência constitucional no recurso de amparo e a sua consequente objetivação, fez com que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Constitucional passassem a perseguir objetivos e critérios exegéticos diversos, na medida em que, para ser apreciado neste último órgão de cúpula espanhol, não bastaria a ocorrência de mera lesão a direito fundamental<sup>669</sup>.

No Brasil, há uma experiência parecida de filtragem dos recursos extraordinários que chegam ao Supremo Tribunal Federal, denominada de repercussão geral e que foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (chamada de “Reforma do Poder Judiciário”)<sup>670</sup>.

No entanto, a funcionalidade dos órgãos de proteção supranacional não fica comprometida, se não houver o prévio esgotamento recursal no Estado-membro de origem. E isso decorre do papel cada vez mais dialógico que assumem tanto os tribunais internacionais como as cortes nacionais.

Ademais, pondera Ariel E. Dulitzky que, em última análise, embora se afirme que o regime regional de proteção de direitos humanos tenha caráter apenas subsidiário ou complementar ao regime nacional de cada Estado, o controle de convencionalidade acaba por ocupar o topo da pirâmide hierárquica da ordem jurídica interna<sup>671</sup>, modificando o papel dos juízes domésticos que passam a ser guardiães da interpretação

---

<sup>669</sup>RIPOL CARULLA, Santiago. Un nuevo marco de relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, v. 66, n. 1, p. 49-50, 2014.

<sup>670</sup>Art. 102, § 3º, da Constituição Brasileira de 1988: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

<sup>671</sup>DULITZKY, Ariel E. An inter-american constitutional court? The invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, v. 50, n. 1, p. 46, 2015.



da convenção supranacional dada pela Corte de direitos humanos. Daí porque Dulitzky defende um modelo de integração entre os regimes jurídicos de proteção<sup>672</sup>.

No âmbito do regime interamericano, o primeiro precedente a adotar a teoria do controle de convencionalidade foi o *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile (2006)*, quando pontificou que os juízes domésticos devem, na interpretação do direito interno, harmonizá-la com a Convenção americana e acompanhar, por conseguinte, a jurisprudência firmada pela Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>673</sup>.

Esse posicionamento é expressamente reafirmado no julgamento do *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México (2010)*, quando a CIDH atribui a todos os juízes em todas as instâncias do Poder Judiciário local a obrigação de seguir os seus *standards* interpretativos supracionais de tutela dos direitos humanos<sup>674</sup>. A Corte alarga o leque de incidência para todos os órgãos públicos, e não apenas os juízes, no *Caso Gelman vs. Uruguay (2011)*<sup>675</sup>.

---

<sup>672</sup>Id. Ibid., p. 47.

<sup>673</sup>Trecho da Sentença de 26 de setembro de 2006 que se refere à doutrina do controle de convencionalidade: “124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>.

<sup>674</sup>Trecho da sentença de 26 de novembro de 2010: “Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>.

<sup>675</sup>Trecho da Sentença de 24 de fevereiro de 2011: “193. Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean

Como já se viu anteriormente, até o julgamento do RE 466.343/SP, ocorrido em dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal brasileiro conferia à Convenção Interamericana de Direitos Humanos o nível hierárquico de mera lei ordinária<sup>676</sup>. E, portanto, a efetividade do controle de convencionalidade realizado por juízes e cortes fica condicionada à vontade do tribunal supremo do respectivo Estado em reconhecer relevância normativa na ordem jurídica.

Demais disso, na teoria do controle de convencionalidade, prevalece sempre uma concepção universalista do direito internacional, sem se considerar, o mais das vezes, as realidades culturais, políticas, econômicas, sociais, locais e internas de cada Estado. E, justamente por isso, acarreta resistências e hostilidades por parte da comunidade jurídica doméstica<sup>677</sup>. Sem falar que desprestigia as construções interpretativas dos tribunais supremos e das cortes constitucionais, como legítimos guardiões das constituições nacionais, símbolo de referência e de unidade.

No diálogo transjudicial, esses problemas não ocorrem e, se ocorrem, em muito menor proporção.

Na teoria do diálogo, não se pode deixar de aplicar o entendimento do Tribunal de Direitos Humanos para fazer prevalecer o aspecto específico do direito interno, se aquela corte não tiver examinado a questão sob o ângulo particular só existente no direito local. Aspectos ligados à cultura local, tradições, usos e costumes, às vezes,

---

mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>.

<sup>676</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Recurso Extraordinário - RE 466.343/SP, São Paulo*. Rel. Min. Cezar Peluso, j. 03/12/2008, DJe 05/06/2009, cit.

<sup>677</sup>É o caso, por exemplo, de Simon Caney que apresenta seis argumentos para refutar a possível existência de uma moral universalista em favor de um relativismo cultural, sustentando que o universalismo é: a) deficiente, porque não existe uma natureza humana comum em todas as sociedades; b) tão abstrato e descontextualizado que perde relevância; c) incapaz de fixar um adequado padrão de motivação moral; d) falso como experiência de reflexão moral; e) inalcançável, porque o argumento moral só pode ter lugar dentro de uma tradição histórica; e f) viciado pela existência de profundo desacordo moral entre os integrantes da sociedade (CANEY, Simon. *Justice beyond borders*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 38-39).

seculares ou milenares, não podem ser invocados para simplesmente afastar o direito protetivo dos direitos humanos. Violações graves à humanidade ou aos direitos humanos são situações cujo diálogo não resultará na primazia do direito nacional em detrimento do direito internacional dos direitos humanos.

Kanstantsin Dzehtsiarou aponta como um dos limites de aplicação do consenso europeu o texto da convenção de direitos humanos e os seus correlatos protocolos, citando os *Casos Soering vs. Reino Unido (1989)*, *Öcalan vs. Turquia (2005)* e *Al-Saadoon and Mufdhi vs. Reino Unido (2010)*, para embasar a sua afirmação<sup>678</sup>.

No entanto, com base apenas nestes julgados, não se apura lastro científico suficiente para se concluir que um dos limites do consenso interpretativo seja justamente a letra da convenção. Os casos apontados por Dzehtsiarou dizem respeito a hipóteses extremas cuja exegese mostra-se clara quanto à proibição da pena de morte, não se admitindo, evidentemente, exceções a tal vedação.

Talvez se amolde melhor a ideia do consenso europeu à ligação que ostenta com a teoria da margem de apreciação nacional. No *Caso Broniowski vs. Polónia*, a Corte Europeia de Direitos Humanos não adotou o consenso europeu à vista de fatos particulares e históricos peculiares à situação da Polónia. Neste sentido, manifesta Dzehtsiarou que o consenso europeu consistiria em uma ferramenta capaz de apresentar uma questão particular de direitos humanos frente à margem de apreciação nacional e, por conseguinte, desencadear uma interpretação evolutiva como elemento medidor da dosagem da proporcionalidade de interferência<sup>679</sup>.

Nesta esteira, pondera Michel Bastarache que, embora as peculiaridades locais não possam se prestar a manutenção de abusos e injustiças frutos apenas da tradição, é certo, de outra banda, que se devem respeitar as instituições nacionais e a legitimidade democrática, exigindo, nessa medida, moderação na influência externa voltada a modificar figuras jurídicas internas de cada país<sup>680</sup>.

---

<sup>678</sup>DZEHTSIAROU, Kanstantsin. *European consensus and the legitimacy of the European Court of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 30.

<sup>679</sup>Id. *Ibid.*, p. 24.

<sup>680</sup>BASTARACHE, Michel. How internationalization of the law has materialized in Canadá, *cit.*, p. 191.

Daí ter ganhado terreno o desenvolvimento da teoria da margem de apreciação nacional como forma de prestigiar aspectos peculiares da cultura jurídico-político-social do Estado nacional, mas que em nada se equipara ao diálogo transjudicial.

### 3.6.4. Diálogo transjudicial e teoria da margem de apreciação nacional

A teoria da margem de apreciação nacional harmoniza a primazia da norma convencional com a norma nacional, permitindo que esta seja aplicada caso ostente maior e mais eficiente graduação protetiva ao direito supostamente ofendido. A rigor, incide a norma internacional, a não ser que a nacional promova maior nível de proteção do que aquela. É inegável que se trata de um modelo dialógico de compatibilização de ordens jurídicas que conferem respostas distintas ao mesmo caso concreto. Sabino Cassese chega, inclusive, a ressaltar que tal princípio possui íntima ligação com o critério da proporcionalidade<sup>681</sup>, estando, de um lado, o juiz da ordem jurídica maior a desejar a uniformidade de tratamento jurídico e, de outro, o juiz da menor, a nacionalização<sup>682</sup>.

Andrew Legg conceitua a margem de apreciação nacional como a doutrina da deferência judicial onde juízes são influenciados por fatores externos às argumentações favoráveis ou contrárias, desfiladas na decisão, relativamente à sua própria competência. Esses fatores externos podem impactar as razões das cortes, daí porque as chamam de razões de segunda ordem (*second-order reasons*). Tais razões (de segunda ordem) tratam de como as decisões são confeccionadas, não se confundindo com os

---

<sup>681</sup>CASSESE, Sabino. *I Tribunali di Babele: i giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, cit., p. 63.

<sup>682</sup>Id. Ibid., p. 70. A teoria da margem de apreciação pode se aproximar da teoria dos contralimites. Para Filippo Fontanelli-Giuseppe Martinico, a teoria do contralimites “hanno rappresentato una sorta di incentivo per le Corti a dialogare, una specie di ‘pistola sul tavolo’ che le ha costrette ad intendersi a forza per il ‘bene’ del sistema multi-livello” (Alla ricerca della coerenza: le tecniche del ‘Dialogo Nascosto’ fra il giudici nell’ordinamento costituzionale multi-livello, cit., p. 359). A Corte Constitucional italiana aplicou, em 2012, pela primeira vez, a teoria dos contralimites na relação entre direito interno e direito internacional, na Sentença n. 264 de 28 de novembro de 2012.

fundamentos que apreciam as teses favoráveis ou contrárias à prevalência do entendimento tribunalício<sup>683</sup>.

A Corte Europeia de Direitos Humanos foi a primeira a edificar a doutrina da margem de apreciação nacional com o *Caso Handyside vs. Reino Unido (1976)*<sup>684</sup>. O Tribunal Europeu volta a mencioná-la no *Caso Sunday Times vs. Reino Unido (1991)*<sup>685</sup>, porém se constata uma distinção nos dois julgados na forma como a teoria foi utilizada. No julgamento mais recente, à diferença do primeiro, a Corte fez uma análise levando-se em consideração exemplos que suscitavam as razões relevantes de segunda ordem (*second-order reasoning for deference*). A teoria da margem de apreciação nacional que confere primazia ao direito interno em detrimento do direito internacional envolve a apreciação das razões de segunda ordem.

Enfatizam Gráinne de Búrca e Oliver Gerstenberg que a Corte Europeia de Direitos Humanos, ao aplicar a teoria da margem de apreciação nacional, articula as relações entre os direitos humanos e os direitos fundamentais em uma estrutura argumentativa de apoio mútuo e em várias camadas, legitimando as variações culturais e circunstanciais no nível doméstico à luz dos paradigmas interpretativos dos direitos humanos<sup>686</sup>.

Assinala Guisepppe De Vergottini que o diálogo permite a possibilidade de valorização das particularidades e circunstâncias próprias de cada Estado-membro do sistema de proteção dos direitos humanos (*dottrina del margine di apprezzamento*), citando os casos *Domo Beheer vs. Netherlands*, *Handyside vs. UK*, *Ocalan vs. Turchia*,

---

<sup>683</sup>LEGG, Andrew. *The margin of appreciation in international human rights law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 1-2.

<sup>684</sup>EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Handyside v. The United Kingdom*. (Application no. 5493/72). Strasbourg, 7 December 1976. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57499%22%5D%7D>.

<sup>685</sup>EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of the Sunday Times v. The United Kingdom (No. 2)*. (Application no. 13166/87). 26 Strasbourg, November 1991. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/rus#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57708%22%5D%7D>.

<sup>686</sup>BÚRCA, Gráinne de; GERSTENBERG, Oliver. The denationalization of constitutional law, cit., p. 6.

*Lautsi vs. Italia, Rasmussen vs. Denmark e Otto-Preminger Institute vs. Austria*, além de outros de igual relevo<sup>687</sup>.

Pondera Ana Maria Guerra Martins que a teoria da margem de apreciação nacional retirou o caráter subsidiário do regime europeu de proteção dos direitos humanos, de modo que os Estados, o mais das vezes, dispõem de melhores condições de avaliar sobre certos aspectos previstos nas convenções, como, *verbi gratia*, a presença de perigo público, a definição de ordem ou moral pública. Porém, tal delegação não se mostra ilimitada, ficando sujeita ao controle do próprio Tribunal Europeu de Direitos Humanos<sup>688</sup>. No *Caso Stoll vs. Suíça (2007)*, além de levantar as razões de segunda ordem, a Corte as confrontou com as razões de primeira ordem<sup>689</sup>.

Na experiência da Corte interamericana, Andrew Legg cita o *Caso Herrera-Ulloa vs. Costa Rica (2004)*<sup>690</sup> como um dos exemplos da adoção da teoria da margem de apreciação nacional<sup>691</sup>, embora não tenha havido qualquer menção a ela na sentença proferida. Neste julgado, o Tribunal estabeleceu como limite à liberdade de expressão, no exame do critério da proporcionalidade, o parâmetro do estritamente necessário do interesse legítimo que justifique a sua restrição<sup>692</sup>.

Ireneu Cabral Barreto desfila elogios à teoria da margem de apreciação, mediante a qual permite enriquecedor diálogo e consequente aprendizado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos em relação aos tribunais nacionais. E isso porque o

<sup>687</sup>DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le corti*, cit., p. 80 e ss.

<sup>688</sup>MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direito internacional dos direitos humanos*, cit., p. 198.

<sup>689</sup>EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Stoll v. Switzerland*. (Application no. 69698/01). Strasbourg, 10 December 2007. Disponível em: [http://www.concernedhistorians.org/content\\_files/file/le/122.pdf](http://www.concernedhistorians.org/content_files/file/le/122.pdf).

<sup>690</sup>CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_107\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf).

<sup>691</sup>Outros casos que espelhariam a aplicação da doutrina da margem de apreciação nacional pelo CIDH seriam Ricardo Canese vs. Paraguai (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguai*. Sentença de 31 de agosto de 2004. (Mérito, Reparaciones e Custas). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_111\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_por.pdf)) e Salvador-Chiriboga vs. Equador (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Sentencia de 6 de mayo de 2008. (Excepción Preliminar y Fondo). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_179\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_179_esp.pdf)).

<sup>692</sup>LEGG, Andrew. *The margin of appreciation in international human rights law*, cit., p. 31.

TEDH termina evoluindo a partir das modificações e peculiaridades operadas nas realidades nacional e europeia<sup>693</sup>. Seria uma espécie de diálogo transjudicial, certamente na modalidade vertical.

Mas esta questão não parece ser tão simples como se imagina. Nas Sentenças Solange I e II, a Corte Constitucional alemã (*Bundesverfassungsgericht*) conferiu primazia ao direito constitucional interno sobre o direito comunitário<sup>694</sup>. Nas Sentenças nº 348/2007 e 349/2007, o Tribunal Constitucional italiano (*Corte costituzionale della Repubblica italiana*) proclamou que a norma convencional dos direitos humanos (ConEDH) encontrava-se em patamar abaixo da Constituição e acima da lei ordinária (norma subconstitucional)<sup>695</sup>. Entretanto, com a prolação da Sentença nº 264/2012, a mesma Corte mudou o seu entendimento para reconhecer que a CEDH teria o mesmo nível da norma constitucional, porém deve ser ponderada com outros interesses constitucionais igualmente protegidos<sup>696</sup>. Sustenta Claudia Cinelli que não se trataria de hipótese a contemplar a primazia do ordenamento nacional, mas promover a integração dos sistemas de tutela dos direitos humanos, mediante operações de sopesamento de normas protetivas<sup>697</sup>.

Acusa, no entanto, Claudia Cinelli que o Tribunal Constitucional italiano estaria, neste último julgamento, a desnaturar o princípio da margem de apreciação nacional em favor da prevalência do interesse nacional e em prejuízo do indivíduo<sup>698</sup>. Isso porque a teoria da margem de apreciação nacional teria sido criada e desenvolvida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos para estabelecer um equilíbrio entre os

---

<sup>693</sup>BARRETO, Ireneu Cabral. O TEDH e Portugal: 30 anos de uma relação, cit., p. 63.

<sup>694</sup>DIE ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS (BVerfGE). *BVerfGE* 37, 271 - *Solange I*. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv073339.html>; *BVerfGE* 73, 339 - *Solange II*. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv037271.html>.

<sup>695</sup>CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA. *Giurisprudenza* 348 - 349/ 2007 (24/10/2007). Disponível em: <http://www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&op=2&id=284>.

<sup>696</sup>CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA. *Sentenza n. 264*. Disponível em: [http://people.unica.it/danieleamoroso/files/2012/04/pronuncia\\_264\\_2012.pdf](http://people.unica.it/danieleamoroso/files/2012/04/pronuncia_264_2012.pdf).

<sup>697</sup>CINELLI, Claudia. Corte Europea dei Diritti dell'uomo, Corte Costituzionale Italiana e margine di apprezzamento, cit., p. 796.

<sup>698</sup>Id. *Ibid.*, p. 802.

direitos individuais e os interesses gerais da sociedade, em sintonia com o postulado da proporcionalidade<sup>699</sup>.

A partir dessa posição adotada pela Corte Constitucional italiana, convém fazer uma releitura da margem de apreciação nacional, ao considerar que, ao contrário do que entende o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, as Cortes supremas e constitucionais poderiam levar em conta outros valores tutelados pela ordem constitucional interna? Afinal, a margem de apreciação nacional busca, desde sempre, compatibilizar decisões jurídicas na gradual construção de uma cultura europeia de tutela dos direitos humanos com atenção às tradições particulares dos Estados que a integram<sup>700</sup>.

Na mesma esteira, a margem de apreciação nacional reserva a análise da proteção a determinado direito ao crivo do tribunal local mediante o exercício de uma espécie de papel de supervisão. A afetação do elemento constitucional básico, por seu turno, preconiza que a renúncia ao exercício da jurisdição possa ensejar repercussões em outro ordenamento jurídico externo.

### **3.6.5. Diálogo transjudicial e princípio da proteção equivalente**

O princípio da proteção equivalente orienta a criação e funcionamento de tratamento jurídico lastreado em disciplina normativa em nível protetivo de direitos fundamentais ao menos equiparável ao que se afigura proporcionado pelo regime convencional.

---

<sup>699</sup>CINELLI, Claudia. Corte Europea dei Diritti dell'uomo, Corte Costituzionale Italiana e margine di apprezzamento, cit., p. 803.

<sup>700</sup>BENVENUTO, Jayme; SILVA, Rodrigo Deodato de Souza. Normas e decisões do Tribunal Europeu e da Corte Interamericana de Direitos Humanos: aproximações comparativas em matéria de direitos económicos, sociais e culturais, cit., p. 101.



O Tribunal Europeu de Direitos Humanos deu os contornos do princípio da proteção equivalente através dos julgamentos dos *Casos Avotins vs. Letônia (2016)*<sup>701</sup> e *Al-Dulimi et Montana Management Inc. vs. Suíça (2016)*<sup>702</sup>.

Maura Marchegiani enfatiza que o princípio da proteção equivalente corresponde à técnica específica de conexão aplicável exclusivamente às relações entre o sistema convencional e as organizações internacionais<sup>703</sup>. Porém, advoga que poderia ser adotado nos liames entre o regime convencional e os regimes nacionais, em especial no espaço da convenção europeia de direitos humanos, para tornar mais ágil a articulação entre tais ordenamentos jurídicos<sup>704</sup>.

E é isso que se observa no âmbito da União Europeia, ao menos no que toca à relação entre o direito da União e os direitos dos Estados-membros que a integram, consoante ensina Carlos Carranho Proença. Para ele, o princípio da equivalência estabelece a necessidade de se criar mecanismos processuais semelhantes no direito interno de cada Estado-membro, no intuito de assegurar em juízo pretensões subjetivas e interesses reconhecidos pelo ordenamento da União Europeia. Seria, em última instância, pôr à disposição dos cidadãos ações judiciais previstas no direito interno para tutelar o direito europeu<sup>705</sup>.

O manejo do princípio parte da previsão abstrata, como ensina Marchegiani, de esquema normativo idôneo a garantir uma proteção equivalente no âmbito da

---

<sup>701</sup>EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Avotiņš v. Latvia*. (Application no. 17502/07). Strasbourg. 23 May 2016. Disponível em: <https://lovdata.no/static/EMDN/emd-2007-017502-2.pdf>.

<sup>702</sup>EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland*. (Application no. 5809/08). 26 November 2013. This Case was referred to the Grand Chamber which delivered Judgment in the Case on 21/06/2016. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-138948%22%5D%7D>.

<sup>703</sup>MARCHEGIANI, Maura. Tendenze evolutive nel ricorso al principio della protezione equivalente da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. *Rivista di Diritto Internazionale*, Milano, v. 100, n. 2, p. 456, 2017.

<sup>704</sup>Id. Ibid., p. 459.

<sup>705</sup>PROENÇA, Carlos Carranho. *Tutela jurisdicional efetiva no direito da União Europeia: dimensões teóricas e práticas*, cit., p. 207.

organização internacional. E mais do que isso. A estrutura normativa é necessária para que a presunção de equivalência seja aplicável especificamente ao caso concreto<sup>706</sup>.

Por tais circunstâncias, não se pode asseverar que se trataria de uma espécie de diálogo transjudicial, na medida em que a proteção equivalente, em verdade, cuida de estipular mecanismos processuais ou de natureza procedimental, a fim de que os direitos humanos fundamentais sejam assegurados, ao passo que, no processo dialógico, as operações dizem respeito à dimensão material ou substancial dos argumentos que compõem a *ratio decidendi* do precedente dialogando.

### 3.7. Críticas ao diálogo transjudicial

Por mais que se mostre interessante ao desenvolvimento do direito em uma era global, Guy Canivet expõe três obstáculos ideológicos à admissibilidade do diálogo transjudicial. O primeiro deles teria a ver com o processo de seleção aleatória de tribunais em que se pretende dialogar, o que poderia ensejar fonte de insegurança. Porém, Canivet o rechaça por entender que ninguém pode impedir o juiz de examinar a questão submetida à sua apreciação partindo de um olhar encontrado em outras decisões estrangeiras e compará-las com a sua própria visão a respeito<sup>707</sup>.

Outra preocupação nessa mesma linha que pode assustar os mais desavisados diz respeito à seleção, qualificada ou não, de precedentes dialogandos. Mas esse temor não deve assombrar os juízes e tribunais que pretendem dialogar, pois qualquer estipulação de critérios que estabeleçam alguma espécie de ranqueamento de julgados será sempre estéril e infrutífera. O mais das vezes, um único precedente pode ostentar, para parcela dos juízes ou da corte, tamanha força persuasiva que vem a sobrepujar eventual jurisprudência remansosa em sentido contrário, a depender da relevância do elemento distintivo. O que deve ser obrigatório é a realização efetiva do processo

---

<sup>706</sup>MARCHEGANI, Maura. Tendenze evolutive nel ricorso al principio della protezione equivalente da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, cit., p. 467.

<sup>707</sup>CANIVET, Guy. Trans-judicial dialogue in a global world. In: MULLER, Sam; RICHARDS, Sidney (Eds.). *Highest courts and globalisation*. Hague: Hague Academic Press, 2010. p. 37.

(operação) dialógico com aqueles que se reconhecem mais relevantes e impactantes à construção da interpretação dos direitos humanos fundamentais, e não fazer um levantamento de todos os possíveis precedentes existentes a respeito da matéria. A seleção é predominantemente qualitativa muito mais do que quantitativa.

Outro óbice ressaltado por Guy Carnivet diria respeito à possibilidade de esvaziamento do direito nacional, que correria o risco de perder a pureza, a autenticidade e a identidade que possui<sup>708</sup>. Contudo, na concepção sistêmica luhmanniana, esse aparente entrave perde fôlego, pois somente se constrói os sentidos dos direitos fundamentais numa sociedade global cada vez mais recheada de conflitos similares em territórios distintos a partir de interativa comunicação com os direitos humanos.

É inegável, abordam Basil Markesinis e Jörg Fedtke, que essa metodologia dialógica termina por expandir os limites da argumentação jurídica, inserindo novas perspectivas de visão e razões que poderão influir na resolução do caso concreto ou repercutir no desenvolvimento do direito nacional<sup>709</sup>.

Reforçam Basil Markesinis e Jörg Fedtke que o diálogo amplia os horizontes do juiz, de sorte que procura demonstrar-lhe como um problema similar é enfrentado por outro julgador igualmente qualificado. E mais, o importante é que o juiz tenha condições de avaliar se a tese jurídica estrangeira desfruta de utilidade, seja para compreender melhor o caso que lhe foi submetido, seja para instigá-lo a modificar o direito que maneja, seja até mesmo para refutá-la a se analisar a consequência que não almeja<sup>710</sup>.

Sustenta Slaughter que a fertilização cruzada (*cross fertilization*) propicia mais criatividade ou mesmo permite o incremento persuasivo da autoridade do pensamento dialogando, de maneira a aprender sobre algo que o tribunal desconhece ou o ajuda a despertar para uma perspectiva diversa que antes não era vista ou considerada.

---

<sup>708</sup>CANIVET, Guy. Trans-judicial dialogue in a global world, cit., p. 38.

<sup>709</sup>MARKESINIS, Basil; FEDTKE, Jörg. *Giudici e diritto straniero: la pratica del diritto comparato*, cit., p. 218.

<sup>710</sup>Id. Ibid., p. 234.

Provoca, enfim, uma reflexão do pensamento objeto de discussão na decisão dialogada<sup>711</sup>.

O último empecilho apontado por Guy Carnivet consistiria em desenvolver o diálogo transjudicial em regimes jurídicos de concepções fundamentais completamente distintas, exemplificando, como o caso mais emblemático, o mundo islâmico. Mas, mesmo assim, entende ele que o diálogo deveria ser incentivado<sup>712</sup>. Neste mesmo fio do novelo, pinça Amartya Sen na defesa que faz de um escrutínio argumentado e dialógico, mesmo com a cultura islâmica, e demonstra que o povo mulçumano sempre se mostrou mais aberto ao diálogo do que a própria cultura europeia, sobretudo na época da Santa Inquisição católica<sup>713</sup>.

A este propósito, ressalta Rüdiger Wolfrum que o direito islâmico influenciou a criação e o desenvolvimento de normas de direito internacional, com a sacralização dos

---

<sup>711</sup>SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts, cit., p. 201.

<sup>712</sup>CANIVET, Guy. Trans-judicial dialogue in a global world, cit., p. 38.

<sup>713</sup>SEN, Amartya. *The idea of justice*. London: Penguin Books, 2010. p. 333-334. Para chegar a essa conclusão, historia Amartya Sen que: “If we look instead for public reasoning and tolerance of different points of view, in line with the broader understanding of democracy that I have been discussing, then the Middle East does have quite a distinguished past. We must not confuse the narrow history of Islamic militancy with the capacious history of the Muslim people and the tradition of political governance by Muslim rulers. When the Jewish philosopher Maimonides was forced to emigrate from Spain in the twelfth century (when more tolerant Muslim regimes had given way to a far less tolerant Islamic regime), he sought shelter not in Europe but in a tolerant Muslim kingdom in the Arab world, and was given an honoured and influential position at the court of Emperor Saladin in Cairo. Saladin was certainly a strong Muslim; indeed, he fought hard for Islam in the Crusades and Richard the Lionheart was one of his distinguished opponents. But it was in Saladin’s kingdom where Maimonides found his new base and a renewed voice. Tolerance of dissent is, of course, central to the opportunity to exercise public reasoning, and the tolerant Muslim regimes in their heyday offered a freedom that Inquisition-ridden Europe sometimes withheld. Maimonides’ experience was not, however, exceptional. Indeed, even though the contemporary world is full of examples of conflicts between Muslims and Jews, Muslim rule in the Arab world and in medieval Spain had a long history of integrating Jews as secure members of the social community whose liberties – and sometimes leadership roles – were respected. For instance, as Maria Rosa Menocal has noted in her book, *The Ornamento of the World*, by the tenth century the achievement of Cordoba in Muslim-ruled Spain as being ‘as serious a contender as Baghdad, perhaps more so, for the title of most civilized place on earth’ was due to the joint influence of Caliph Abd al-Rahman III and his Jewish vizier, Hasdai ibn Shaprut. Middle Eastern history and the history of Muslim people also include a great many accounts of public discussion and political participation through dialogues”.

acordos e a regra da reciprocidade no plano internacional entre os Estados<sup>714</sup>, o que abre futuras possibilidades para eventual diálogo com cortes estrangeiras.

De acordo com Eyal Benvenisti e George W. Downs, ainda haveria uma outra crítica à deferência judicial de tribunais em relação a estrangeiros. É que a influência internacional decisória poderia representar sério risco político, com a diminuição o poder das deliberações democráticas domésticas. Mas sugerem, para resolver tal preocupação, o incremento do diálogo com os tribunais internacionais, de modo que quanto mais os tribunais nacionais engajarem-se na observância do direito internacional, inclusive na aplicação dos costumes, mais as cortes estrangeiras irão atentar e se debruçar sobre as peculiaridades dos casos concretos de origem interna. Além do mais, os tribunais estrangeiros precisam das cortes internas para implementar e tornar, muitas vezes, efetivas e exequíveis as suas decisões judiciais na seara doméstica<sup>715</sup>.

Basil Markesinis e Jörg Fedtke ainda apontam outra fonte de constante resistência ao diálogo transjudicial: a mentalidade refratária dos juízes. Essa postura mais representa um entrave do que propriamente um perigo<sup>716</sup>. E chega a afirmar que os juízes mais tendenciosos a utilizá-lo são os que se encontram em instâncias mais altas e, curiosamente, com idades mais avançadas<sup>717</sup>.

Assevera Vergottini que existem graus diferenciados de abertura dos tribunais à jurisprudência estrangeira, a começar pelas cortes que a rejeitam integralmente, como

---

<sup>714</sup>WOLFRUM, Rüdiger. *Constitutionalism in Islamic Countries*, cit., p. 81.

<sup>715</sup>BENVENISTI, Eyal; DOWNS, George W. Going global to preserve domestic accountability: the new role of national courts. In: MULLER, Sam; RICHARDS, Sidney (Eds.). *Highest courts and globalisation*. Hague: Hague Academic Press, 2010. p. 164-165. Nesta esteira, Guilherme Peña de Moraes ainda esquadrinha cinco obstáculos ao diálogo judicial: a) soberania estatal; b) particularismo legal; c) dificuldade ou problema contramajoritário internacional; d) genealogia constitucional; e e) arbitrariedade judicial. (*Constitucionalismo multinacional: uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais*, cit., p. 31). Porém, tais supostos óbices, em última instância, cederiam aos seguintes postulados: a) capacidade de autodeterminação; b) comunicação transjudicial; c) métodos de interpretação da Constituição; d) globalização jurídica; e e) fundamentação das decisões (Id. *Ibid.*, p. 37).

<sup>716</sup>MARKESINIS, Basil; FEDTKE, Jörg. *Giudici e diritto straniero: la pratica del diritto comparato*, cit., p. 242.

<sup>717</sup>Id. *Ibid.*, p. 264.

se manifestou Antonie Scalia, no famoso Caso *Lawrence vs. Texas* da Suprema Corte Norte-americana<sup>718</sup>, que fora julgado em 2003<sup>719</sup>.

Esse caso decidido pela Suprema Corte estadunidense, normalmente, chama a atenção da doutrina do diálogo transjudicial pela acirrado debate que se travou entre os *Justices* Antonie Scalia e Anthony Kennedy acerca da possibilidade de invocação de precedentes judiciais estrangeiros nas decisões proferidas pelo tribunal. A Corte terminou, ao final, por maioria, alterando o posicionamento que já havia sido consolidado no Caso *Bowers vs. Hardwick* (1986)<sup>720</sup>, para declarar a inconstitucionalidade de dispositivo do Código Penal do Estado do Texas que reconhecia como crime a prática de atos homossexuais consentidos (sodomia). A partir de denúncia de um vizinho de que havia um homem louco com uma pistola nas redondezas, a Polícia do Texas acabou entrando em um apartamento e encontrou um casal homossexual praticando sexo, prática considerada crime pela lei texana.

A posição de impermeabilidade da ordem jurídica norte-americana a influências estrangeiras, defendida por Scalia, a bem da verdade, espelhava a concepção originalista, por ele liderada na Suprema Corte, de que deveria se interpretar a Constituição dos Estados Unidos de 1787 unicamente a partir das ideias, visões e entendimentos cultuados à época dos *founding fathers* (John Adams, Benjamin Franklin, Alexander Hamilton, John Jay, Thomas Jefferson, James Madison e George Washington).

No entanto, pondera Cass R. Sunstein que os que refutam a doutrina originalista não negam a importância da Constituição americana, nem mesmo de seu caráter vinculante. Apenas deseja que sejam levados em consideração aspectos não

---

<sup>718</sup>DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le corti*, cit., p. 126. Basil Markesinis e Jörg Fedtke também apontam os sistemas jurídicos em quatro categorias distintas, a depender da receptividade de precedentes estrangeiros (*Giudici e diritto straniero: la pratica del diritto comparato*, cit., p. 99).

<sup>719</sup>UNITED STATES SUPREME COURT. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). No. 02-102. Argued March 26, 2003-Decided June 26, 2003. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558/>.

<sup>720</sup>UNITED STATES SUPREME COURT. *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986). Argued March 31, 1986. Decided June 30, 1986. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/478/186/>.

contemplados na época do entendimento original, discernindo os sucessivos sentidos que surgem ao longo do tempo<sup>721</sup>.

No julgamento de *Lawrence vs. Texas*, a jurisprudência da Suprema Corte que imperava até então era a sedimentada em *Bowers vs. Hardwick*. Neste último julgado, a maioria do tribunal entendeu que não existia à época nos Estados Unidos da América a tradição de proteger a intimidade dos homossexuais, não havendo qualquer incompatibilidade com a Constituição norte-americana a criminalização da sodomia.

Em *Bowers vs. Hardwick*, a Corte fez referência ao direito inglês, à moral cristã-judaica e ao direito romano. Neste caso, como acentua Michel Rosenfeld, não houve tanta controvérsia a respeito da invocação de direito estrangeiro<sup>722</sup>.

Entre os vários argumentos levantados por Anthony Kennedy, em *Lawrence vs. Texas (2003)*, ao defender a possibilidade de se louvar de precedentes estrangeiros, o mais fascinante deles foi a alegação de que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, após o julgamento do *Caso Bowers vs. Hardwick (1986)*, ao examinar matéria rigorosamente semelhante nos *Casos Norris vs. Ireland (1988)*<sup>723</sup>, *Modinos vs. Cyprus (1993)*<sup>724</sup> e *P.G & J. H. vs. United Kingdom (2001)*<sup>725</sup>, não o mencionou em quaisquer desses julgados, o que, na sua ótica, significava manifesta rejeição do entendimento da Suprema Corte americana até então<sup>726</sup>. Postura, inclusive, que já havia sido adotada

---

<sup>721</sup>SUNSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. Tradutores: Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 123.

<sup>722</sup>ROSENFELD, Michel. Comparative constitutional analysis in United States adjudication and scholarship. In: ROSENFELD, Michael; SAJÓ, András (Eds.). *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 44.

<sup>723</sup>EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Norris v. Ireland*. (Application no. 10581/83). Strasbourg, 26 October 1988. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57547%22%7D>.

<sup>724</sup>EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Modinos v. Cyprus*. (Application no. 15070/89). Strasbourg, 22 April 1993. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57834%22%7D>.

<sup>725</sup>EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of P.G. and J.H. v. The United Kingdom*. (Application no. 44787/98). Strasbourg, 25 September 2001. Final 25/12/2001. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-59665%22%7D>.

<sup>726</sup>WALTERS, Melissa A. Mediating norms and identity: the role of transnational judicial dialogue in creating and enforcing international law. *Georgetown Law Journal*, v. 93, n. 2, p. 565, 2005.

pelo Tribunal europeu no *Caso Lingens vs. Austria* (de 1986) em relação ao *Caso New York Times vs. Sullivan* (1964).

O objetivo da Suprema Corte, em *Lawrence vs. Texas*, foi alterar (*overruling*) a jurisprudência até então prevalecente, tendo o Justice Kennedy ressaltado que o direito à privacidade dos homossexuais já se encontrava aceito como parte ínsita à liberdade humana em vários países e nada estava a indicar que o interesse na criminalização da sodomia em território norte-americano fosse mais legítimo e urgente.

No entanto, lembra Lawrence Tribe que esse caso (*Lawrence vs. Texas*) não foi o primeiro em que a Suprema Corte americana discutiu a respeito da possibilidade de utilização de precedentes estrangeiros. Ainda no julgamento de *Planned Parenthood of Southeastern Pa. vs. Casey*<sup>727</sup>, o tribunal fez citação de um julgado de 1975 da então Corte Constitucional da Alemanha Ocidental sobre o direito à vida<sup>728</sup>.

Michel Rosenfeld aponta os diferentes impactos que as referências a julgados estrangeiros provocaram na própria percepção norte-americana. Recorda Rosenfeld que *Bowers* foi decidida antes do fim da Guerra Fria e antes da proliferação de órgãos constitucionais decisórios estrangeiros. Na época de *Bowers*, a ordem geopolítica era baseada, nesta linha, na tensão entre Estados Unidos e União Soviética. Em *Lawrence*, os Estados Unidos estavam em desacordo com muitas das posições defendidas na Europa. Em *Bowers*, o Poder Judiciário sufragou entendimento em conformidade com a corrente mais conservadora, ao passo que, em *Lawrence*, alinhou-se à vertente progressista, de cariz mais universalista e, portanto, menos propensa a se contrapor à utilização de fontes estrangeiras. Em *Bowers*, o tribunal invocou antigo e distante fonte estrangeira com ênfase na moralidade religiosa. Já em *Lawrence*, a Corte apóia-se na jurisprudência contemporânea do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos<sup>729</sup>.

---

<sup>727</sup>UNITED STATES SUPREME COURT. *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992). No. 91-744. Argued April 22, 1992-Decided June 29, 1992. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/>.

<sup>728</sup>TRIBE, Lawrence. *The invisible Constitution*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 181.

<sup>729</sup>ROSENFELD, Michel. Comparative constitutional analysis in United States adjudication and scholarship, cit., p. 47.



Essa postura refratária da Suprema Corte americana à conversação judicial, em verdade, contraria a própria história do constitucionalismo norte-americano, pois a própria origem dos Estados Unidos está ligada a ouvir as opiniões de outros países, como denuncia o Sumary 63 do “*The Federalist Papers*”. O Justice Breyer, no julgamento de *Foster vs. Flórida (2002)*<sup>730</sup>, revela que o número 63 do “*The Federalist Paper*” recomenda “attention to judgement of other nations”<sup>731</sup>.

Antes mesmo do *Caso Lawrence*, o Tribunal já havia, em *Washington vs. Glucksberg (1997)*<sup>732</sup> se valido de precedentes estrangeiros para proferir a sua primeira decisão a respeito da constitucionalidade do suicídio assistido.

De outra banda, Vergottini cita o exemplo do Conselho Constitucional francês, aparentemente permeável aos entendimentos jurisprudenciais alemão, italiano e espanhol, porém não os utiliza em seus pronunciamentos decisórios. Ainda há outra graduação em que o juiz cinge-se apenas a fazer referência ao direito externo, sem empreender maiores considerações, que seriam praticamente quase todos os tribunais ao redor do mundo<sup>733</sup>.

E, por fim, os que utilizam abertamente a jurisprudência estrangeira e o recurso ao direito comparado em suas decisões judiciais, como Canadá, Austrália e África do Sul<sup>734</sup>.

No Brasil, alerta Marcelo Neves para a mera importação acrítica de institutos do direito estrangeiro com “uma postura de transplante”<sup>735</sup>, com o intuito apenas de

---

<sup>730</sup>UNITED STATES SUPREME COURT. *Charles Kenneth Foster v. Florida, et al. No. 01—10868*. Decided October 21, 2002. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/1-10868.ZA1.html>.

<sup>731</sup>No *Federalista*, Hamilton, Madison e Jay admitem ser da natureza do Poder Judiciário e do espírito geral da Constituição a possibilidade de discutir leis das mais distantes partes do mundo, podendo perfeitamente o Japão e Nova Iorque fornecer aos tribunais americanos matéria de debate jurídico (MADISON, James; MADISON, Hamilton; JAY, John. *O federalista*. Tradutor Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003. p. 484).

<sup>732</sup>UNITED STATES SUPREME COURT. *Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702 (1997)*. No. 96-110. Argued January 8, 1997-Decided June 26, 1997. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/521/702/>.

<sup>733</sup>DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le corti*, cit., p. 128.

<sup>734</sup>Id. *Ibid.*, p. 132.

<sup>735</sup>NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, cit., p. 171.

ostentar um certo “bacharelismo” ou “prova de erudição”, sem que se estabeleça qualquer ligação concreta com a hipótese retratada no caso em julgamento. Isso ocorreu, por razões históricas, com inúmeras citações a julgados da Suprema Corte norte-americana e, em momento mais recente, a precedentes do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*)<sup>736</sup>.

Esse comportamento subserviente pode revelar, na visão de Marcelo Neves, que compara a mais um capítulo da nossa tradição jurídica de “colonialismo” do direito em face de outras ordens jurídico-constitucionais<sup>737</sup>.

Com efeito, Marcelo Neves tem razão quando afirma não ser desejável – e isso certamente em qualquer ordem jurídica - importação de modelos argumentativos extraídos de decisões judiciais estrangeiras, muitas vezes, apenas para reforçar o raciocínio já adotado pelo julgador. A decisão estrangeira exerceria aí somente uma função de chancela. Nada mais. Evidentemente que essa metodologia de julgamento não pode ser considerado diálogo transjudicial.

Diálogo, como já visto, pressupõe interação, troca, aprendizado, aperfeiçoamento, construção a partir de outras observações e, sobretudo, outros observadores, que observam aquilo que um deles não consegue ver. Ao mencionar a locução “diálogo transjudicial”, há de se tomar cuidado para não se referir à defesa da ideia de autoridade ou supremacia de um direito sobre outro (de regra, internacional sobre o nacional), nem de uma ordem jurídica sobre outra, ao menos, aprioristicamente.

Outra crítica apontada por Marcelo Neves diz respeito à prevalência das formas do direito forte sobre as de direito frágil, como uma certa “imunidade” das “grandes potências” ao direito internacional<sup>738</sup>. Esse é um fenômeno bem comum no âmbito do regime interamericano de proteção regional dos direitos humanos com a postura refratária e até mesmo de desprezo dos Estados Unidos da América com as decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, possivelmente porque não é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos.

---

<sup>736</sup>NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, cit., p. 178-179.

<sup>737</sup>Id. Ibid., p. 182-183.

<sup>738</sup>Id. Ibid., p. 285-286.

Basil Markesinis e Jörg Fedtke, por sua vez, sustentam que, na prática, têm observado maior incidência de referências a cortes estrangeiras maiores e consolidadas, seja por se constituírem em ordens jurídicas “mães”, seja pela elevada capacidade de criatividade que possuem, do que aqueles tribunais menores<sup>739</sup>. Para Lucio Pegoraro, os modelos no diálogo transjudicial circulariam por imposição ou por prestígio<sup>740</sup>. Ou mesmo, como pontifica Ran Hirschl, a depender do ator jurídico que pretende se valer de precedentes dialogantes. Ainda que tenha se referido ao direito comparado, o raciocínio de Hirschl pode ser aplicado com perfeição à hipótese do diálogo transjudicial. Cada um dos protagonistas do mundo do direito (advogados ou juízes) que atuam perante tribunais tem um objetivo diferente em mente na comparação. O advogado utiliza o método comparativo para tentar ganhar o caso de seu cliente, ao passo que o juiz observa seletivamente outras jurisdições que já apreciaram casos iguais<sup>741</sup>.

Além dessas críticas, também preocupa aspectos procedimentais de aplicação do precedente paradigmático pelo tribunal. O primeiro deles, sem dúvida, consiste na interpretação equivocada do julgado dialogando, suscetível de ocorrer até mesmo quando não se enfrenta o entrave da língua. Outro problema é a utilização parcial do precedente apenas por axiomas ou premissas teóricas nele existentes, tão ao gosto da prática brasileira de invocar arestos jurisprudenciais, sem que se leve em conta as circunstâncias fático-jurídicas do caso concreto. Seleciona-se algumas afirmativas que convém ao tribunal e descarta outras, dando a impressão que não teriam relevância no exame de seu caso específico. E, por fim, a utilidade. Em todas as situações, o diálogo transjudicial teria alguma utilidade? Ou seria inútil em algumas hipóteses? Como se decidiria quando seria útil a fertilização cruzada, quando não?

Esses aspectos parecem se constituir um dos pontos centrais do debate que gravita em torno da importância do diálogo transjudicial, daí a necessidade imperiosa de aquilatar que elementos o viabilizam na prática dos tribunais dispostos a conversar.

---

<sup>739</sup>MARKESINIS, Basil; FEDTKE, Jörg. *Giudici e diritto straniero: la pratica del diritto comparato*, cit., p. 110.

<sup>740</sup>PEGORARO, Lucio. Estudio introductorio: trasplantes, injertos, diálogos. *Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del derecho comparado*, cit., p. 34.

<sup>741</sup>HIRSCHL, Ran. *Comparative matters: the renaissance of comparative constitutional law*, cit., p. 225.

O certo é que, muito dificilmente no passado, os tribunais observaram outros precedentes de outras cortes da forma como ocorre nos dias de hoje. E isso muito possivelmente em decorrência da cada vez mais acentuada interpenetração (ou “miscigenação”) que se constata entre as famílias jurídicas tradicionais. Nunca as ordens jurídicas tradicionalmente calcadas no *civil law* se valeram tanto de precedentes judiciais em seus processos decisórios, assim como aquelas do *common law* produziram tantas leis (*statute law*).

Mas, para que se operacionalize o processo próprio do diálogo transjudicial, torna-se imperioso traçar alguns critérios aplicativos que o viabilize na prática interativa entre juízes e tribunais.

### **3.8. Critérios de utilização do diálogo transjudicial**

Como já sinalizado linhas atrás, o diálogo transjudicial, para se credenciar como tal, deve se projetar no processo de comunicação com alguns caracteres que o identifiquem e o distingam de simples citações alegóricas ou retóricas, do direito comparado ou de outras figuras que com ele guardem alguma afinidade.

Para que ocorram efetivamente as operações de diálogo transjudicial, é imprescindível que se verifiquem alguns critérios basilares, sem os quais não passam de meras referências citadas despidas de operacionalidade dialógica.

Registra Geir Ulfstein que a prática dos tribunais nacionais, ao cancelar o direito internacional como fonte relevante em suas decisões, incrementa o sistema jurídico internacional, mas pondera que, para ser bem aplicado os precedentes, antes se deve entender com precisão o sentido e o alcance das razões jurídicas edificadas, além de esclarecer o que a Corte citanda diz a respeito das especificidades do caso<sup>742</sup>.

David S. Law e Wen-Chen Chang esclarece que a simples participação do tribunal no diálogo global não garante, necessariamente, a utilização significativa do

---

<sup>742</sup>ULFSTEIN, Geir. *The international Judiciary*, cit., p. 146.

precedente estrangeiro e, para ilustrar, compara o Tribunal Constitucional de Taiwan e a Suprema Corte dos Estados Unidos, já que existem uma série de variáveis institucionais muito mais impactantes ao sucesso do processo dialógico, como a estrutura de educação jurídica e o preparo para o desempenho da atividade judicante<sup>743</sup>.

Em princípio, Mattias Wendel assinala duas condições gerais para se viabilizar o diálogo transjudicial: a) público alvo; e b) língua escolhida para dialogar. A preocupação com o público alvo deriva da circunstância de que as razões da decisão pertencem às partes do processo, mas que despertam interesse de um público especializado e, no mais das vezes, da imprensa em geral e dos representantes dos órgãos constitucionais<sup>744</sup>. Lembra Wendel que, normalmente, o público alvo será em maior extensão os tribunais constitucionais nacionais e as interpretações por eles sedimentadas, porém não exclusivamente, sobretudo porque busca alcançar também público especializado e tribunais constitucionais estrangeiros<sup>745</sup>.

A língua a adotar no processo dialógico, de outro vértice, também merece cuidadosa atenção. Antze Wiener e Philip Liste atentam para a necessidade, no processo de interação entre juízes e tribunais que dialogam em línguas diferentes, de refinada tradução tendente à obtenção de um certo “entendimento hermenêutico” (*hermeneutic understanding*) a respeito do teor das decisões dialogandas, a fim de, adequadamente, capturar e transmitir o fiel significado do texto no intuito de facilitar a compreensão<sup>746</sup>.

Wendel destaca, nesse palmilhar, que os tribunais constitucionais europeus estão submetendo os seus *leading cases* à tradução para criar precedentes de integração,

---

<sup>743</sup>LAW, David S.; CHANG, Wen-Chen. The limits of global judicial dialogue, cit., p. 575.

<sup>744</sup>WENDEL, Mattias. Richterliche Rechtsvergleichung als Dialogform: Die Integrationsrechtsprechung nationaler Verfassungsgerichte in gemeineuropäischer Perspektive, cit., p. 362.

<sup>745</sup>Id. Ibid., p. 363.

<sup>746</sup>WIENER, Antze; LISTE, Philip. Lost without translation? cross-referencing and a new global community of courts. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 21, n. 1, p. 265, Jan. 2014.

citando como exemplo o Conselho Constitucional francês que vem traduzindo número considerável de decisões em inglês, alemão, espanhol e italiano<sup>747</sup>.

Pondera Claudio Panzera que abertura à comunicação com outros tribunais exige da corte que firma o precedente uma atenção ao estilo argumentativo de sua própria *ratio decidendi*, para alcançar um auditorio mais amplo<sup>748</sup>. Aurélia Schahmanèche acentua que o uso de argumentos comparativos depende, essencialmente, da autoridade e da credibilidade de certos tribunais supremos nacionais e que essa fertilização cruzada tem propiciado profunda mudança no modo de redigir as decisões e, sobretudo, na maneira de pensar a função judicial, uma vez que se passou a meditar a solução dos casos concretos à luz de uma comunidade de valores e de princípios de envergadura internacional<sup>749</sup>.

Afinal, como realça José Carlos Remoti Carbonell, o efeito vinculante das decisões judiciais em matéria de direitos humanos da Corte Interamericana não se adstringe unicamente à parte resolutiva (dispositiva) do julgado proferido, mas se estende aos fundamentos jurídicos, pois nesta parte da decisão explicitam-se os critérios de aplicação, os limites ou alcances das medidas e dos procedimentos de cumprimento<sup>750</sup>.

Por outro lado, Guy Canivet vislumbra o diálogo transjudicial sob cinco lentes diversas: histórica, contextual, política, estratégica e funcional. A razão histórica deve-se a proximidade de juízes que se acham na mesma família jurídica e judicial, como os

---

<sup>747</sup>WENDEL, Mattias. Richterliche Rechtsvergleichung als Dialogform: Die Integrationsrechtsprechung nationaler Verfassungsgerichte in gemeineuropäischer Perspektive, cit., p. 364.

<sup>748</sup>PANZERA, Claudio. Il Bello dell'essere diversi: Corte costituzionale e Corti europee ad una volta. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, n. 1, p. 41, 2009.

<sup>749</sup>SCHAHMANECHE, Aurélia. *La motivation des décisions de la Cour Européenne des Droits de L'Homme*, cit., p. 528.

<sup>750</sup>REMOTI CARBONELL, José Carlos. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Barcelona: Instituto Europeo de Derecho, 2003. p. 269). Nos Casos Velásquez Rodríguez contra Honduras (item 35 - CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentença de 29 de julho de 1988 (Mérito). Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_por.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_por.doc)) e Godínez Cruz contra Honduras (item 33 - INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Godínez-Cruz v. Honduras*. Judgment of January 20, 1989 (Merits). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_05\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_05_ing.pdf)), a Corte fez essa observação de que os fundamentos também vinculam o julgado.

que integram, por exemplo, a *common law* ou a *commonwealth*. A contextual deriva da universalidade de determinadas matérias e questões judiciais conflituosas a teor de valores igualmente universais, consoante se observa na hipótese dos direitos humanos. Neste caso, a comunicação interjudicial ocorre ao redor da comunhão de interesses e de uma auréola de valores compartilhados. Na ótica política, a internacionalização judicial reforça a figura do juiz e do Poder Judiciário como grande artífice da sociedade dita global. A visão estratégica corresponde à capacidade de influência das decisões judiciais no âmbito regional e global. E, por derradeiro, funcional. A veia funcional, a bem da verdade, vista sob a perspectiva da razão utilitarista, contribui para aperfeiçoar o próprio direito e a aplicação judicial a partir de uma observação da decisão estrangeira, na medida em que auxilia a resolver questões que nunca surgiram antes ou mudar o olhar que se tem a respeito do caso concreto apresentado, ou mesmo rever o entendimento anteriormente já firmado<sup>751</sup>.

Vicki C. Jackson, de igual maneira, acentua que uma das metodologias utilizadas para se operacionalizar a comparação entre sistemas jurídicos constitucionais reside nos critérios das famílias jurídicas (*civil law e common law*)<sup>752</sup>, de regionalidade (América latina, Europa, África, v.g.)<sup>753</sup> e constitucionalismos ou fenômenos emergentes<sup>754</sup>.

No entanto, uma observação há de ser feita quanto à aparente unidade das famílias jurídicas tão propagada pela doutrina. Mesmo na mesma família jurídica sempre existem diferenças marcantes no direito e em sua estrutura aplicativa e de concepção dogmática. Exemplo maior disso é quando se tenta aproximar por meio da família jurídica do *common law* os Estados Unidos da América e o Reino Unido<sup>755</sup>.

---

<sup>751</sup>CANIVET, Guy. Trans-judicial dialogue in a global world, cit., p. 23 e ss.

<sup>752</sup>JACKSON, Vicki C. Comparative constitutional law: methodologies. In: ROSENFELD, Michael; SAJÓ, András (Eds.). *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 55.

<sup>753</sup>Id. Ibid., p. 56.

<sup>754</sup>Id. Ibid., p. 57.

<sup>755</sup>O mesmo se pode dizer em relação à ligação da África do Sul com o *common law*. Aliás, como esclarece Laurie W. H. Ackermann, “La *common law* sudafricana non è di origine anglosassone, bensì romano-tedesca, introdotta nel 1652 dall’insediamento della Compagnia Delle Indie Orientali tedesca nella Colonia del Capo.

Essa constatação não passou despercebida por Roscoe Pound, ao se debruçar sobre a cultura jurídica do *common law*. Percebeu ele que, malgrado pertencente à mesma família do *common law* inglês, os Estados Unidos da América construíram um direito de traços nitidamente diversos, sobretudo na estruturação da administração do Poder Judiciário. Após a independência norte-americana, prevaleceu postura refratária ao direito inglês, o que permitiu certa simpatia ao direito francês. Sem embargo disso, sobreviveu a doutrina do precedente judicial com citações de decisões inglesas, embora sob hostilidade da comunidade jurídica estadunidense<sup>756</sup>.

No Reino Unido, recorda Theodore F. T. Plucknett que a origem do *common law* nasce de costumes reconhecidos pelas cortes na prolação de decisões que poderiam servir de base para orientar os cidadãos em como os tribunais britânicos iriam decidir idênticas questões no futuro, sem necessidade de submetê-las novamente a um outro exame dos argumentos debatidos<sup>757</sup>. Adiciona Robert Leckey que, em sua origem, o *common law* era uma arena apenas para os práticos do direito, voltado a disciplinar essencialmente os procedimentos, como a competência dos juízes, ações e os meios de impugnação, diferentemente do que se observava no *civil law*, que se dedicava essencialmente ao direito material. Somente no século XIX é que a sua prática passou a estar ligada mais ao direito material do que o processual<sup>758</sup>.

Como se vê, integrar a mesma família jurídica (*civil law*, *common law*, *islamic law* ou outra) ou professar a mesma língua não asseguram a operacionalização do

---

Il diritto romano-tedesco ricevuto era la *common law* olandese precedente all'ultima codificazione nel primo decennio del XIX secolo. Né la Colonia del Capo né, in seguito, il Sud Africa unito codificarono la *common law* nel modo continentale, e la *common law* romano-tedesca continuò, in Sud Africa, ad essere sviluppata tramite le sentenze delle corti. Dal 1806 il diritto inglese ha esercitato una notevole influenza, soprattutto nel campo del diritto societario, del diritto delle prove e della procedura penale. Ma quando sorgono questioni complesse di diritto penale sostanziale (che è rimasto romano-tedesco) e di diritto civile, non coperte completamente da precedenti sudafricani, si ha ancora riguardo al diritto tedesco pre-codificazione e ad altri commentari europei sul Digesto di Giustiniano e perfino – quando necessario – al Digesto stesso. Il sistema della *common law* sudafricana è attualmente considerato misto, con le radici principali nel suolo fertile, del diritto romano-tedesco e quelle minori nutrite dal sistema anglosassone” (ACKERMANN, Laurie W. H. La comparazione costituzionale in Sud Africa. In: MARKESINIS, Basil; FEDTKE, Jörg. *Giudici e diritto straniero: la pratica del diritto comparato*. Bologna: Il Mulino, 2009. p. 363-364. (Collezione di testi e di studi).

<sup>756</sup>POUND, Roscoe. *The spirit of the common law*. Boston: Marshall Jones Company, 1925. p. 6.

<sup>757</sup>PLUCKNETT, Theodore F. T. *A concise history of the common law*. Indianapolis: Liberty Fund, 2010. p. 342.

<sup>758</sup>LECKEY, Robert. *Bills of rights in the common law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 36-37.



diálogo transjudicial, justamente porque o grande mérito desse mecanismo de interação entre juízes (nacionais e internacionais) descansa na circularidade de entendimentos diversos que propiciem constante aprendizado cuja diferença se constitui na mais elevada *commodity* de enriquecimento decisório.

Afinal, tem razão Gábor Halmai ao proclamar que o critério mais relevante que impulsiona o diálogo transjudicial é a busca por boas e persuasivas ideias jurídicas de outros tribunais para resolver problemas similares<sup>759</sup>.

A propósito, Marcelo Neves parte da premissa basilar, para que ocorra verdadeiro diálogo transconstitucional, da existência de diferenças entre as ordens constitucionais no que tange aos conteúdos normativos e aos procedimentos<sup>760</sup>. Com isso, o diálogo apenas se opera se houver capacidade de pôr-se no lugar do outro<sup>761</sup>.

Julie Allard e Antonie Garapon sustentam que o diálogo transjudicial ganha fôlego a partir do “sentimento ou a consciência crescentes de um patrimônio democrático ou civilizacional comum”, que decorrem do silêncio do direito positivo, da necessidade dos tribunais internacionais de dialogarem, da estrutura normativa tal como se verificou na União Europeia e da busca de segurança para o comércio internacional<sup>762</sup>. Neste comércio entre juízes, consoante desfilam, não haveria propriamente um sistema jurídico, mas antes uma rede heterárquica e policêntrica, onde os sistemas jurídicos estariam entrelaçados<sup>763</sup>. Essas relações, de certa forma, abrigam uma verdadeira “concorrência entre culturas jurídicas”, porém adstrita ao *common law* e ao *civil law*, mais do que a defesa da interpretação de seu direito<sup>764</sup>, com a finalidade

---

<sup>759</sup>HALMAI, Gábor. The use of foreign law in constitutional interpretation, cit., p. 1.333.

<sup>760</sup>NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, cit., p. 184.

<sup>761</sup>Id. Ibid., p. 166.

<sup>762</sup>ALLARD, Julie; GARAPON, Antonie. *Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito*, cit., p. 30. Mais a frente em sua obra, complementam que “O comércio entre juízes produz e estimula uma legitimidade horizontal de ordem simultaneamente relacional e racional, social e intelectual. A referência a um conjunto mais vasto de decisões tem o objectivo de conquistar uma legitimidade, também ela, mais vasta. A decisão suscitará mais respeito quando tomar em linha de conta os argumentos de outros juízes” (Id. Ibid., p. 78).

<sup>763</sup>Id. Ibid., p. 32. Vão mais além Julie Allard e Antonie Garapon, ao propugnarem que “o comércio entre juízes cria regularidade e previsibilidade: não existe uma mera justaposição de diferentes tribunais restringidos, uns e outros, às suas competências específicas. O comércio entre juízes produz uma sociedade de homens e mulheres de horizontes diversos que partilham uma função e uma tarefa comuns. O mecanismo daí resultante é estritamente informal mas, por esse facto, a ausência de hierarquia e a acefalia constituem, elas próprias, as condições de seu funcionamento” (Id. Ibid., p. 32-33).

<sup>764</sup>Id. Ibid., p. 51.

de promover aquela cultura mais consontânea com os desafios da globalização ou mais propagadora de valores universais<sup>765</sup>.

No entanto, rebate Pradyumna K. Tripathi, desde há muito, que esses critérios alusivos à associação histórica, à natureza cognata dos dois sistemas jurídicos, à analogia das instituições jurídicas, a uma suposta necessidade de uniformidade, à semelhança ou identidade da linguagem não possuem o condão de assegurar por si só o prestígio de uma dada decisão judicial, justamente porque qualquer um dos precedentes pode ser confrontado contra outro, inclusive ser preterido a outro ou mesmo convenientemente ignorado por completo. Por vezes, essa escolha pode restar vulnerável a pressões secretas ou motivações psicológicas.<sup>766</sup>

A despeito disso, na seleção dos precedentes a utilizar no processo dialógico, Guilherme Peña de Moraes estabelece cinco requisitos: a) similaridade; b) uniformidade; c) extranacionalidade; d) contemporaneidade; e e) neutralidade<sup>767</sup>.

À exceção da similaridade, não se pode dizer que os demais se afiguram como requisitos indispensáveis, sem os quais seriam deixados de lado em prol de outros que apresentassem tais caracteres. Antes de tudo, difícil encontrar uma decisão neutra, que fosse fruto apenas “do livre exercício da função jurisdicional pelos tribunais estrangeiros de igual natureza”. Essa justificativa nada diz a respeito ao caráter persuasivo do julgado, pois nenhum juiz ou tribunal pode ser considerado neutro, na medida em que possui concepções ideológicas e visões de mundo intrínsecas ao seu ato de julgar. Precedente contemporâneo não significa, necessariamente, o de melhor qualidade, sobretudo quando se busca confrontá-lo ou rechaçá-lo à vista de peculiaridades distintivas. De pouca serventia se reputa requisito a extranacionalidade, porquanto é de diálogo transjudicial que se cuida. E, por derradeiro, o diálogo transjudicial não colima, em todas as hipóteses, a uniformidade de entendimento, mas a melhor e mais adequada aplicação do direito incidente no caso judicativo-decisório.

---

<sup>765</sup>ALLARD, Julie; GARAPON, Antonie. *Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito*, cit., p. 59.

<sup>766</sup>TRIPATHI, Pradyumna K. Foreign precedents and constitutional law. *Columbia Law Review*. Columbia, v. 57, p. 338, 1957.

<sup>767</sup>MORAES, Guilherme Peña de. *Constitucionalismo multinacional: uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais*, cit., p. 46.

Segundo pensa Juan Carlos Bayón Mohino, a globalização, ao lado das novas tecnologias em evidência e as redes globais de comunicação, exigiria o esforço de buscar convergência entre os ordenamentos jurídicos dos Estados-nação, inclusive com vistas a uniformizar conteúdos normativos<sup>768</sup>. Porém, Mohino esclarece que a tendência à uniformidade do direito entre os Estados, longe de ser algo necessariamente desejável, antes há de pressupor uma possibilidade entre as várias alternativas existentes, a depender da melhor forma de resolver o problema enfrentado<sup>769</sup>.

Aliás, Volkmar Gessner identifica dois óbices à pretensa uniformidade do direito entre os Estados. O primeiro deles seria o risco de o direito uniforme, muito possivelmente, o de vocação internacionalista, ser interpretado diferentemente em cada Estado. O segundo seria criar, como consequência do problema anterior, uma ordem jurídica singular ou própria que nem corresponderia àquele que serviria de padrão normativo e interpretativo, nem ao menos o direito local e interno dos Estados<sup>770</sup>.

De qualquer maneira, não se pode dizer que a uniformidade seja um critério prévio que possibilite a utilização do diálogo transjudicial, mas uma das possibilidades de resultado do processo dialógico.

Com alicerce em todos os elementos já contemplados em tópicos anteriores que dão sustentáculo ao processo dialógico, é forçoso reconhecer a plena viabilidade de se edificar uma teoria do diálogo transjudicial, ancorada em pilares principiológicos que a norteiem.

### **3.9. Princípios da teoria do diálogo transjudicial**

Desenvolve Slaughter princípios básicos para que a fertilização cruzada ocorra tanto no plano horizontal como vertical, com o fito de se instituir uma comunidade global emergente de cortes. O primeiro dos postulados corresponde à concepção de

---

<sup>768</sup>BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. *Internacionalización del derecho y metodología jurídica*, cit., p. 17.

<sup>769</sup>Id. *Ibid.*, p. 19-20.

<sup>770</sup>GESSNER, Volkmar. *The institutional framework of cross-border interaction*, cit., p. 23.

freios e contrapesos (*checks and balances*) no sentido de que cada um dos tribunais coopere e respeite o outro. Além disso, deve se prestigiar o conflito positivo, que consiste na utilização de arestos jurisprudenciais mútuos de molde que não cause a ruptura das relações internacionais. O pluralismo e diferença legitimada também corresponde a outros princípios do diálogo transjudicial, segundo o qual os juízes não de se preocupar em conferir validade e perspectivas diferentes a problemas jurídicos iguais. E, por fim, ao diálogo transjudicial se impõe a lógica da autoridade persuasiva muito mais do que a coercitiva, enaltecendo a qualidade das razões jurídicas manejadas nos precedentes<sup>771</sup>.

Aponta, outrossim, Slaughter a existência da doutrina do “judicial comity”, que se encarregaria de providenciar a estrutura e as regras básicas para o diálogo global entre juízes no contexto de casos específicos. E isso em quatro distintas vertentes. A primeira diz respeito às cortes estrangeiras enquanto tribunais, em vez de simplesmente significar uma face do governo estrangeiro e, conseqüentemente, ser capaz de resolver disputas e interpretar e aplicar o direito honestamente e com competência. O segundo refere-se ao reconhecimento que cortes em diferentes nações são destinadas para resolver conflitos de maneira justa, na medida em que todas detêm instrumentos de forte interesse local em ter as controvérsias locais decididas com base em seus respectivos parâmetros internos. O terceiro consiste na ênfase da distinção entre direitos individuais e o papel judicial de protegê-los. E o quarto e último seria a grande disposição de discutir com outros tribunais, como parte inerente de engajamento como iguais na mesma empreitada<sup>772</sup>.

Do magistério de Anne-Maria Slaughter é possível constatar a sua preocupação com a boa-fé do tribunal dialogando na aplicação de precedentes estrangeiros, devendo o juiz sempre proceder à conversação com honestidade intelectual no sentido de que a utilização das referências, além de corresponderem àquilo que realmente foi julgado e argumentado, almeje uma pretensão de correção ou justiça decisória. Em outras

---

<sup>771</sup>SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts, cit., p. 217.

<sup>772</sup>SLAUGHTER, Anne-Marie. *A new world order*, cit., p. 87.

palavras, o diálogo transjudicial pressupõe a eterna busca pela melhor interpretação ou sentido dos direitos humanos fundamentais na resolução de controvérsias judiciais.

É digno de nota a reflexão agitada por Mattias Wendel quando afirma que o discurso dos tribunais constitucionais europeus, na interpretação do direito constitucional europeu comum, baseia-se na aceitação fundada no argumento verdadeiro articulado na troca aberta e competitiva de argumentos, buscando encontrar sentidos mais convincentes<sup>773</sup>.

Para Slaughter, no sistema jurídico global integrado, o diálogo transjudicial pressuporia a presença de duas características: a) os litigantes moverem-se relativamente livres através das fronteiras, carregando as suas disputas com eles e escolhendo um particular fórum nacional para submeter a questão judicial à sua escolha; e b) os juízes deferirem ou rejeitarem seus pares estrangeiros por razões de eficiência, de equidade ou de justiça das decisões, em vez de valerem-se das prerrogativas da soberania<sup>774</sup>. Em alguns casos, Slaughter admite que o diálogo transjudicial torna-se até mesmo uma negociação interjudicial e exemplifica nas situações de falências globais, onde juízes se comunicam diretamente com outros, independentemente da existência de tratados internacionais a respeito, para assegurar a cooperação e eficiente distribuição de ativos<sup>775</sup>.

De tudo isso já visto, parece ser inegável constatar uma série de vantagens na adoção do processo de diálogo transjudicial para o aprimoramento da proteção dos direitos humanos fundamentais dentro de uma rede sistêmica que se comunica entre si sob as mais variadas formas e propriedades.

---

<sup>773</sup>WENDEL, Mattias. Richterliche Rechtsvergleichung als Dialogform: Die Integrationsrechtsprechung nationaler Verfassungsgerichte in gemeineuropäischer Perspektive, cit., p. 368.

<sup>774</sup>SLAUGHTER, Anne-Marie. *A new world order*, cit., p. 91.

<sup>775</sup>Id. Ibid., p. 94-95.

### 3.10. Vantagens do diálogo transjudicial

A necessidade de estimular o diálogo transjudicial decorreria, basicamente de três fatores na opinião de Iulia Motoc: a) quando os juízes de uma determinada corte não possuem um corpo de casos decididos como *leading case*; b) quando os institutos jurídicos pertencem originariamente a outros sistemas jurídicos; c) quando almejam legitimar as suas decisões; e d) quando os juízes têm alguma inclinação ao estudo do direito comparado<sup>776</sup>.

O recurso ao precedente jurisdicional estrangeiro pelo tribunal nacional deve-se, em primeiro plano, como aponta Giuseppe De Vergottini, à lacunosidade e à incompletude, o mais das vezes, do texto constitucional, sem que o intérprete encontre solução específica e concreta ao caso que examina, o que o leva a buscar inspiração transfronteiriça. Ladeado a isso, ainda pode fomentar a pesquisa internacional o advento de nova constituição ou profunda revisão constitucional, a inserção de ordenamentos jurídicos em dadas áreas jurídico-culturais (como, por exemplo, a *Commonwealth*) ou linguístico-culturais<sup>777</sup>.

Maria Daniela Poli eleva o diálogo como requisito prévio para se alcançar mais forte harmonização e integração da ordem jurídica, levando os tribunais a um patamar de maior segurança jurídica, em decorrência: a) da indireta e informal conversação entre tribunais; b) da possibilidade de inquirição (“*Anfragen*”); c) dos requisitos de

---

<sup>776</sup>MOTOC, Iulia. *Dialogue between Courts: the case of Romania*, cit., p. 449. Na doutrina brasileira, merece registro as hipóteses elencadas por Maurício Ramires em que se justificaria a adoção do diálogo judicial. São elas: a) quando é necessário identificar princípios jurídicos comuns; b) quando um tribunal local precisa dar efetividade a direitos fundamentais internacionalmente protegidos; c) quando é imprescindível conter a banalização e arbitrariedade na aplicação de princípios comuns e direitos fundamentais; d) quando há repetição de questões comuns; e) quando se está diante de questões “politicamente sensíveis” (e.g., aborto, pena de morte, eutanásia, união de pessoas do mesmo sexo, uso de substâncias entorpecentes, entre outras); f) quando a norma constitucional é vaga ou ambígua; g) quando a experiência estrangeira pode ajudar a medir as consequências de uma solução jurídica específica (RAMIRES, Maurício. *Diálogo judicial internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional*, cit., p. 211-236).

<sup>777</sup>DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le corti*, cit., p. 104 e ss.

informação; d) do processo contra a inobservância de tais requisitos; e) do direito processual uniforme; e e) da instância de uma Corte Suprema<sup>778</sup>.

Maurício Ramires aponta a Suprema Corte canadense como uma das mais abertas do mundo para dialogar com outros tribunais internacionais, dada a sua tradição jurídica pluralista e simpática à recepção de elementos estrangeiros oriunda de sua histórica ligação com a ordem constitucional britânica e a inevitável influência francesa. Além disso, a adoção do *Canadian Bill of Rights* como parte integrante da Constituição do Canadá de 1982 elevou qualitativamente o padrão normativo do controle de validade do regime jurídico canadense, estimulando a prática da comunicação transjudicial com outros tribunais internacionais<sup>779</sup>.

Aponta Ramires como enorme vantagem do diálogo transjudicial a possibilidade de conter o arbítrio na interpretação pelo Judiciário de princípios, devido à exigência de coerência intersubjetiva de sentidos<sup>780</sup>. Antoine Hol defende essa coerência, como característica ínsita à própria noção de direito, tanto no direito interno como também na sua relação com a ordem jurídica internacional, com vistas à obtenção de justiça<sup>781</sup>.

No caso específico do Brasil, se o Supremo Tribunal Federal não apreciar a questão constitucional à luz do direito internacional, a matéria pode ser analisada novamente, ainda que estivesse sob o pálio de súmula vinculante.

Essa hipótese acabou ocorrendo, por exemplo, no caso da Lei de Anistia (*Caso Gomes Lund e Outros “Guerrilha do Araguaia” vs. Brasil*) que exonerou a responsabilidade criminal dos autores de torturas perpetradas no período da ditadura militar entre os anos de 1964 a 1985<sup>782</sup>.

---

<sup>778</sup>POLI, Maria Daniela. Der justizielle Pluralisms der europäischen Verfassungsgemeinschaft: “Babylonische Gerichte” oder “Gerichte für Babylon”?, cit., p. 390.

<sup>779</sup>RAMIRES, Maurício. *Diálogo judicial internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional*, cit., p. 170.

<sup>780</sup>Id. Ibid., p. 219.

<sup>781</sup>HOL, Antoine. Highest courts and transnational interaction: introduction and concluding remarks. *Utrecht Law Review*, v. 8, n. 2, p. 6, May 2012. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2062331](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2062331).

<sup>782</sup>Neste caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos foi claríssima em determinar que o Estado brasileiro revise a sua posição em relação à Lei da Anistia, quando argumenta: “Este Tribunal estabeleceu em

Porém, a Corte Interamericana de Direitos Humanos examinou novamente essa questão, ao empreender o julgamento do *Caso Herzog e outros vs. Brasil (2018)*, voltando a reafirmar a tese da impossibilidade de concessão de anistias a quem perpetrou violações graves aos direitos humanos<sup>783</sup>. Certamente, o Supremo Tribunal Federal brasileiro terá que se debruçar, uma vez mais, sobre essa matéria, sobretudo quando já foram julgados dois casos específicos de anistia pela CIDH.

O diálogo entre juízes ocorre, consoante a estrutura desfilada por Nicolás Santarelli e Carlos Espósito, pelas redes transnacionais e internacionais, pela retroalimentação espontânea entre juízes nacionais e internacionais oriunda da força persuasiva das decisões. Esse prestígio pode pressupor a autoridade do órgão judicial, da identidade da matéria examinada ou coincidência dos resultados jurídicos

---

sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive os juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um ‘controle de convencionalidade’ *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana. No presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei da Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. O Tribunal estima oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo o qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*). Como já salientou esta Corte e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações convencionais dos Estados Parte vinculam todos seus poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effet utile*) no plano de seu direito interno” (JURISPRUDÊNCIA da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Direito à vida, anistias e direito à verdade*. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília-DF: Ministério da Justiça. Comissão de Anistia. Secretaria Nacional de Justiça, 2014. p. 260-261. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/1-direito-a-vida-anistias-e-direito-a-verdade.pdf/view>.

<sup>783</sup>CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. *Caso Herzog e outros vs. Brasil*. Sentença de 15 de março de 2018 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), cit.



almeçados. E, mais ainda. O diálogo transjudicial tem a virtude de reforçar a aparência de juridicidade dos discursos antes apontados como interpretações alternativas ou políticas<sup>784</sup>.

O diálogo na solução dos conflitos jurídicos, registrou Rafael Bustos Gisbert, representa o alicerce da articulação do Poder Judiciário<sup>785</sup>. O Judiciário, com o diálogo, buscaria estabelecer uma “*ordine tra gli ordini giuridici*”<sup>786</sup>, ou mesmo, nas palavras de Aurélia Schahmaneche, uma estratégia argumentativa para fortalecer o tribunal de autoridade e credibilidade<sup>787</sup>.

### 3.11. Diálogo transjudicial como sistema cognitivamente aberto

A internacionalização do direito e a atual fase do constitucionalismo global oferecem ao sistema jurídico a abertura a novos valores, às novas mundividências, a novos saberes e a novas áreas do conhecimento humano, inclusive oriundos da ciência e da tecnologia. Essa abertura pode insinuar a necessidade de formação de um sistema jurídico aberto, e não fechado.

É clássica a conceituação de sistema de Claus-Wilhelm Canaris como uma ordem axiológica e teleológica de princípios gerais do direito<sup>788</sup>. Entretanto, em um mundo global de internacionalização horizontal da vida jurídica, com influências

---

<sup>784</sup>CARRILHO SANTARELLI, Nicolás; ESPÓSITO, Carlos. Los jueces nacionales como garantes de bienes jurídicos humanitarios, cit., p. 57.

<sup>785</sup>BUSTOS GISBERT, Rafael. XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales, cit., p. 173.

<sup>786</sup>CASSESE, Sabino. *I Tribunali di Babele: i giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, cit., p. 90.

<sup>787</sup>SCHAHMANECHE, Aurélia. *La motivation des décisions de la Cour Européenne des Droits de L'Homme*, cit., p. 524.

<sup>788</sup>CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 77. Mario G. Losano, embora reconheça que o sistema em Canaris seria aberto, sinaliza, em verdade, “uma visão conservadora do direito, uma vez que o juiz e o legislador podem mudar de valores apenas ‘por razões objetivas’, não explicando, porém, que critérios seriam utilizados para identificá-las (LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. Tradução: Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2, p. 317-318).

múltiplas e geometria incerta, nem sequer se sabe ao certo quais são os princípios gerais do direito e de qual direito verdadeiramente se deve cogitar.

Touko Piiparinen enfatiza que a globalização, ao fomentar o pluralismo normativo, estimula o contato do direito com outras áreas do conhecimento humano, como a filosofia, a sociologia, a teologia, a ciência política, a antropologia<sup>789</sup>, o que qualifica o direito como um sistema aberto, ao contrário do que se concebia na visão positivista, cujo sistema revelar-se-ia fechado e, portanto, hermético e isolado<sup>790</sup>. Alfonso Catania, por seu turno, chega a afirmar que a expressão “direito positivo”, na atualidade, deve ser compreendida não apenas como normas e princípios gerais previstos em diplomas legais, mas também em proposições científicas, argumentações técnicas, valores morais ou culturais heterogêneos<sup>791</sup>.

Por isso mesmo, Piiparinen critica a teoria do subsistema do direito de Luhmann, pois o considera hermético e fechado e, assim, insuscetível de interação com outras ordens normativas<sup>792</sup>. Segundo defende, o sistema jurídico deve ser capaz de se autoreproduzir (*autopoiese*), porém aberto a se comunicar com outros ordenamentos jurídicos (*abertura sistêmica*), por mais que corresse o risco de perder consistência<sup>793</sup>.

No entanto, Piiparinen equivoca-se na leitura do pensamento de Luhmann a respeito dos contornos da ideia de clausura fechada no sistema jurídico. E isso fica bem evidente quando afirma que a teoria de Luhmann consegue bem explicar o sistema autopoietico numa dimensão interna (entre as partes constitutivas de cada sistema), porém fracassa na tentativa de explicitá-la na dimensão externa (entre os sistemas)<sup>794</sup>.

Com efeito, ao que tudo indica, Piiparinen desconhece o alcance do sistema do direito no olhar luhmanniano, pois, embora normativamente fechado, é cognitivamente

---

<sup>789</sup>PIIPARINEN, Touko. Exploring the methodology of normative pluralism in the global age, cit., p. 37. No Brasil, Lourival Vilanova já havia defendido essa concepção, ao lecionar que não existiria normas jurídicas fora de um sistema, porém esse sistema jurídico deveria ser aberto a novos fatos que o enriqueceriam (VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 55).

<sup>790</sup>PIIPARINEN, Touko. Exploring the methodology of normative pluralism in the global age, cit., p. 51.

<sup>791</sup>CATANIA, Alfonso. *Metamorfosi del diritto: decisione e norma nell'età globale*, cit., p. 25.

<sup>792</sup>PIIPARINEN, Touko. Exploring the methodology of normative pluralism in the global age, cit., p. 51.

<sup>793</sup>Id. Ibid., p. 53.

<sup>794</sup>Id. Ibid., p. 62.

aberto. Luhmann afirma expressamente que o direito realiza, sistemicamente fechado, operações, porém se abre na dimensão cognitiva<sup>795</sup>. Afinal, só se pode falar em abertura de sistemas fechados<sup>796</sup>. E a autonomia do sistema, em realidade, é consequência da clausura operativa<sup>797</sup>.

Por sistema entende Luhmann um entrelaçar de operações fáticas que, como operações sociais, devem ser comunicações, independentemente do que afirmem a respeito do direito. O ponto de partida, pois, não é a norma, nem os valores, senão a distinção entre sistema e ambiente. Esta diferença requer necessariamente recursividade para que as operações possam reconhecer a espécie a que pertence e, conseqüentemente, excluir outras<sup>798</sup>.

Esse sistema deve ser operativamente fechado em referência à produção de suas próprias operações com os seus próprios elementos, de maneira a reproduzir-se a si mesmos<sup>799</sup>. Sistema autopoietico é aquele em que na produção do sistema se utiliza de seus próprios produtos, mas isso não significa que outra causa também não contribua na autoreprodução do sistema<sup>800</sup>. Ao mesmo tempo em que se reproduz, cada operação autopoietica modifica o próprio sistema, o que reflete a sua coloração histórica<sup>801</sup>.

De fato, a teoria de Luhmann não assume uma concepção normativa do direito. De igual sorte, não se nega – nem se poderia fazê-lo - a existência de valores ou mesmo normas em direitos humanos, porém tais ideias axiológicas ou ainda normativas só surgem quando vêm comunicadas. Em outras linhas, a norma só surge no mundo quando citada, explícita ou implicitamente, na comunicação<sup>802</sup>.

---

<sup>795</sup>LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, cit., p. 77.

<sup>796</sup>Id. Ibid., p. 76.

<sup>797</sup>Id. Ibid., p. 63.

<sup>798</sup>Id. Ibid., p. 40-41. António Manuel de Almeida Costa compreende o conceito de sistema em Luhmann como “modelo cibernético de um conjunto de elementos que se connexionam entre si de um modo particular e, assim, integram um ‘corpo com vida própria’, quer dizer, uma *unitas multiplex* comandada por regras específicas, que a autonomizam ou diferenciam do ambiente circundante (*Umwelt*).” (COSTA, António Manuel de Almeida. *O funcionalismo sistémico de N. Luhmann e os seus reflexos no universo jurídico*, cit., p. 81).

<sup>799</sup>LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, cit., p. 44.

<sup>800</sup>LUHMANN, Niklas. *Organisation und Entscheidung*, cit., p. 48.

<sup>801</sup>LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, cit., p. 58.

<sup>802</sup>Id. Ibid., p. 46.

Luhmann critica a construção kelseniana de que a unidade do sistema estaria garantida pela representação da norma superior, pois redundaria em regressão infinita configurando inescandível paradoxo<sup>803</sup>. A unidade do sistema jurídico, ao contrário do que diz Kelsen, não se revela como premissa de sua operação, nem deve ser concebida como princípio ou norma jurídica. Decisão judicial alguma deve mencionar ou comprovar a unidade do sistema jurídico<sup>804</sup>. A unidade do direito, para Luhmann, residiria nas operações autopoieticas realizadas dentro do próprio sistema, citando o caso da Constituição dos Estados Unidos da América<sup>805</sup>.

O problema, na verdade, do pensamento luhmanniano é considerar que somente a comunicação à maneira do código binário lícito/ilícito pode consolidar a integração recorrente na rede sistêmica do direito<sup>806</sup>. Hoje em dia, as técnicas jurídicas não se resumem tão-somente a licitude ou ilicitude, sendo bem mais sofisticadas, em especial quando se refere às normas do direito internacional (*soft law*, *ius cogens*, costumes e decisões judiciais internacionais). O direito na sociedade moderna, no entender de Niklas Luhmann, descreve-se a si mesmo como direito positivo<sup>807</sup>. Aí certamente repousa a concepção que contribuiu para o pensamento luhmanniano ser considerado ultrapassado. Contudo, tudo dependerá de como se compreende, nos tempos atuais, o direito positivo. Se for entendido apenas como direito produzido exclusivamente pelo Estado, certamente não estará em consonância com a era do constitucionalismo global.

Lembra Castanheira Neves que sistema, em termos tradicionais, sempre significou a “totalidade de uma constitutiva unidade entre o todo e as suas partes ou elementos”, no qual o todo seria maior do que as partes e que essas faziam parte constitutiva do todo. Mas sistema para Luhmann apresenta tonalidades diversas. O que importa para ele é a dinâmica relacionalidade que corresponda a uma “estrutura

---

<sup>803</sup>LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, cit., p. 70. Para Kelsen, a unidade da ordem jurídica residiria na norma fundamental (*Teoria pura do direito*, cit., p. 228).

<sup>804</sup>LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, cit., p. 73.

<sup>805</sup>Id. *Ibid.*, p. 109-110.

<sup>806</sup>Id. *Ibid.*, p. 67.

<sup>807</sup>Id. *Ibid.*, p. 38.

conexione das relações variáveis entre elementos também variáveis e contingentes” e se atente para a diferença nas relações do sistema com o ambiente<sup>808</sup>.

É operativamente fechado devido à preocupação de Luhmann de não inserir a moral dentro do sistema jurídico, dada a sua forma tipicamente pluralista, que pode inviabilizar o consenso e, por conseguinte, a consistência imprescindível às suas decisões<sup>809</sup>. É cognitivamente aberto em razão da capacidade de aprendizado das expectativas normativas e, assim, com a possibilidade de ser modificada, quando, por exemplo, se observar os efeitos surgidos no momento da aplicação do direito na prática<sup>810</sup>.

Além disso, a relação existente entre sistemas dá-se, na esteira de Luhmann, através da figura do acoplamento estrutural. Da mesma forma que o acoplamento estrutural também se aplica às comunicações que existem entre o sistema e o ambiente<sup>811</sup>.

Em que pese a qualidade autopoiética do sistema torná-lo uma clausura de si próprio, nunca é demais ressaltar que o ambiente o irrita, estimula, enfrenta e perturba<sup>812</sup>. A irritação é outra forma de percepção do sistema, com a diferença de que, neste caso, se verifica à míngua de qualquer liame com o ambiente (*ohne Umweltkorrelat*)<sup>813</sup>. O sistema, na conformação de Luhmann, apesar de ser reconhecido como fechado, apenas o é normativamente, porém, aberto, cognitivamente. Fechado porque somente assim se podem realizar as operações comunicativas próprias do sistema. Sem esse fechamento insuscetível de gradações seria impossível se cogitar a feitura das operações do sistema<sup>814</sup>. Marcelo Neves lembra

<sup>808</sup>NEVES, Castanheira António. O funcionalismo jurídico, cit., p. 243.

<sup>809</sup>LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, cit., p. 78.

<sup>810</sup>Id. Ibid., p. 79-80.

<sup>811</sup>Id. Ibid., p. 440.

<sup>812</sup>NEVES, Castanheira António. O funcionalismo jurídico, cit., p. 245.

<sup>813</sup>LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, cit., p. 443.

<sup>814</sup>LUHMANN, Niklas. *Organisation und Entscheidung*, cit., p. 51. António Manuel de Almeida Costa, ao explicar o que Luhmann entende por sistema operativamente fechado e cognitivamente aberto, assinala que “Longe de integrar uma entidade estática, *i.e.*, um modelo acabado e definido *a priori*, a ‘diferença’ do sistema jurídico apenas se actualiza ou densifica no concreto intercâmbio com o ambiente, adquirindo a natureza dinâmica de uma auto-referência ‘con-corrente’ ou ‘con-comitante’ (*mitlaufende Selbstreferenz*), em

que o pensamento luhmanniano descansa na premissa de que o fechamento operacional é condição de possibilidade da abertura. Só existe a abertura, porque há fechamento<sup>815</sup>.

Castanheira Neves, à semelhança da noção de sociedade, também desfere severas críticas à concepção sistêmica do direito em Luhmann. Em princípio, entende que a “radical socialização do direito” resulta em considerar o direito à entidade sem direito; a “radical positivação”, em direito sem validade; a “radical anormatividade”, em direito sem normatividade; e a “radical simetria auto-referente”, em direito sem sentido<sup>816</sup>.

No entanto, as críticas, embora fortemente sedutoras, não merecem prosperar. Não se pode dizer que o direito em Luhmann revelar-se-ia sem validade. A validez não estaria na norma, mas consistiria em elemento inserto no sistema jurídico que surge da realização recursiva das operações nele desenvolvidas<sup>817</sup>.

Também Luhmann refuta a tese de Habermas de que a validade das normas jurídicas repousaria, apoiado em uma ética do discurso, nas formas de ação (ação comunicativa) em que possíveis participantes poderiam chegar a um consenso. Para Luhmann, validez estaria fundada na autopoiese do sistema jurídico e, pois, nas próprias operações. O critério habermasiano, contudo, encontraria a dificuldade de ser comprovado no âmbito judicial e, por isso mesmo, não poderia, na visão de Luhmann, ser praticado dentro do sistema jurídico mesmo<sup>818</sup>. Luhmann ainda acrescenta que o consenso não pode ser condição de validez do direito, já que excluiria qualquer evolução. A evolução do direito depende de como se enfrenta os problemas sociais, não

---

cujo conteúdo vai já assimilada a própria ideia de recursividade autopoietica. À primeira vista, semelhante perspectiva parece levar implicada a recondução do pensamento jurídico a uma racionalidade de tipo prático-jurisprudencial, em que a unidade do sistema e, assim, a sua auto-referência se cumpre num movimento (autopoietico) de *creatio continua*, que se consubstancia numa interação permanente com a *Umwelt*” (COSTA, António Manuel de Almeida. *O funcionalismo sistêmico de N. Luhmann e os seus reflexos no universo jurídico*, cit., p. 85-86).

<sup>815</sup>NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica*, cit., p. 45.

<sup>816</sup>NEVES, Castanheira António. *O funcionalismo jurídico*, cit., p. 298.

<sup>817</sup>LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, cit., p. 101.

<sup>818</sup>Id. *Ibid.*, p. 99.

chegando necessariamente a um consenso. Na verdade, é o dissenso que impulsiona o direito a evoluir<sup>819</sup>.

Luhmann, neste ponto, tem razão apenas em parte. O consenso pode ser condição de validade do direito, sobretudo nos tempos atuais de prestígio das formas autocompositivas de resolução de disputas (conciliação e mediação), que estão sendo cada vez mais juridicizadas por intermédio da inserção de tais institutos nas legislações internas ao redor do mundo, sobretudo no Brasil<sup>820</sup>.

O pensamento autoreflexivo de Luhmann do processo autopoietico satisfaz a necessidade de estabilidade e previsibilidade do sistema jurídico numa sociedade altamente complexa, global e multinível de possibilidades de tutela de direitos. Em essência, isso decorre da circunstância apontada por Marcelo Neves de que, para Luhmann, o processo autopoietico próprio do sistema jurídico não comporta hierarquia normativa entre os seus elementos operativos<sup>821</sup>(na esfera judicial, entre decisões judiciais dialogantes). É claro que um sistema de decisões e sentidos só será fechado do ponto de vista formal, pois, na ótica material, o sistema sempre se abrirá a novas compreensões, visões, entendimentos e perspectivas de sentido.

---

<sup>819</sup>LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, cit., p. 261.

<sup>820</sup>No caso brasileiro, podem ser destacados, como alguns exemplos, a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (que instituiu a Política Pública de Resolução Adequada de Conflitos. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Resolução nº 125 de 29/11/2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>), o novo Código de Processo Civil (arts. 165 a 175 da Lei 13.105/2015. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)), Lei de Mediação (BRASIL. *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm)), Lei 12.850/2013 (arts. 4º e seguintes da nova Lei das Organizações Criminosas. BRASIL. *Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm)) e a Lei 12.846/2013 (arts. 16 e seguintes da Lei Anticorrupção. BRASIL. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm)).

<sup>821</sup>NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica*, cit., p. 113-114.

Na veia construtivista de Luhmann, o sistema seria representado por fragmentos do mundo ou da sociedade e, justamente por isso, “permite di osservare, rispettivamente, l’altro sistema come un sistema-in-un-proprio-ambiente e permette così di ricostruire il mondo o la società dalla prospettiva dell’osservazione di osservazioni (osservazione di secundo ordine)<sup>822</sup>.”

Para ele, o sistema é permeável à influência externa do ambiente, não podendo, pois, ser considerado minimamente fechado sob o prisma cognitivo e reflexivo. A sua ideia central busca relacionar comunicação e sistema. A identificação de um sistema estaria diretamente associada à comunicação, de maneira que o seu desenvolvimento dependeria desse processo comunicativo. A comunicação em Luhmann é um processo seletivo e, portanto, de escolhas decisórias.

Pode-se até afirmar que a sua doutrina do fechamento sistêmico não se mostre a mais completa teoria para explicar a inteireza do direito e todas as suas formas de expressão e particularidades. Entretanto, é ideal para analisar e compreender o fenômeno da circulação de decisões judiciais, promovida pelo diálogo transjudicial. A operação de fechamento sistêmico, desenvolvida pela comunicação entre decisões dialogadas e decisões dialogadas implica uma abertura sistêmica de argumentos decisórios, admitindo, naturalmente, razões outras de cunho axiológico, sociológico ou de variadas fontes de produção de sentido normativo. Essa ideia faz recordar o pensamento de Bruce Ackerman de que a história norte-americana estimula a necessidade de mais intenso relacionamento dialético entre o povo e os tribunais<sup>823</sup>.

---

<sup>822</sup>LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*, cit., p. 251. A integração desses fragmentos, para Luhmann, nada mais representa do que a redução do grau de liberdade dos sistemas parciais, ressaltando que: “l’integrazione non è un concetto carico di valore; integrazione non designa uno stato che sia ‘migliore’ della disintegrazione. Integrazione non è vincolo rispetto ad una prospettiva di unità, e tanto meno è questione di ‘ubbidienza’ dei sistemi parziali rispetto a istanze centrali. La restrizione del grado di libertà può consistere nelle condizioni della cooperazione, ma, in modo ancor più forte, essa si trova nel conflitto. Il concetto di integrazione, allora, non indica a affatto la differenza tra cooperazione e conflitto è la integrazione troppo forte dei sistemi parziali, i quali devono mobilitare sempre più risorse per il disaccordo e devono sottrarle ad altre disponibilità: il problema di una società complessa, allora, è quello di provvedere ad una sufficiente disintegrazione” (Id. Ibid., p. 253).

<sup>823</sup>ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991. v. 1, p. 161.



A se partir da premissa luhmanniana defendida por Jorge Eduardo Douglas Price de que o sistema jurídico é um sistema de comunicações de cunho jurídico<sup>824</sup>, o sistema judicial seria, assim, um sistema de decisões que se comunicam.

Além disso, a grande vantagem da teoria sistêmica do direito no diálogo entre tribunais descansaria naquilo que Luhmann identificou como terceiro nível de observação. As normas e, na linguagem luhmanniana, as expectativas normativas são capazes de aprender e podem ser alteradas no contexto cognitivo, se levar em conta, por exemplo, as consequências surgidas na aplicação do direito. As normas e, em particular, a sua estrutura normativa, mantêm-se estáveis<sup>825</sup>. O que altera é o sentido cognitivo que se empresta ao enunciado normativo.

Essa aprendizagem e a modificação da interpretação das normas torna-se possível a partir da inadequação ou inaceitabilidade de certas consequências jurídicas ou através da valoração social sobre normas específicas<sup>826</sup>. Luhmann considera que a operação mais importante no sistema jurídico dá-se com a reprodução circular e recursiva de decisões jurídicas<sup>827</sup>, tanto que destaca a reprodução permanente como o traço de validade jurídica do *common law*<sup>828</sup>. A ligação da lei com o juiz (e com o direito por ele produzido através de precedentes jurisprudenciais), na percepção luhmanniana, é uma relação circular de influências recíprocas<sup>829</sup>.

Joseph Raz já dizia que o sistema jurídico consiste em pressuposto para a definição adequada da disposição jurídica<sup>830</sup> que o integra. E, nesta esteira, impende ser concebido como sistema de razões tendentes à ação, o que o instiga aquilatar quais razões podem se constituir em razões jurídicas de um mesmo sistema jurídico. Para Joseph Raz, as razões devem ser aplicadas e reconhecidas por sistemas de tribunais, à luz de suas práticas e costumes. Sem falar que as razões são estruturadas, tanto em

---

<sup>824</sup>DOUGLAS PRICE, Jorge Eduardo. *La decisión judicial*, cit., p. 218-219.

<sup>825</sup>LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, cit., p. 80.

<sup>826</sup>Id. Ibid., p. 81.

<sup>827</sup>Id. Ibid., p. 145.

<sup>828</sup>Id. Ibid., p. 281.

<sup>829</sup>Id. Ibid., p. 316.

<sup>830</sup>RAZ, Joseph. *El concepto de sistema jurídico*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1986. 1986, p. 19.

conteúdo como em existência, sob o alicerce único de fatos sociais, sem se valer de argumentos morais<sup>831</sup>.

Juraci Mourão Lopes Filho refuta o sistema de precedentes no formato de um fechamento argumentativo<sup>832</sup>, advogando, em verdade, um sistema baseado na coerência argumentativa (sistema coerentista). Para ele, os precedentes encontram-se estruturados em rede (rede de relações), fundada em uma lógica dialética policêntrica<sup>833</sup>. Daí também o diálogo transjudicial pressupor coerência e integridade. Coerência compreendida como a sequência lógica de decisões sequenciadas e integridade no sentido de pertencer a um dado sistema jurídico.

Por isso mesmo, o sistema jurídico depende muito mais da comunicação e do seu alcance na definição dos contornos aplicativos do que é direito, que sempre se desencadeará no processo cognitivo, do que propriamente se o sistema será aberto ou fechado. Nenhuma importância tem em saber se o sistema é aberto ou fechado, pois o que interessa é se ele se comunica externamente ou não, de que forma e por meio de quem.

O diálogo desencadeado por órgão do Poder Judiciário, embora aparentemente fechado estruturalmente, mantém-se permanentemente aberto a reflexões cognitivas a depender das especificidades fáticas do nível protetivo que se deseja recair sobre o direito a ser aplicado.

Destaca Vergottini que o mais importante, contudo, nesta temática de diálogo transjudicial consiste na definição de adequada e objetiva metodologia que justifique e norteie tal interação. E isso para evitar o recurso abusivo da importação de modelos

---

<sup>831</sup>RAZ, Joseph. *El concepto de sistema jurídico*, cit., p. 254-255.

<sup>832</sup>LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*, cit., p. 218.

<sup>833</sup>Id. Ibid., p. 264. Explica Juraci Mourão que: “o fato de haver um precedente posterior não implica que o anterior com ele contrário vá ser ‘revogado’ (*overruled*) de uma maneira total e plena, de modo a deixá-lo imprestável para uso posterior; não há uma exclusão automática e radial do sistema coerentista. Certamente, o precedente anterior perderá força hermenêutica, mas não há uma extração abrupta. Caso se reitere, em subsequentes e reiterados julgados posteriores, a mudança de entendimento, é possível se chegar à exclusão total, mas que será gradual e paulatina.” (Id. Ibid., p. 268).

interpretativos elaborados nos precedentes estrangeiros que estejam descontextualizados ou mesmo superados no próprio órgão judicial comparado<sup>834</sup>.

Por isso mesmo, nada melhor do que aquilatar de que forma o diálogo transjudicial vem se operacionalizando no cenário dos direitos humanos fundamentais, sobretudo pela repercussão que acarreta na dinâmica da interpretação jurídica alcançada pelos tribunais que dialogam.

A finalidade primordial do próximo capítulo repousa na tentativa de estabelecer premissas, elos de ligação e balizamentos a respeito da interação dialógica entre decisões judiciais concretizantes de direitos fundamentais e direitos humanos proferidas pelos tribunais nacionais (juízes e cortes constitucionais e supremos dos Estados), os tribunais regionais de direitos humanos (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Tribunal Europeu de Direitos Humanos e Tribunal Africano de Direitos Humanos) e os tribunais internacionais (Corte Internacional de Justiça e Tribunais Penais Internacionais) e supranacionais (Tribunal de Justiça da União Europeia). Em fórmula sintética, investigar os elos de ligação e de interatividade entre os vários tribunais nacionais, internacionais, regionais e supranacionais, aquilatando, desse modo, a convergência e a divergência entre suas decisões a respeito do mesmo direito, princípio, bem ou valor humano fundamental em causa.

---

<sup>834</sup>DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le corti*, cit., p. 139.

## CAPÍTULO IV. DIÁLOGO TRANSJUDICIAL NO SISTEMA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

### 4.1. Técnicas de operacionalização do diálogo no sistema dos direitos humanos fundamentais

Não remanesce qualquer dúvida da intensa conversação que se observa no sistema dos direitos humanos fundamentais, mediante a constante interação, sobreposição, concordância e divergência judiciais entre os regimes de proteção constitucional, regional, supranacional e internacional.

Será que haveria técnica mais adequada para exercer o diálogo transjudicial no sistema de proteção dos direitos humanos fundamentais? Já dizia Giuseppe De Vergottini que a interação entre tribunais depende da utilização de técnicas e expedientes capazes de tornar compatíveis e complementares os ordenamentos envolvidos (*compatibilità costruttiva fra ordinamenti e rispettivi giudici*)<sup>835</sup>.

Eyal Benvenisti e George W. Downs ensinam que uma das técnicas mais interessantes no diálogo transjudicial consiste, numa análise comparativa, no uso nas decisões da mesma linguagem eleita pelo outro tribunal com quem se dialoga, em sinal de deferência à vontade de aprender com o outro<sup>836</sup>. Já Sam Muller e Sidney Richards apontam que a técnica mais apurada do diálogo transjudicial consiste na extração de partes analíticas da decisão estrangeira que auxilie na resolução das questões pertinentes, sem necessidade de alcançar o mesmo resultado a que chegou a decisão que serviu de paradigma<sup>837</sup>.

Giuseppe De Vergottini assim explica como se desenrola o processo do diálogo transjudicial: o juiz confronta, no curso da exposição argumentativa, os parâmetros

---

<sup>835</sup>DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le corti*, cit., p. 53.

<sup>836</sup>BENVENISTI, Eyal; DOWNS, George W. Going global to preserve domestic accountability: the new role of national courts, cit., p. 168.

<sup>837</sup>MULLER, Sam; RICHARDS, Sidney. Introduction: globalisation and highest courts, cit., p. 9.

oferecidos pelo próprio direito e seus precedentes com aqueles presentes em outros ordenamentos jurídicos<sup>838</sup>. Vergottini chama esse processo de interpretação dialógica<sup>839</sup>.

Angela Di Stasi ressalta que a fórmula mais utilizada pela Corte Interamericana, quando faz menção ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, consiste em invocar as seguintes expressões “*como lo ha hecho la Corte Europea*” e “*Tal como lo há señalado la Corte Europea*”<sup>840</sup>. E ainda complementa que essa sistemática, ao proporcionar progressiva convergência e a consequente consolidação do *corpus iuris* internacional, universaliza o sistema regional de proteção dos direitos humanos<sup>841</sup>. Essa forma peculiar de referência a precedentes estrangeiros traduz típica hipótese de utilização de decisão dialoganda cujo sentido se incorpora às decisões posteriores.

Guilherme Peña de Moraes expõe que o diálogo não se manifesta apenas através da incorporação de sentido, mas também mediante três outras técnicas decisórias, tais como a resistência, a referência e a assimilação. A primeira delas aconteceria quando um tribunal rejeitasse expressamente o precedente emitido por outra corte judicial, desfilando argumentos nesse sentido. A referência corresponderia aquela simples citação de um precedente de um tribunal por outro, sem que se investigue eventuais similitudes fático-jurídicas que se aproximam do caso concreto submetido à apreciação. E assimilação se verifica quando um tribunal ajusta o seu entendimento ao de outro. A incorporação, para ele, seria a absorção da jurisprudência de um tribunal por outro<sup>842</sup>.

Ora, essa classificação parece estar equivocada. Em princípio, porque há de se distinguir a técnica de operacionalização do diálogo transjudicial da consequência dele (resultado final que ele produz). A incorporação de sentido revela-se muito mais como o resultado da adoção do precedente de um tribunal por outro, não consistindo

---

<sup>838</sup>DE VERGOTTINI, Giuseppe. El diálogo entre tribunales, cit., p. 490.

<sup>839</sup>DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le corti*, cit., p. 103.

<sup>840</sup>DI STASI, Angela. Il diritto all'equo processo nella CEDU e nella Convenzione Americana sui Diritti Umani, cit., p. 234.

<sup>841</sup>Id. Ibid., p. 237.

<sup>842</sup>MORAES, Guilherme Peña de. *Constitucionalismo multinacional: uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais*, cit., p. 24-26.

propriamente em uma técnica de operacionalização do diálogo. Além disso, não se consegue com clareza identificar qual seria a diferença substancial que distinguiria a incorporação de sentido da assimilação, pois, quando se incorpora o entendimento de um tribunal, é inegável que o tribunal dialogado termina por ajustar e, portanto, assimilar, a sua posição à anteriormente existente.

De outra banda, não se pode asseverar que a mera referência se constitua em um diálogo transjudicial verdadeiramente, consoante já restou sobejamente explanado linhas atrás. A resistência, por sua vez, é o outro lado da moeda do diálogo, que se antagoniza com a incorporação de sentido. Nem sempre o diálogo transjudicial resultará na aceitação, sem qualquer análise ou reflexão argumentativa, do precedente paradigma (da decisão dialoganda) trazido à colação. No diálogo, como resultado da operação, tanto se pode rejeitá-lo no processo aplicativo-decisório (resistência) como aceitá-lo (incorporação de sentido).

Em verdade, o diálogo entre juízes e tribunais, no âmbito do sistema de proteção dos direitos humanos fundamentais, ocorre, basicamente, através dos três seguintes processos operativos: a) a adoção do precedente dialogando como pressuposto argumentativo sintético (premissa decisória<sup>843</sup>) que se incorpora à decisão dialogada; b) a análise argumentativa de fatos e aspectos jurídicos que diferencie (*distinguishing*) o caso dialogado submetido à apreciação do precedente apontado como paradigma decisório (diferenciação); e c) o alargamento do âmbito aplicativo-normativo do precedente dialogando a incidir em um caso concreto que, em princípio, não o comportava, com fulcro no raciocínio analógico (analogia).

A primeira hipótese ocorre com mais frequência quando se está diante de um diálogo horizontal no qual o tribunal dialogando concorda com o pressuposto decisório sintético (premissa decisória) contido no precedente de outra corte que fora invocado como paradigma. Essa prática dialógica que resulta na incorporação de sentidos, como se pode observar em inúmeros julgados já ostentados neste trabalho e ainda outros

---

<sup>843</sup>Premissa decisória não se confunde com o conceito de Luhmann sobre premissa decisional, que seriam aqueles dados ou pressupostos já testados, sem que se busque a verdade nela constante, objetivando a absorção da incerteza (LUHMANN, Niklas. *Organisation und Entscheidung*, cit., p. 222-223).

adiante tanto da CIDH como do TEDH, decorre em grande medida da coincidência do objeto (direitos humanos fundamentais) das narrativas textuais presentes nas convenções de direitos humanos.

A incorporação de sentidos tem que ser compreendida como a absorção pela decisão dialogada da interpretação já delineada no precedente dialogando, que se sujeita a adaptações por mais variados motivos, entre os quais a compatibilização de institutos, falhas na tradução do julgado, graduações de compreensões dos precedentes, além de outras razões inescapáveis. Serão óbices corriqueiros que frequentemente podem ocorrer na aplicação dos precedentes dialogandos e que, por tais receios, não importam no abandono da prática dialógica.

Essa incorporação de sentido, como já visto, pode ser explícita, mediante expressa menção ao precedente dialogando, ou implícita, quando se utilizam os mesmos princípios e premissas basilares, idênticos ou semelhantes argumentos e *rationes decidendi* existentes na decisão paradigma.

A técnica que redunde na simples incorporação de sentido não petrifica a interpretação dos direitos humanos fundamentais, sempre sujeitos à constante evolução e aprimoramento, na medida em que cada tribunal, no exame de novos fatos e fundamentos, termina conferindo um tom particular ao precedente dialogando. Há uma circularidade reflexiva permanente dos tribunais que dialogam à medida em que o precedente é continuamente utilizado em novos casos.

Contudo, nem sempre se observa uma simples incorporação de sentido feita pelo tribunal nacional de interpretação construída no âmbito das cortes regionais de direitos humanos, sobretudo quando se busca traçar um critério distintivo ou se valer da técnica dialógica da diferenciação para estabelecer divergências entre os entendimentos juízes votantes.

A segunda hipótese (*distinguishing*) acontece quando o tribunal busca estabelecer diferenciações e aproximações fático-jurídicas às razões decisórias do precedente invocado. Nesta perspectiva, pouca importa a distinta narrativa presente nos textos das Constituições nacionais em relação aos preceitos insertos nas convenções

internacionais, pois o que se afigura mais relevante para, eventualmente, afastar o precedente, é estabelecer uma diferenciação (*distinguishing*) fático-jurídica entre os casos dialogandos ou constatar que a interpretação de seu próprio tribunal acabe por melhor tutelar os direitos humanos fundamentais em jogo. Normalmente, é a técnica predileta dos tribunais nas situações de conversação vertical, quando se busca rechaçar o precedente.

Victoria Iturralde Sesma aponta como mecanismos utilizados pelo *common law* para afastar o precedente não desejado a técnica das distinções, a alteração do significado das palavras e a diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*<sup>844</sup>.

Um caso que bem ilustra uma hipótese clara de diálogo transjudicial que implicou a fixação de um *distinguishing* ocorreu no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Habeas Corpus nº 141.949/DF. Neste julgado, a Corte Suprema brasileira discutiu se um civil poderia ser processado à luz do princípio da liberdade de expressão e do pensamento (encartado no art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos) pelo crime de desacato previsto no art. 299 do Código Penal Militar, por ter chamado um sargento do Exército brasileiro de “palhaço”<sup>845</sup>.

O voto do Rel. Min. Gilmar Mendes destacou, em fórmula sintética, que a interpretação dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao art. 13 da Convenção, nos Casos *Ricardo Canese vs. Paraguai* (2004), *Kimel vs. Argentina* (2008) e *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (2004), admita a possibilidade de se criar na esfera interna dos Estados-membros limites legais e responsabilidades ulteriores ao abuso do exercício da manifestação do pensamento, inclusive com instituição de tipos penais quando ofenderem a honra e reputação de alguém<sup>846</sup>.

<sup>844</sup>ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el common law*. Madrid: Civitas, 1995. p. 159.

<sup>845</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Habeas Corpus - HC 141.949/DF, Distrito Federal*. Rel. Min. Gilmar Mendes, 13/03/2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14700730>.

<sup>846</sup>Segue trecho de uma parte do voto do Min. Relator Gilmar Mendes: “Observe-se que o item 2, letra a, do art. 13 do Pacto de San José dispõe claramente que o exercício do direito à liberdade de pensamento e de expressão, embora não sujeito a censura prévia, deve assumir responsabilidades ulteriores, expressamente fixadas em lei, para assegurar o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas. Não prospera, portanto, a alegada descriminalização do desacato (art. 299 do COM ou art. 331 do CP), nem se está



Por outro lado, o Min. Edson Fachin divergiu do entendimento do relator, basicamente, defendendo que órgãos que compõe o sistema regional americano de proteção dos direitos humanos, especialmente a Comissão interamericana, refutam a criminalização dos crimes de desacato, inclusive se apoiando no julgamento do *Caso Palamara Iribarne vs. Chile (2005)* da CIDH. Para ele, as leis de desacato não se compatibilizam com a Convenção Interamericana no exame do critério da proporcionalidade<sup>847</sup>.

---

tampouco diante da chamada *abolitio criminis*. Consigne-se que em diversos ordenamentos jurídicos externos, especificamente no âmbito regional, como Chile, Costa Rica, Cuba, Equador, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Peru, República Dominicana, Uruguai, Venezuela, a conduta do desacato é criminalizada. Saindo das Américas, na Europa, o Código Penal português traz em seu art. 187º uma figura penal que, com outro *nomen iuris*, tutela o mesmo bem jurídico do desacato, punindo o agente que afirma ou propala fatos inverídicos, capazes de ofender a credibilidade, o prestígio ou a confiança devidos às instituições e serviços que exerçam autoridade pública. Na mesma linha, nos crimes contra a honra, as penas são agravadas quando o ofendido tem a condição de funcionários público e esteja no exercício das funções por causa delas, conforme prevê o art. 184º. A liberdade de expressão prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos não difere do tratamento conferido pela Constituição Federal ao mesmo tema, não possuindo esse específico direito, como todos os demais direitos fundamentais, caráter absoluto. (...) O exercício abusivo das liberdades públicas não se coaduna com o Estado democrático. A ninguém é lícito usar de sua liberdade de expressão para ofender, espezinhar, vituperar a honra alheia. O desacato constitui importante instrumento de preservação da lisura da função pública e, indiretamente, da própria dignidade de quem a exerce. Não se pode despojar a pessoa de um dos mais delicados valores constitucionais, a dignidade da pessoa humana, em razão do *status* de funcionário público (civil ou militar). A investidura em cargo ou função pública não constitui renúncia à honra e à dignidade. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão responsável pelo julgamento de situações concretas de abusos e violações de direitos humanos, reiteradamente tem decidido contrariamente ao entendimento da Comissão de Direitos Humanos, estabelecendo que o Direito Penal pode, sim, punir condutas representativas de excessos no exercício da liberdade de expressão. Nesse ponto, consigne-se que a Terceira Seção do STJ, no julgamento do habeas corpus 379.269, enfatizou que desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela continua a ser crime, conforme previsto no artigo 311 do Código Penal. No voto do Ministro Rogério Shietti Cruz registrou-se que a Corte Interamericana tem repudiado abusos no exercício da liberdade de expressão, citando-se os seguintes casos à guisa de exemplo: caso Ricardo Canese vs. Paraguai, sentença de 31 de agosto de 2004, § 104; caso Kimel vs. Argentina, sentença de 2 de maio de 2008, §§ 71 e 76; e caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentença de 2 de julho de 2004.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *Habeas Corpus – HC 141.949/DF, Distrito Federal*. Relator Ministro Gilmar Mendes. 13/03/2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14700730>).

<sup>847</sup>Trechos do voto dissidente do Min. Edson Fachin foram assim lavrados: “(...) É certo que, ao contrário do que lamentavelmente assentou o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do HC 379.269, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Rel. para o Acórdão Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Terceira Seção, DJe 30.06.2017, a função da Comissão Interamericana, ao interpretar as normas do sistema interamericano, corrobora para a correta interpretação da Convenção, contribuindo decisivamente para a

Na realidade, o cerne da questão concreta a ser desatado que foi enfrentada pelo STF não dizia respeito a qual posição se deveria adotar, se da Comissão ou da Corte no que toca à compatibilidade da criminalização do desacato com a norma convencional, mas se o caso trazido a julgamento, efetivamente, se assemelhava aos precedentes dialogandos proferidos pela Corte Interamericana. E essa matéria, de certa forma, não fora debatido nos votos dos ministros, a não ser uma mera referência complementar do

---

atividade jurisdicional dos Estados e da Corte. Os órgãos do sistema interamericano registraram, em diversas oportunidades, que os chamados delitos de desacato são incompatíveis com o direito à liberdade de expressão e pensamento, tal como expresso no Artigo 13 do Pacto de São José (...) A Corte Interamericana, no caso *Palamara Iribarne v. Chile* (sentença de 22 de novembro de 2005) afirmou que ‘a legislação sobre desacato aplicada ao senhor Palamara Iribarne estabelecia sanções desproporcionais por realizar críticas sobre o funcionamento das instituições estatais de seus membros, suprimindo o debate essencial para o funcionamento das instituições estatais’ (par. 88). Tal desproporcionalidade é aferida pela aplicação do chamado teste tripartite que examina eventual restrição sancionada à liberdade de expressão como dependente (i) de sua definição precisa e clara em lei preexistente; (ii) de terem por objetivo um valor reconhecido no próprio Pacto de São José; (iii) de serem necessário para a realização dos fins a que se destina uma sociedade democrática (veja-se, por exemplo, *Caso Kimel v. Argentina*, Sentença de 2 de maio de 2008). Como norte dessa interpretação é preciso ter-se em conta, ainda, que a necessidade quando interpretada em relação aos funcionários públicos é mais restrita, ao passo que o direito à liberdade de expressão é visto como um dos pilares da construção de uma sociedade democrática. Em outubro de 2000, a Comissão Interamericana aprovou a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão prevê, em seu Artigo 11 que ‘os funcionários públicos estão sujeitos a maior escrutínio da sociedade. As leis que punem a expressa ofensiva contra funcionários públicos, geralmente conhecidas como ‘leis de desacato’, atentam contra a liberdade de expressão o o direito à informação’ (...) É evidente que, de modo diverso do que assentou o Superior Tribunal de Justiça no HC 379.269, as inúmeras manifestações dos órgãos do Sistema Americano não são meraas recomendações aos Estados-parte, mas, na linha do disposto no art. 31, § 3º, da Convenção de Viena, verdadeira medida de interpretação evolutiva. Limitar a discussão apenas sobre a força vinculante da atividade dos órgãos do sistema interamericano é, no entanto, desmerecer a autoridade do argumento utilizado por eles. Com efeito, como indica a decisão da Corte Interamericana no caso *Iribarne*, é por meio de um juízo de proporcionalidade que se pode aferir a incompatibilidade das leis de desacato com a Convenção. Como se sabe, a análise desse argumento parte do pressuposto de que não há direitos absolutos e que os direitos fundamentais, desde que se atenda a um fim legítimo, podem ser limitados. Os argumentos da Comissão são os seguintes: a) por expressa previsão do Pacto de São José, a responsabilização ulterior dos atos que abusam da liberdade de expressão deve perseguir fins legítimos e estar expressa em leis claras e prévias; b) o critério da necessidade deve ser interpretado tendo-se em conta o marco de uma sociedade democrática, a qual depende de um amplo debate de ideias e opiniões; c) as leis de desacato subvertem o princípio republicano ao outorgar aos funcionários públicos uma proteção maior do que a que gozam as demais pessoas; e d) as leis de desacato podem ter um efeito dissuasivo em quem deseje participar do debate público. A menos que se subverta por completo os precedentes desta Corte Suprema, é evidente que os argumentos trazidos pelos órgãos do sistema interamericano foram plenamente albergados pelo Supremo Tribunal Federal.’ (STF, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 13/03/2018).

Min. Gilmar Mendes de que aquela matéria deveria ser aquilada também à luz do princípio constitucional da hierarquia no ambiente castrense.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 379.269-MS<sup>848</sup>, de fato, percebeu que havia uma diferenciação relevante que tornava os precedentes invocados da CIDH inaplicáveis à espécie. O voto do Ministro Rogerio Schietti Cruz é bem cristalino neste sentido, afastando a similitude fática entre os julgados da CIDH e o caso que se estava a examinar. Os casos da CIDH cuidavam de delitos de opinião, normalmente cometidos por jornalistas ou escritores, ao passo que o caso discutido no STJ cuidou de agressão verbal cometida contra autoridade pública<sup>849</sup>.

A terceira hipótese (analogia) ocorre quando, através do raciocínio analógico, o precedente dialogando sofre elástico em sua extensão aplicativo-normativa para

---

<sup>848</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Habeas Corpus – HC 379.269-MS, Mato Grosso do Sul*. Rel. Reynaldo Soares da Fonseca, 24.05.2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/474450253/habeas-corpus-hc-379269-ms-2016-0303542-3/inteiro-teor-474450262>.

<sup>849</sup>Neste trecho do voto do Min. Rogerio Schietti, fica evidente a falta de similitude fática entre os casos dialogando: “Entre diversos casos em que se discutiu, na Corte Interamericana de Direitos Humanos, a questão ora sob debate (*Kimel vs. Argentina*, *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, *Palamara Iribarne vs. Chile*, *Ricardo Canese vs. Paraguai*, etc. ), observo que não há absolutamente nenhum que descreva uma situação parecida com aquelas que rotineiramente encontramos nos nossos processos criminais por desacato. Digo isso porque, lendo as decisões proferidas pela Corte Interamericana nesses casos, percebo que se cuidou, em todos eles, de delitos de opinião, imputados às condutas de pessoas que, segundos os respectivos governos, demandaram a reação estatal ao mau uso da liberdade de expressão, quase sempre cometidos por jornalistas ou escritores. Cito, como exemplos, os crimes imputados a Palamara Iribarne, punido pela publicação de um livro em que ele criticava o serviço de inteligência chileno, e a Eduardo Gabriel Kimel, autor do livro ‘O Massacre de São Patrício’, no qual critica severamente a atuação de inúmeras autoridades, entre elas um juiz, que não teriam investigado os referidos crimes por supostos interesses do regime militar que teve lugar na Argentina. Todos os outros casos (*Ricardo Canese vs. Paraguai*, Sentença de 31/8/2004; *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, Sentença de 2/7/2004; *Tristan Donoso vs. Panamá*, Sentença de 27/1/2009; *Usón Ramírez vs. Venezuela*, Sentença de 20/11/2009; *Verbitsky vs. Argentina*, sentença de 20/9/1994) se referem a manifestações de opiniões de escritores e jornalistas contra autoridades, e não a ofensas proferidas na presença de um servidor público. Vejam, então, Senhores Ministros que, quanto ao crime de desacato, é muito diferente o que se observa no Brasil quando tal figura delitiva é invocada. O típico caso de desacato em nosso sistema de justiça, bem como referiu o Ministro Antonio Saldanha, trata de situações de abordagem policial, de prisão em flagrante, de cumprimento de mandado pelo oficial de justiça, de entrevero ocorrido em audiências judiciais, de atendimento de servidor em hospitais, repartições públicas, etc.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 379.269-MS, 3ª Seção*. Rel. para Acórdão Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 24/05/2017, DJE 30/06/2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/474450253/habeas-corpus-hc-379269-ms-2016-0303542-3/inteiro-teor-474450262?ref=juris-tabs>).

contemplar hipóteses que com ele guardam alguma similitude e que, por isso mesmo, se equiparam pelo esforço argumentativo a seus elementos fático-jurídicos. Essa talvez se afigure a mais complexa e difícil operação de diálogo transjudicial. E não apenas por isso. Slaughter, inclusive, já havia constatado uma transformação no processo de interação entre os tribunais, antes de mera recepção de julgados de outras jurisdições para efetivo diálogo no qual os aplicava e os modificava com base em sua particular análise ou visão do direito<sup>850</sup>. É possível detectar, pois, uma mudança da forma como os tribunais vem dialogando ao longo do tempo.

Independentemente da adoção da operação dialógica, o juiz, como ensina Ronald J. Krotoszynski Jr., tem o dever de esquadrihar razões persuasivas para conferir respaldo à sua decisão, que transcendam as suas meras preferências pessoais ou ideológicas. E, se essas razões podem ser melhoradas por meio da observação de outros precedentes estrangeiros que enfrentaram situações semelhantes, ou melhor ainda, não se exigindo, naturalmente, que compreendam com perfeição todos as especificidades do julgado paradigma, caso venha a servir unicamente como reconceituação ou reformulação do problema existente<sup>851</sup>.

Adverte Giuseppe De Vergottini que, por mais que se tente, jamais haverá, na circulação judicial de precedentes, pura e fiel reprodução do modelo jurídico tido como paradigma, pois sempre se levará em conta as particularidades do ordenamento que os invoque e, por via de consequência, sempre se constituirá em uma adaptação do entendimento estrangeiro às circunstâncias de cada regime normativo<sup>852</sup>.

E, o mais das vezes, essa adaptação e, conseqüentemente, o diálogo transjudicial verifica-se com maior intensidade quando a argumentação desfilada na decisão judicial consegue alargar ou ampliar os contornos dados pelos precedentes, em face das peculiaridades culturais e de interpretação do direito interno.

---

<sup>850</sup>SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts, cit., p. 196.

<sup>851</sup>KROTOSZYNSKI JR., Ronald J. "I'd like to teach the world to sing (in perfect harmony)": international judicial dialogue and the muses — reflections on the perils and the promise of international judicial dialogue. In: BADINTER, Robert; BREYER, Stephen (Eds.). Judges in contemporary democracy: an international conversation. New York: New York University Press, 2004. p 1356-1357.

<sup>852</sup>DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le corti*, cit., p. 22.

Isso pôde ser constatado em dois casos decididos pelo Supremo Tribunal Federal. No primeiro deles, a Corte brasileira apreciou a alegação de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 62/2009, que alterou a sistemática do precatório requisitório de pagamento nas execuções judiciais contra a Fazenda Pública. Neste particular, o STF, para dialogar com a Corte Europeia de Direitos Humanos (*Caso Hornsby vs. Grécia (1998)*), equiparou a situação da demora da satisfação do direito creditício reconhecido judicialmente com a negativa de exequoriedade da sentença judicial, como estipulava o precedente referenciado<sup>853</sup>. No outro, o STF, sem embargo de invocar os precedentes *Escobedo vs. Illinois (1964)*, *Miranda vs. Arizona (1966)* e *Dickerson vs. United States (2000)* da Suprema Corte dos Estados Unidos, que nada trata a respeito de réus militares, estende a eles todas as garantias constitucionais inerentes ao direito de defesa e ao *due process of law* em matéria de processo penal<sup>854</sup>.

Nesses dois julgamentos, vê-se claramente que o Supremo Tribunal Federal brasileiro valeu-se do raciocínio analógico, alargando sentidos para permitir a incidência dos precedentes dialogandos na solução dos casos concretos submetidos à apreciação.

No diálogo transjudicial do sistema de proteção dos direitos humanos fundamentais, essas técnicas operacionais entre os vários órgãos judiciais espalhados pela comunidade judicial global desencadeiam conexões tão intensas e em um nível elevado de interatividade que chegam ao ponto, inclusive, de ensejarem a formação de um processo de incorporação circular de decisões dialogandas e dialogadas em que um tribunal que influencia acaba, posteriormente, sendo influenciado.

Para Flávia Piovesan, o diálogo transjudicial, em matéria de tutela dos direitos humanos fundamentais, apresentar-se-ia sob três dimensões: entre jurisdições regionais

---

<sup>853</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4.357/DF, Distrito Federal*. Rel. para Acórdão Min. Luiz Fux, maioria, j. 14/03/2013, p. 54 de 326 (inteiro teor do Acórdão). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordao-adi-4357.pdf>.

<sup>854</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *Ag. Reg. no Habeas Corpus - HC 111.567/AM*. AgR/AM, Rel. Min. Celso de Mello, unânime, j. 05/08/2014. páginas 22 e 23 de 37 (inteiro teor do Acórdão). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081159>.

(Corte Interamericana de Direitos Humanos e Tribunal Europeu de Direitos Humanos); entre jurisdições regionais e jurisdições constitucionais (Tribunais de Direitos Humanos e Tribunais Constitucionais ou supremos dos países); e entre jurisdições constitucionais (Tribunais constitucionais ou supremos dos países)<sup>855</sup>. Mas, inegavelmente, existem outros órgãos judiciais que também participam desse processo dialógico, como são as hipóteses do Tribunal Africano de Direitos Humanos e dos Povos, os Tribunais Penais Internacionais, o Tribunal de Justiça da União Europeia, a Corte Internacional de Justiça e os juízes constitucionais em geral em quaisquer instâncias que estejam e que tenha jurisdição para apreciar direitos fundamentais e/ou direitos humanos.

O fenômeno do diálogo transjudicial, em termos históricos, inicia-se com a prática de citações entre tribunais nacionais de países diferentes.

#### **4.2. Diálogo de diferentes tribunais nacionais entre si**

Na África do Sul já sob a nova ordem constitucional “*pós-apartheid*”, um dos primeiros casos julgados pelo Tribunal Constitucional africano em que houve a prática de diálogo transjudicial foi o famoso *Caso Zuma vs. State (1995)*<sup>856</sup>. Este julgamento cuidou de discutir se a previsão encartada na Seção 217 da Lei de Procedimento Penal nº 51 de 1977, que atribuía o ônus da prova ao acusado para que demonstrasse que a sua confissão de culpa estaria contaminada pela violência, pressão física ou psicológica, ameaça ou intimidação, teria sido recepcionada pela cláusula da presunção de inocência consagrada pela nova Constituição provisória de 1993. Um cidadão chamado Zuma confessou ter sido o responsável por um homicídio, mas, no momento do seu interrogatório perante a autoridade judicial, retratou-se e ainda trouxe duas testemunhas para confirmar a sua inocência. O juiz do caso nas instâncias ordinárias

---

<sup>855</sup>PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano, cit., p. 121.

<sup>856</sup>CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA. *Zuma and two others and the State*. 5 April 1995. Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/1.pdf>.

não reconheceu vício na confissão de culpa, por falta de prova do próprio acusado de que não teria sido livre e voluntária. O Tribunal Constitucional africano declarou a inconstitucionalidade do preceito legal inserto na Lei de Procedimento Penal em referência, citando precedentes da Suprema Corte norte-americana e da Suprema Corte do Canadá.

Em princípio, para construir a base da hermenêutica constitucional, o Tribunal Constitucional africano citou os *Casos Tot vs. Estados Unidos e Leary vs. Estados Unidos* da Suprema Corte norte-americana, com a finalidade de estabelecer a conexão entre consequências factuais e legais e se alicerçar no princípio de um julgamento justo, e o *Caso Regina vs. Big M. Drug Mart Ltda. (1985)* da Corte Suprema canadense, que estipulou critérios gerais e os métodos interpretativos do Carta Canadense de Direitos.

A respeito da inversão do ônus probante, o Tribunal Sul-Africano invocou o *Caso Regina v. Oakes (1986)* da Suprema Corte do Canadá, defendendo uma semelhança estrutural entre o Carta Canadense de Direitos e Liberdade e a Carta de Direitos da África do Sul, que confere importância do direito ao silêncio e da presunção de inocência contra normas que invertem o ônus da prova em desfavor do acusado.

Em outro caso (*Makwanyane*)<sup>857</sup> também apreciado pelo Tribunal Constitucional da África do Sul, desta feita, em relação à eventual inconstitucionalidade da pena de morte (Seção 277 (1) (a) Lei do Processo Penal 51 de 1977) à luz da previsão contida na Constituição provisória africana de 1993 que consignava a ilegalidade de penas e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. O interessante deste julgamento foram as argumentações desfiladas pelo Presidente da Corte, o *Justice Chaskalson*, rechaçando a jurisprudência norte-americana e indiana que admitia a pena de morte, reconhecendo que essas posições não se compatibilizavam com o novo sistema democrático que se instalavam na África do Sul. Ao invés disso, fez referência ao entendimento da Suprema Corte do Canadá, em

---

<sup>857</sup>CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA. *The State versus T Makwanyane and M Mchunu*. Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/3.pdf>.

*Kindler vs. Canadá*, que enquadrava a pena de morte a um tratamento cruel desumano a afetar frontalmente a dignidade da pessoa humana.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal declarou, sob a inspiração de decretação similar desencadeada pelo Tribunal Constitucional da Colômbia na Sentença T-153, de 28 de abril de 1998, o Estado de Coisas Inconstitucional por meio do julgamento da medida cautelar na ADPF nº 347, tendo reconhecido a existência de quadro de inúmeras violações, em seu conjunto, aos direitos fundamentais dos presos no sistema carcerário nacional, em razão da omissão dos Poderes Legislativo e Executivo dos Estados e da União<sup>858</sup>. A Corte Constitucional colombiana também já havia considerado inconstitucional quadro similar de ofensa sistemática e reiterada a vários direitos fundamentais de presidiários no sistema prisional da Colômbia.

No entanto, Juraci Mourão Lopes Filho e Isabelly Cysne Augusto Maia não reconhece que, neste caso em particular, houve diálogo transjudicial efetivamente. Isso porque o Supremo não realizou qualquer análise do contexto normativo, deixando de apreciar as razões que levaram ao surgimento do Estado de Coisas Inconstitucionais na Colômbia e de que forma esse instituto deveria ser importado para o Brasil<sup>859</sup>.

Essa fundamentação, porém, não condiz com as categorias próprias do diálogo transjudicial, mas se aproxima muito mais da utilização do direito comparado. Neste caso julgado pelo Supremo, não se pode dizer que inexistiu o diálogo transjudicial, porquanto, ainda que de maneira incipiente, houve a incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro do sentido de “Estado de Coisas Inconstitucionais”<sup>860</sup>, cabendo a

---

<sup>858</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF MC 347-DF, Distrito Federal*. Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/09/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>.

<sup>859</sup>LOPES FILHO, Juraci Mourão; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. O uso de precedentes estrangeiros e a declaração de Estado de Coisas Inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 117, p. 261, jul./dez. 2018.

<sup>860</sup>Essa ilação depreende-se do seguinte trecho do voto do Min. Luis Roberto Barroso, onde fica clara a incorporação não apenas do instituto como de seu sentido: “Em segundo lugar, e há um conceito importante veiculado na inicial, encampado pelo Ministro Marco Aurélio - que eu mesmo já havia sustentado quando discutimos aqui a questão dos precatórios, depois quando discutimos aqui a questão da indenização dos presos -, que é o **estado de coisas inconstitucional. Trata-se de um conceito importado da Corte Constitucional colombiana, em uma situação muito parecida com a brasileira**. Portanto, não há aqui,



decisão dialogada, evidentemente, emprestar os efeitos que se almejam, considerando as particularidades da sistemática da jurisdição constitucional brasileira.

Em outro julgado, o Excelso Pretório discute a respeito da existência no ordenamento constitucional brasileiro do postulado da “igualdade de chances”, originariamente reconhecido no *Bundesverfassungsgericht* tedesco através de inúmeros precedentes<sup>861</sup>, o que assume contornos de verdadeiro diálogo transjudicial<sup>862</sup>.

No julgamento da ADI 1946-5/DF MC<sup>863</sup>, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a possibilidade de o benefício de salário-maternidade ser pago à mulher que deu à luz a um filho proventos acima do teto máximo da Previdência Social no Brasil, acabou invocando o *Caso Griggs vs. Duke Power Co. (1971)*<sup>864</sup>, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, para considerar que essa limitação importava severa discriminação contra as mulheres. A corte norte-americana entendeu, neste precedente, que as exigências, previstas em edital convocatório lançado pela empresa Duke Power Co., de que os candidatos a emprego apresentassem graduação universitária ou se submetessem a testes de inteligência, eram artificiais, arbitrárias e desnecessárias, malferindo a Constituição de 1787, por considerar que havia sido instituída uma nova forma de discriminação. A análise do STF repousou sobre o instituto das ações afirmativas (*affirmative action*) desenvolvido neste julgamento pela Suprema Corte norte-Americana. Da maneira como foi conduzida a argumentação do

---

como de praxe, na ADPF, a indicação de um ato específico do Poder Público. **Existe um conjunto de ações e omissões notórias que fazem com que se tenha esse estado degeneralizada inconstitucionalidade por falha estrutural do sistema.**” (grifos acrescidos).

<sup>861</sup>DIE ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS (BVerfGE). *BVerfGE 30: 1(24) – Abhörurteil*. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv030001.html>; *BVerfGE 34:9(19) – Besoldungsvereinheitlichung*. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv034009.html>; e *BVerfGE 82, 322 – Gesamtdeutsche Wahl*. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv082322.html>.

<sup>862</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *Mandado de Segurança – MS 32.033/DF, Distrito Federal*. Rel. para Acórdão Min. Teori Zavascki, maioria, j. 20/06/2013, páginas 68-87 de 314 (inteiro teor do Acórdão). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5290006>.

<sup>863</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 1946-5/DF, Distrito Federal*. MC, Plenário, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 29/04/1999, DJU 14/09/2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347341>.

<sup>864</sup>UNITED STATES SUPREME COURT. *Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424 (1971)*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/401/424/>.

tribunal brasileiro, pode-se afirmar que houve, na espécie, diálogo transjudicial, resultando na incorporação no ordenamento jurídico brasileiro do conceito de ações afirmativas em hipóteses de discriminação.

No conhecido caso do feto anencéfalo enfrentado pelo STF, na ADPF 54/DF<sup>865</sup>, os ministros da corte fizeram várias citações de precedentes estrangeiros, sobretudo de Tribunais nacionais. A discussão girava em torno da possibilidade de antecipação terapêutica do parto no caso de feto anencéfalo. O Min. Relator Marco Aurélio faz referência, embora não aponte o precedente, a um entendimento firmado pela Corte Constitucional italiana que havia se pronunciado no sentido de que o direito à vida não se constitui em valor constitucional absoluto, decretando, por via de consequência, a inconstitucionalidade parcial de dispositivo da lei italiana que criminalizava o aborto sem estabelecer exceção alguma. O Min. Luiz Fux também menciona a posição do Tribunal Constitucional italiano, porém cita expressamente o precedente (Sentença nº 35, de 10 de fevereiro de 1997), na parte em que condiciona o direito à vida do conceito às medidas do possível, de modo a ceder quando puser em sério risco a saúde física e psíquica da gestante. A mais interessante demonstração de utilização do processo dialógico deu-se no voto da Ministra Cármen Lúcia, que, ao trazer à baila o entendimento do Tribunal Constitucional Espanhol exarado em 1985, incorporou em sua decisão o conceito do direito à vida estabelecido pela corte espanhola<sup>866</sup>. Ainda

---

<sup>865</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, Distrito Federal. 54 DISTRITO FEDERAL. Rel. Min. Marco Aurélio 12/04/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=370>.

<sup>866</sup>No julgado invocado, o Tribunal Constitucional espanhol consignou que “a vida é um conceito indeterminado sobre o qual têm sido dadas respostas plurívocas não somente em razão das distintas perspectivas (genética, médica, teológica, etc.), senão também em virtude dos diversos critérios mantidos pelos especialistas dentro de cada um dos pontos de vista considerados, e em cuja avaliação e discussão não podemos nem devemos entrar aqui. Todavia, não é possível resolver constitucionalmente o presente recurso sem partir de uma noção de vida que sirva de base para determinar o alcance do mencionado preceito. Do ponto de vista da questão pode-se definir: a) que a vida humana é um processo de desenvolvimento, começando com a gestação, no curso da qual uma realidade biológica vai tomando forma e sentimento para criar uma pessoa humana e que termina com a morte; é um contínuo processo subjetivo através dos efeitos do tempo através de mudanças qualitativas de natureza somática e psíquica que têm um reflexo no status jurídico público e privado do sujeito vital. b) que a gestação gerou um terceiro existencialmente distinto da mãe, ainda que alojado no seio desta. c) que dentro das mudanças qualitativas no desenvolvimento do processo vital e partindo do pressuposto que a vida é uma realidade desde o início da gestação, o

houve outras citações do Min. Gilmar Mendes a precedentes do Tribunal Constitucional Federal alemão e à Suprema Corte norte-americana, porém, pela metodologia desencadeada, não passaram de mera invocação de direito comparado, uma vez que nenhuma técnica de operacionalização do diálogo transjudicial foi utilizada.

No plano do diálogo de tribunais nacionais entre si, Philip M. Moremen registra que a polinização cruzada de cortes pode representar a prática estatal individual e, coletivamente, como prática geral, tem a potencialidade de criar norma internacional de direito costumeiro, de sorte que esses paradigmas consuetudinários encontrem nas próprias decisões a prática estatal que os consolidem<sup>867</sup>.

Ora, se o diálogo transnacional pode resultar na criação de direito costumeiro, Matthew Saul também reconhece o poder dos tribunais, sobretudo de caráter

---

nascimento em si mesmo é particularmente relevante, porque significa a passagem para a vida ao abrigo do seio materno para a vida protegida pela sociedade, embora com diferentes especificações e modalidades ao longo do curso vital. E antes do nascimento, tem especial transcendência o momento a partir do qual o nascituro está apto a ter uma vida independente de sua mãe, isto é, quando adquire plena individualidade humana" (...) Concluiu-se também que, nos projetos de lei examinados, o legislador deveria ter "sempre presente a razoável exigibilidade de uma conduta e a proporcionalidade da pena em caso de não cumprimento, como também pode renunciar à sanção penal de uma conduta que, objetivamente poderia representar uma carga insuportável, sem prejuízo de que, em seu caso, siga subsistindo o dever de proteção do Estado em relação ao bem jurídico protegido em outros âmbitos. As leis humanas contêm padrões de conduta que, em geral, encaixam as situações normais, porém, existem situações singulares ou excepcionais e penalizar pelo não cumprimento da lei resultaria totalmente inadequado; o legislador não pode empregar a penalidade máxima - a sanção penal -para impor aos casos em que uma conduta seria exigível, apesar de não sê-lo em certos casos concretos" (...). Os avanços nos métodos de diagnóstico das anomalias fetais, efeitos do tempo através de mudanças qualitativas de natureza somática e psíquica que têm um reflexo no status jurídico público e privado do sujeito vital. b) que a gestação gerou um terceiro existencialmente distinto da mãe, ainda que alojado no seio desta. c) que dentro das mudanças qualitativas no desenvolvimento do processo vital e partindo do pressuposto que a vida é uma realidade desde o início da gestação, o nascimento em si mesmo é particularmente relevante, porque significa a passagem da vida ao abrigo do seio materno para a vida protegida pela sociedade, embora com diferentes especificações e modalidades ao longo do curso vital. E antes do nascimento, tem especial transcendência o momento a partir do qual o nascituro está apto a ter uma vida independente de sua mãe, isto é, quando adquire plena individualidade humana".

<sup>867</sup>MOREMEN, Philip M. National Court decisions as State practice: a transnational judicial dialogue? *North Carolina Journal of International Law*, v. 32, n. 2, p. 263, 2006. Disponível em: <https://www.law.unc.edu/journals/ncilj/issues/volume32/number-2-winter-2006/national-court-decisions-as-state-practice-a-transnational-judicial-dialogue/>.

internacional, de identificar normas *ius cogens*, ressaltando o especial trabalho da Corte Interamericana de Direitos Humanos quando já elevou a tal *status* a proibição da tortura, a proibição de tratamento cruel, desumano ou degradante, o princípio da igualdade perante a lei, a proibição de discriminação sobre qualquer forma, a proibição de padrões de execuções extralegais promovidas ou toleradas pelo Estado, a proibição de cometer crimes contra humanidade, o acesso à justiça e a proibição do desaparecimento forçado de pessoas e da obrigação correspondente de investigar e punir os responsáveis<sup>868</sup>.

#### 4.3. Diálogo entre as cortes regionais de direitos humanos

Em princípio, é possível constatar que o diálogo estabelecido entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, por exemplo, não ocorre de maneira simétrica. O que se observa dos julgados da CIDH mencionados pelo TEDH em suas decisões é que, ora o tribunal os invoca como paradigma meramente comparativo, ora como entendimento já incorporado ao direito internacional dos direitos humanos. A CIDH, por outro lado, simplesmente incorpora, na quase totalidade dos casos, a posição firmada pelo TEDH em seus precedentes, partindo de suas premissas decisórias (pressupostos argumentativos sintéticos) como ponto de partida da construção do raciocínio argumentativo na apreciação das particularidades do caso concreto que lhe chega a exame. É evidente que nem tudo que essas cortes regionais de tutela dos direitos humanos fazem em termos de citações recíprocas pode ser chamado de diálogo transjudicial.

Na comunicação cruzada entre europa e américa, a Corte Interamericana procura promover verdadeiro diálogo transjudicial, ao invocar as decisões do Tribunal europeu, com incorporação de sentidos intrassistematicamente num processo

---

<sup>868</sup>SAUL, Matthew. Identifying jus cogens norms: the interaction of scholars and international judges. *Asian Journal of International Law*, v. 5, n. 1, p. 26-54, 2015. p. 38.

autoreflexivo e autopoietico. Ao passo que nem sempre isso ocorre quando o Tribunal europeu faz referência a julgados da Corte interamericana.

Flávia Piovesan chama a atenção para um aspecto curioso que põe em dúvida até mesmo se há um verdadeiro diálogo transjudicial ou mero empréstimo de precedentes sem caráter interativo na comunicação horizontal entre os tribunais europeu e americano de direitos humanos. O Tribunal europeu estaria experienciando, em época mais recente, o fenômeno da “interamericanização” e a Corte interamericana, a “europeização”.

No entanto, o que se vê na prática é que somente determinadas matérias, consoante registra Piovesan, o Tribunal europeu toma de empréstimo as construções jurisprudenciais americanas, o mesmo ocorrendo em via contrária. O TEDH, na esmagadora maioria dos casos que enfrenta, apenas faz menção a julgados de seu correspondente americano em quadro tipologias: a) desaparecimento forçado de pessoas; b) observância do *due process of law* no julgamento de graves violações; c) dever do Estado de adotar o *due diligences* em graves violações; e d) proteção de direitos sociais<sup>869</sup>. Enquanto que a CIDH mobiliza-se a importar do regime europeu julgados relativos à “emergência de novos direitos e temas da agenda contemporânea”<sup>870</sup>

Na temática específica do direito à liberdade de expressão<sup>871</sup>, Groppi e Cocco-Ortu acentuam que existe forte interação entre os tribunais americano e europeu de direitos humanos, malgrado o europeu ter preferido, a rigor, deixar à margem de

---

<sup>869</sup>PIOVESAN, Flávia. Diálogo entre Cortes: a “interamericanização” do sistema europeu e a “europeização” do sistema interamericano, cit., p. 216.

<sup>870</sup>Id. Ibid., p. 225.

<sup>871</sup>John Stuart Mill destaca quatro fundamentos da liberdade de expressão, assim delineando: “Primeiro, se qualquer opinião for compelida ao silêncio, essa opinião pode, tanto quanto saibamos ser certamente verdadeira. Negar isto é presumir a nossa própria infalibilidade. Segundo, embora a opinião sufocada possa ser errada, pode conter, e muito vulgarmente contém, uma parte da verdade; e sendo certo que a opinião geral ou predominante sobre qualquer questão raramente ou nunca é a verdade inteira, só pelo choque das opiniões contrárias é que a restante verdade tem qualquer probabilidade de ser conhecida. Terceiro, mesmo se a opinião recebida não for apenas verdadeira mas a verdade inteira; a menos que seja, e em verdade é, vigorosa e energeticamente contestada, será, pela maioria dos que a recebem, mantida sob a forma dum preconceito com pouca compreensão ou sentimento dos fundamentos racionais. E não só apenas isto mas: Quarto, o significado da doutrina em si correrá o perigo de se perder ou de enfraquecer e ser privado do seu efeito vital sobre o carácter e a conduta: O dogma torna-se uma mera profissão formal, ineficaz para o bem, mas obstruindo o caminho e evitando o crescimento de qualquer convicção real e sincera resultante da razão ou da experiência pessoal.” (MILL, John Stuart. *Da liberdade de pensamento e expressão*. Alfragide: Leya, 2010. p. 80-81).

apreciação dos Estados-membros a determinação dos parâmetros de proteção. Mas, ainda assim, enquanto a CIDH invoca várias decisões do TEDH, a Corte europeia ainda chega a referenciar em dois julgados precedentes da americana ((*Stoll vs. Suíça (2007)*) e *Palomo Sánchez vs. Espanha(2009)*)<sup>872</sup>.

Groppi e Cocco-Ortu noticiam que o TEDH sempre exerceu influência na construção dos princípios de interpretação da CIDH. Todavia, somente após os anos 2000, é que o TEDH começou a fazer referência às decisões da CIDH. Para exemplificar, registram que, entre os anos de 1987 a 2012, a CIDH citou a jurisprudência do TEDH em 147 (cento e quarenta e sete) das 246 (duzentas e quarenta e seis) decisões proferidas, o que dá um percentual de 59.8% (cinquenta e nove vírgula oito por cento). Ao passo que no mesmo interregno, o TEDH mencionou, em seus julgados, decisões da CIDH em apenas 48 (quarenta e oito) das 15.778 (quinze mil setecentos e setenta e oito) que proferiu, representando um ínfimo percentual de 0,3% (zero vírgula três por cento)<sup>873</sup>.

A se basear unicamente no fator quantitativo entre os dois regimes regionais de proteção de direitos humanos, poder-se-ia afirmar que, sob a dimensão subjetiva<sup>874</sup>, não haveria propriamente um diálogo transjudicial. No entanto, sob a dimensão objetiva<sup>875</sup>, é forçoso reconhecer a existência de interessante diálogo entre decisões judiciais que se sucedem ao longo do tempo.

Já sob uma análise quantitativa, Groppi e Cocco-Ortu chamam a atenção para o fato de que a referência a outra Corte quase nunca se vale como argumento *a contrario*. Sempre se invoca decisões do outro tribunal para reforçar os argumentos já esquadrihados pelo órgão jurisdicional que o referencia<sup>876</sup>. E, quando o faz, o TEDH

---

<sup>872</sup>GROPPI, Tania; COCCO-ORTU, Anna Maria Lecis. Cour européenne et Cour interaméricaine des droits de l'homme: de l'influence ou dialogue?, cit., p. 977-978.

<sup>873</sup>Id. Ibid., p. 972-973.

<sup>874</sup>Na dimensão subjetiva, leva-se em consideração somente os sujeitos e órgãos que se fertilizam reciprocamente.

<sup>875</sup>A dimensão objetiva funda-se no liame entre decisões em que uma faz menção a outra e, automaticamente, há uma absorção de novo sentido interpretativo nesse processo comunicativo.

<sup>876</sup>GROPPI, Tania; COCCO-ORTU, Anna Maria Lecis. Cour européenne et Cour interaméricaine des droits de l'homme: de l'influence ou dialogue?, cit., p. 974.

tende a se comportar de maneira diversa daquela desencadeada pela CIDH. O tribunal europeu não costuma citar explicitamente a jurisprudência americana, porém recebe visível influência em vários temas mediante o qual se nota inequívoca convergência<sup>877</sup>.

No entanto, ao examinar alguns precedentes, vê-se uma tendência a uma maior interação dialógica entre os tribunais europeus e americano de direitos humanos, sendo até mesmo possível observar a existência de uma verdadeira rede sistêmica de direitos humanos fundamentais que se relacionam reciprocamente em decisões que se constituem em pressupostos de outras decisões posteriores.

#### 4.3.1. Diálogo da CIDH com a TEDH

Além da prática cada vez mais frequente do diálogo transjudicial, boa parte da iniciativa da Corte Interamericana de conversar com o Tribunal Europeu de Direitos Humanos decorre da existência do art. 64 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que autoriza a Corte a interpretar a convenção e os “outros tratados” atinentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Héctor Faúndez Ledesma acentua que a Corte americana deu à expressão “outros tratados” a interpretação mais ampla possível, de modo que possa se referir não apenas aos que os Estados americanos tenha aderido, mas também àqueles alheios ao regime interamericano<sup>878</sup>.

Antônio Augusto Cançado Trindade enfatiza que o diálogo desencadeado entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos resultou na formação de um espírito de confiança recíproco que ensejou

---

<sup>877</sup>GROPPI, Tania; COCCO-ORTU, Anna Maria Lecis. Cour européenne et Cour interaméricaine des droits de l’homme: de l’influence ou dialogue?, cit., p. 979.

<sup>878</sup>FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. 2.ed. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999. p. 578.

inúmeras convergências interpretativas, sobretudo no campo dos métodos de interpretação das respectivas convenções<sup>879</sup>.

Das três técnicas de operacionalização do diálogo transjudicial, inegavelmente, a CIDH prefere a adoção dos precedentes europeus como premissa decisória que leva à incorporação de sentidos e elementos de interpretação. E mais do que isso, o que se constata visivelmente é uma sucessão de operações dialógicas de incorporação sequenciada de sentidos.

Existem alguns assuntos que a CIDH apenas incorpora o sentido já construído e sedimentado no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, como, *e.g.*, duração razoável do processo e liberdade de expressão, sem que se desenvolva um adicionamento sequenciado ou mesmo uma incorporação circular de sentidos.

No tocante à duração razoável do processo, a Corte interamericana, em *Genie Lacayo vs. Nicaragua (1997)*, incorporou o sentido densificado à duração razoável do processo que a TEDH consolidou em *Ruiz Mateos vs. Espanha (1993)*, estabelecendo, ainda, com base em *Schmautzer vs. Austria (1995)*, *Hauschild vs. Dinamarca (1989)*, *Saïdi vs. França (1993)* e *Fischer vs. Austria (1995)*, os parâmetros do que se deve reconhecer como indenizável<sup>880</sup>. Em 2006, em *La Cantuta vs. Peru (2006)*, a CIDH ratifica os critérios utilizados para determinar a razoabilidade da duração do tempo do processo, citando *Wimmer vs. Alemanha (2005)*, *Panchenko vs. Rússia (2005)* e *Todorov vs. Bulgária (2005)*<sup>881</sup>.

Outro tema de enorme relevância para a incorporação de sentidos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos pela Corte Interamericana diz respeito ao direito à

---

<sup>879</sup>TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. La búsqueda de la realización de la justicia en la era de los Tribunales Internacionales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coords.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 1397.

<sup>880</sup>INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Genie-Lacayo v. Nicaragua*. Judgment of January 29, 1997. (Merits, Reparations and Costs). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_30\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_30_ing.pdf).

<sup>881</sup>INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of La Cantuta v. Perú*. Judgment of November 29, 2006. (Merits, Reparations and Costs). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_162\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_ing.pdf).



liberdade de expressão. A liberdade de expressão, como bem expressa os *Casos Handyside vs. Reino Unido (1976)*, *The Sunday Times vs. Reino Unido (1979)*, *Barthold vs. Alemanha (1985)*, *Lingens vs. Austria (1986)*, *Müller e Outros vs. Suíça (1988)* e *Otto Preminger-Institut vs. Austria (1994)*, constitui-se em postulado basilar da sociedade democrática que nem mesmo as informações ou ideias chocantes, ofensivas ou inquietantes para o Estado ou para qualquer fração da população a vulneram. A CIDH assentou essa linha de pensamento, ao apreciar o *Caso “La Ultima Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos e Outros) vs. Chile (2001)*. E, um dia depois<sup>882</sup>, em *Ivcher Bronstein vs. Peru (2001)*<sup>883</sup>, sob a inspiração dos mesmos precedentes com o acréscimo apenas de *Sürek e Özdemir vs. Turquia (1999)*, ainda ratificou a tese da TEDH de que os parâmetros estipulados pelos sistemas americano e europeu de proteção dos direitos humanos deixam uma margem muito reduzida à restrição da liberdade de expressão no debate político ou nas discussões de questões de interesse público<sup>884</sup>.

No entanto, a própria Corte interamericana pondera, quando julga *Kimel vs. Argentina (2008)*, sob a influência do *Caso Mamère vs. França (2006)*, decidido pela TEDH, que a liberdade de expressão nem sempre pode preponderar, se houver necessidade de proteger a honra e a reputação de pessoas privadas ou funcionários públicos<sup>885</sup>. Essa restrição à liberdade de expressão também alcança as pessoas

---

<sup>882</sup>O *Caso “La Ultima Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos e Outros) vs. Chile, (2001)*. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_73\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf)) foi julgado pela CIDH em 05 de fevereiro de 2001 e, no dia 06 de fevereiro do mesmo ano, foi decidido *Ivcher Bronstein vs. Peru* (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Peru*. Sentença de 6 de fevereiro de 2001 (Mérito, Reparaciones e Custas). Disponível em: <http://cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/506ad88087f45ce5d2413efc7893958e.pdf>).

<sup>883</sup>INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Ivcher-Bronstein v. Peru*. Judgment of February 6, 2001. (Merits, Reparations and Costs). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_74\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_74_ing.pdf).

<sup>884</sup>Esse mesmo entendimento é reiterado no julgamento do *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_107\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf)).

<sup>885</sup>INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Caso Kimel vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_177\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf).

jurídicas, consoante decidiu a CIDH no *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela (2009)*, fundada em *Kulis e Rozycki vs. Polônia (2009)* e *Steel e Morris vs. Reino Unido (2005)*<sup>886</sup>.

Porém, quando tratou da garantia do devido processo legal, a Corte Interamericana de Direitos Humanos procedeu a esse adicionamento sequenciado de novos sentidos que se incorporaram às decisões posteriores a partir de precedentes do TEDH, dando-lhes novas densidades normativas à medida que os casos iam chegando ao tribunal. No *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru (2001)*, o CIDH faz referência a *Campbell and Fell (1984)* e *Of X vs. Reino Unido (1981)*, para, com base neles, entender que outras autoridades públicas ou órgãos do Estado que exerçam funções de caráter materialmente jurisdicional têm a obrigação de adotar medidas relacionadas às garantias do devido processo legal. Além disso, ainda incorpora outras interpretações sedimentadas pelo TEDH (nos *Casos Lang-borger de 1989*, *Le Compte, Van heuven e De Meyere de 1981* e *Piersack de 1982*), desdobrando o devido processo legal na independência do órgão julgador, assim compreendida como a existência de adequado processo de nomeação, com uma duração estabelecida no cargo e uma garantia contra pressões<sup>887</sup>.

Alguns anos depois, a própria CIDH, ao julgar o *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala (2005)*, volta a dialogar com o TEDH, por meio do *Caso Pelissier e Sassi vs. França (1999)*, incorporando novo sentido ao devido processo legal, desta vez mais especificamente no processo penal, para assentar que o acusado da prática criminosa deve desfrutar de informação completa e detalhada das imputações e qualificações legais, para propiciar adequada defesa e concretizar o *due processo of law*<sup>888</sup>.

---

<sup>886</sup>CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_207\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_207_esp.pdf).

<sup>887</sup>CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001. (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_71\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf).

<sup>888</sup>CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala*. Sentencia de 20 de junio de 2005. (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_126\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf).

Outro exemplo em que se observou esse sequenciamento sucessivo de incorporações de sentido aconteceu no julgamento a respeito do alcance controle jurisdicional dos atos da Administração pública apreciado pela CIDH. Nele, o *Caso Barbani Duarte e Outros vs. Uruguai (2011)*, a Corte, ao tracejar os contornos da sindicabilidade jurisdicional nos atos administrativos, faz várias citações de precedentes da TEDH em relação a cada *ratio decidendi*. Para definir o que significa procedimento justo, cita os *Casos Kraska vs. Suíça (1993)*, *Van de Hurk vs. Holanda (1994)*, *Van de Kück vs. Alemanha (2003)*, *Krasulya vs. Rússia (2007)*, através dos quais exige que os órgãos jurisdicionais efetuem exame apropriado das alegações, argumentos e provas aduzidas pelas partes, sem prejuízo das valorações sobre a efetiva relevância para a formação da decisão judicial. Sobre a possibilidade de o órgão judicial reexaminar decisões administrativas que envolvam conhecimentos técnicos e especializados, a Corte baseou-se no *Caso Sigma Radio Television vs. Chipre (2011)*. Lastreado nos *Casos Zumtobel vs. Austria (1993)*, *Fischer vs. Austria (1995)*, *Bryan vs. Reino Unido (1995)*, somente se considera suficiente revisão judicial de atos administrativos aquela em que o órgão julgador examina todas as alegações e argumentos submetidos a seu conhecimento acerca da decisão administrativa, sem que se abstenha de resolvê-los ou determinar os fatos. E, inspirado nos *Casos Obermeier vs. Austria (1990)* e *Terra Woningen B. V. vs. Holanda (1996)*, exclui a referida revisão, se o órgão judicial está impedido de delimitar o objeto principal da controversia por razões de ordem fática ou jurídica delineadas pela Administração pública<sup>889</sup>.

De igual modo, o *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México (2010)*<sup>890</sup> abordou a tortura desencadeada durante o curso da fase investigativa. Este caso apreciado pela CIDH termina por citar o *Caso Affaire Villa vs. Itália (2010)* do TEDH e, em especial, o *Caso Harutyunyan vs. Armênia (2007)*, também do mesmo tribunal

---

<sup>889</sup>CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. Sentencia de 13 de octubre de 2011. (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_234\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_234_esp.pdf).

<sup>890</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Resumen Oficial emitido por la Corte Sentencia de 26 de noviembre de 2010. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_220\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_220_esp.pdf).

européu, para considerar que, no caso de existir alguma evidência razoável de que uma pessoa foi torturada ou tratada de maneira cruel e desumana, a ratificação da confissão perante a autoridade pública distinta da que confessara anteriormente não indica que seja automaticamente válida, já que a segunda confissão pode ser reflexo direto do medo de novos maltratos ocorridos na primeira. Também é citado o *Caso Barberà, Messegué e Jebardo vs. Espanha (1988)*, que, ao tratar do princípio da presunção de inocência, preconiza que “os julgados não iniciem o processo penal com a ideia preconcebida de que o acusado cometera o delito o qual foi imputado. Assim, a presunção de inocência seria vulnerada se antes de ser reconhecidamente culpado haja uma decisão judicial que reflita a opinião de que seja culpado”<sup>891</sup>.

No que concerne à presunção de inocência, a Corte Interamericana, em *Lori Berenson Mejía vs. Peru (2004)*, cita três casos do tribunal europeu valendo-se da técnica da incorporação da premissa decisória. No primeiro deles, o *Caso Allenet de Ribemont vs. França (1995)*, o conceito incorporado dizia respeito à possibilidade de a presunção de inocência ser mitigada por uma juiz ou por outra autoridade pública, desde que as investigações desenvolvem-se com toda a discricção e cautela necessárias em respeito àquele postulado. Já nos demais, os *Casos Barberà, Messegué e Jabardo vs. Espanha (1998)* e *Bönishc vs. Áustria (1985)*, o TEDH pontificou que o acusado, para bem exercer a sua defesa, tem o direito de conhecer as testemunhas contrárias e favoráveis nas mesmas condições<sup>892</sup>.

Em todos esses julgamentos, a CIDH incorporou vários sentidos oriundos de precedentes dialogandos do TEDH em sucessivos casos a respeito do mesmo direito humano fundamental (*in casu*, proibição da tortura). De outro pórtico, embora em menor incidência quantitativa, também se constata relativa frequência dialógica do TEDH fazendo referência a precedentes dialogandos proferidos pela CIDH.

---

<sup>891</sup>Tradução livre do autor.

<sup>892</sup>CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. (Fondo Reparaciones Y Costas). [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_119\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_119_esp.pdf).

O diálogo transjudicial, como já se notou, pode ser observado nos julgamentos dos tribunais em geral, porém com muito mais ênfase e frequência nas cortes que integram os regimes regionais de proteção dos direitos humanos. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, de igual sorte, é um exemplo bem eloquente neste campo, quando adiciona sentidos a partir de julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos à medida em que os casos concretos desembarcam em seu porto.

#### 4.3.2. Diálogo do TEDH com a CIDH

É inegável que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, como se observa facilmente nesta investigação, tem uma história de citar precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos apenas em algumas matérias, como por exemplo, em casos de gravíssimas violações, desaparecimento forçado de pessoas e tortura.

Um dos que podem ser mencionados de diálogo transjudicial do TEDH com a CIDH é o *Caso Lexa vs. Eslovaquia (2008)*<sup>893</sup>, em que a Corte Europeia, para anular as concessões de anistia concedidas pelo Presidente da República da Eslovaquia, apoiou-se nos clássicos *Casos Barrios Altos vs. Peru (2001)* e *Bulacio vs. Argentina (2003)* julgados pelo tribunal americano, incorporando elementos de interpretação quanto à responsabilidade na hipótese de crimes graves contra a humanidade e à eterna possibilidade de investigação e punição dos responsáveis<sup>894</sup>.

---

<sup>893</sup>EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Lexa v. Slovakia*. (Application no. 54334/00). Strasbourg, 23 September 2008. Final 23/12/2008. Disponível em: [hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-88531?TID](http://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-88531?TID).

<sup>894</sup>No *Caso Lexa vs. Eslovaquia (2008)*, o TEDH transcreve os seguintes trechos extraídos dos *Casos Barrios Altos vs. Peru (2001)*: “... all amnesty provisions, provisions on prescription and the establishment of measures designed to eliminate responsibility are inadmissible, because they are intended to prevent the investigation and punishment of those responsible for serious human rights violations such as torture, extrajudicial, summary or arbitrary execution and forced disappearance, all of them prohibited because they violate non-derogable rights recognized by international human rights law.” e *Bulacio vs. Argentina (2003)*: “...any other domestic legal obstacle that attempts to impede the investigation and punishment of those responsible for human rights violations are inadmissible”. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Lexa v. Slovakia*, cit.

Outro caso em que o TEDH incorpora sentidos edificados pela CIDH ocorreu no julgamento de *Varnava e outros vs. Turquia (2009)*. O Tribunal Europeu aponta o *Caso Blake vs. Guatemala (1996)* para construir uma doutrina europeia a partir da experiência americana de desaparecimento forçado e da conseqüente responsabilidade governamental nessa situação<sup>895</sup>.

Em 2010, O TEDH, ao reproduzir na fundamentação da decisão em *Gäfgen vs. Alemanha* trechos da sentença proferida no *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala (2003)* da CIDH, qualifica o que vem a ser tortura psicológica, quando uma pessoa é mantida sob ameaças de atentado à sua própria vida ou à integridade física do torturado ou de sua família<sup>896</sup>.

Em *Portmann vs. Suíça* julgado em 2011, o Tribunal de Estrasburgo volta a citar a mesma decisão da CIDH, porém adiciona novo sentido à tortura, para entender que o ato de encapuzar um detento e submetê-lo a escutar um volume alto de rádio configura também tortura psicológica. Aliás, encapuzar detentos, por si só, consubstancia ato degradante e desumano<sup>897</sup>.

Em 2012, embora fundado em outro julgado da Corte interamericana (*Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Peru – 2006*), o TEDH, em *Zontul vs. Grécia (2012)*, considerou como ato de tortura a inspeção vaginal por mãos efetuada de maneira abrupta por guardas do sistema prisional<sup>898</sup>.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no julgamento do *Caso Abdullahi Elmi e Aweys Abubakan vs. Malta (2016)* compartilha com o entendimento da Corte Interamericana firmado no *Caso Vélez Loo vs. Panamá (2010)*, para ambas sustentarem que a política de imigração deve avaliar cada caso em particular e valorar

---

<sup>895</sup>EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Varnava and Others v. Turke*. Strasbourg, 18 September 2009. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:\[%22001-94162%22%7D](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:[%22001-94162%22%7D).

<sup>896</sup>EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Gäfgen v. Germany*. (Application no. 22978/05). Strasbourg, 1 June 2010. Disponível em: <https://www.legal-tools.org/doc/cfe8d9/pdf/>.

<sup>897</sup>EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Portmann v. Switzerland, no. 38455/06*. 11 October 2011. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/CLIN\\_INDEX\\_2011\\_ENG\\_891829.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_INDEX_2011_ENG_891829.pdf).

<sup>898</sup>EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Zontul v. Greece, no. 12294/07*. 17 January 2012. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/CLIN\\_INDEX\\_2012\\_ENG\\_904387.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_INDEX_2012_ENG_904387.pdf).

individualizadamente, a fim de possibilitar a decretação de medidas menos restritivas aos imigrantes<sup>899</sup>.

Como se observa, há um incremento nos últimos anos do diálogo do TEDH com a CIDH, mediante a incorporação de sentidos produzidos em julgamentos de casos americanos.

### 4.3.3. Diálogo da TADH com as demais cortes regionais de direitos humanos

Como já se viu anteriormente, o Tribunal Africano de Direitos do Homem e dos Povos iniciou as suas atividades mais recentemente e, portanto, não dispõe de numerosos casos de diálogo transjudicial com outras cortes regionais de direitos humanos, mas é possível pinçar alguns julgamentos em que houve, no processo dialógico, a incorporação de sentidos.

O primeiro caso julgado pelo Tribunal Africano sobre violação de direitos indígenas contidos na Carta Africana de Direitos Humanos, por exemplo, somente ocorreu no ano de 2017, com o julgamento do *Caso Ogiek vs. Quênia*. Nele, a Corte acabou por declarar a ocorrência de grave violação massiva de direitos reconhecidos na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981, cometida pelo Quênia contra a comunidade Ogiek, assegurando a propriedade das terras ancestrais e o significado espiritual que elas possuíam<sup>900</sup>.

A despeito desse caso não ter feito qualquer menção a precedente estrangeiro em sua decisão, é possível se asseverar que se verificou nele uma espécie de diálogo

---

<sup>899</sup>EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Abdullahi Elmi and Aweys Abubakar v. Malta*. (Applications nos. 25794/13 and 28151/13). Strasbourg, 22 November 2016. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/FRE#%7B%22itemid%22:%5B%22001-168780%22%7D>.

<sup>900</sup>TADH, *Caso Ogiek vs. Quênia* (2017), Processo 006/2012. AFRICAN COURT ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS. *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya*. Application no.006/2012. 26 May 2017. Disponível em: <http://en.african-court.org/images/Cases/Judgment/Application%20006-2012%20-%20African%20Commission%20on%20Human%20and%20Peoples%E2%80%99%20Rights%20v.%20the%20Republic%20of%20Kenya..pdf>.

transjudicial, ainda que implícito. É que fez referência ao *Caso Centre for Minority Rights Development and Minorities Group International vs. Quênia (2010)*, decidido pela Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, que, por sua vez, já havia citado precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, entre os quais *Comunidade Nayagna vs. Nicarágua (2001)*<sup>901</sup>. Assim, sem embargo de não ter invocado expressamente o precedente americano dialogando, a Corte africana acabou por incorporar, implicitamente, a ideia nele contida de se constituir em direito das comunidades mais primitivas da África a praticar seu modo de vida pastoril, usando locais cerimoniais e religiosos e acessando remédios tradicionais. No *Caso Centre for Minority Rights Development and Minorities Group International vs. Quênia (2010)*, o governo queniano despejou, na década de 1970, centenas de famílias endorois de suas terras ao redor da área do Lago Bogoria, no Vale do Rift, para criar uma reserva de caça para o turismo. Aos endorois, um povo indígena, havia sido prometido compensação e benefícios pela perda da terra sagrada que nunca chegou a ser totalmente implementado, além da restrição de acesso à área decretada pela Autoridade de Reserva de Caça.

No entanto, em *Tanganyika Law Society and the Legal and Human Rights Centre & Reverende Christopher Mtika vs. Tanzania (2013)*, o TADH, malgrado tenha efetuado várias citações de tribunais e de organismos de proteção de direitos humanos, apenas dialoga verdadeiramente com a CIDH, refutando, como premissa decisória, a ideia de que a decisão de permitir candidatos independentes no processo de escolha de exercentes de mandato eletivo depende das necessidades sociais de cada estado com base em sua realidade histórica, contida no *Caso Castañeda Gutman vs. Mexico (2008)*. Entendeu a Corte africana, fundada na técnica do *distinguishing*, que a restrição ao exercício do direito através da proibição de candidatura independente não é proporcional ao alegado objetivo de fomentar a unidade nacional e solidariedade<sup>902</sup>.

---

<sup>901</sup>CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas). [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_79\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf).

<sup>902</sup>AFRICAN COURT ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS. *Tanganyika Law Society and the Legal and Human Rights Centre & Reverende Christopher Mtika vs. Tanzania (2013)*. Disponível em: [http://www.worldcourts.com/acthpr/eng/decisions/2013.06.14\\_Tanganyika\\_Law\\_Society\\_v\\_Tanzania.pdf](http://www.worldcourts.com/acthpr/eng/decisions/2013.06.14_Tanganyika_Law_Society_v_Tanzania.pdf). O



Esse julgado do TADH é importante para constatar que, ao contrário do que se poderia supor, esta Corte africana não se adstringe apenas a incorporar sentidos e entendimentos das demais cortes regionais de proteção de direitos humanos, mas, antes disso, promover instigante processo dialógico que produza sentido para a realidade cultural, jurídica e política do povo africano.

#### **4.3.4. Incorporação circular de sentidos entre cortes regionais de proteção de direitos humanos**

A técnica do adicionamento de sentidos, como já dito, pode ser observado quando o mesmo tribunal, na conversação judicial, vai incorporando em seu repertório interpretativo conteúdos em relação a um mesmo direito humano fundamental elaborado por outros tribunais. De todas as formas de operacionalização do diálogo transjudicial, a do adicionamento de sentidos é aquela que mais se observa na interação da Corte Interamericana com o Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Mas, além da mera incorporação de sentidos, a interação entre esses tribunais alcança um nível tão elevado que assume tal incorporação um caráter circular a formar uma verdadeira rede sistêmica de proteção de direitos humanos fundamentais.

Hipótese interessante de rede sistêmica no âmbito da tutela protetiva horizontal dos direitos humanos foi o *Caso Loayza Tamayo vs. Peru (1997)*<sup>903</sup>, julgado pela CIDH, porquanto, ao suscitar em sua decisão o *Caso Irlanda vs. Reino Unido (1978)*,

---

TADH utilizou a técnica do *distinguishing* identificando um fator político-cultural que diferenciava a situação do povo da Tanzânia com a realidade apurada no precedente americano dialogando, consoante se vê no seguinte trecho da sentença prolatada: “The Respondent has relied heavily on the Castaneda Gutman v Mexico case. In that case, the Inter-American Court found that individuals had other options if they wished to seek public elective office. Thus, apart from having to be a member of and being sponsored by a political party, one could be sponsored by a political party without being a member of that party and also one could form one's own political party particularly since the requirements for doing so were not arduous. In the instant case, Tanzanian citizens can only seek public elective office by being members of and being sponsored by political parties; there is no other option available to them.” (p. 44).

<sup>903</sup>CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (Fondo). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_33\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf).

terminou por incorporar a posição sufragada pelo TEDH no sentido de que, “mesmo não havendo lesões, os sofrimentos físicos e mentais acompanhados de perturbações psíquicas desencadeadas durante o interrogatório caracterizam tratamento desumado. O caráter degradante decorreria do medo, da ansiedade e do sentimento de inferioridade, com o fim de humilhar, degradar e romper a resistência física e moral da vítima”<sup>904</sup>. E, ainda, acrescentou, baseado no *Caso Ribitch vs. Austria (1995)*, que “dita situação é agravada pela vulnerabilidade de uma pessoa ilegalmente detida”<sup>905</sup>.

De outro lado, o TEDH, em *Mamatkulov e Askaron vs. Turquia (2005)*<sup>906</sup>, não apenas citou o *Caso Loayza Tamayo vs. Peru (1997)*, como também empreendeu engenhosa argumentação do regime interamericano de direitos humanos, atribuindo ao Estado o elevado papel de aplicador das recomendações dos órgãos protetivos, como a Comissão interamericana. O TEDH chega a dizer, em *Mocanu e Outros vs. Romênia (2014)*<sup>907</sup>, ao se ancorar nos *Casos “Las Dos Erres” Massacre vs. Guatemala (2009)* e *Garcia Lucero e Outros vs. Chile (2013)*, que as situações de tortura violam os direitos humanos tanto no espaço americano como o europeu.

Outro típico exemplo de diálogo transjudicial ocorrido na rede sistêmica dos direitos humanos, formada de sucessivas decisões judiciais que dialogaram entre si ao longo do tempo, aconteceu no *Caso de los “Ninõs de la Calle” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala (1999)*, decidido pela CIDH. Na decisão, a Corte americana fez referência aos *Casos Costello-Roberts vs. Reino Unido (1993)*, *Irlanda vs. Reino Unido (1978)*, *Soering vs. Reino Unido (1989)* e *Tyrer vs. Reino Unido (1978)*, apreciados pelo TEDH, para incorporar em suas razões de fundamentação os limites de como identificar a prática de tortura e em que extensão. Nestes julgados, impõe-se que se deve avaliar as circunstâncias do caso concreto, tais como a natureza e o contexto das

---

<sup>904</sup>Tradução livre do autor.

<sup>905</sup>Tradução livre do autor.

<sup>906</sup>EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Mamatkulov and Askarov v. Turkey*. Strasbourg, 4 February 2005. Disponível em: [http://www.jus.unitn.it/download/gestione/marco.pertile/20090331\\_0619Mamatkulov\\_and\\_Askarov\\_Turkey.pdf](http://www.jus.unitn.it/download/gestione/marco.pertile/20090331_0619Mamatkulov_and_Askarov_Turkey.pdf).

<sup>907</sup>EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Mocanu and Others v. Romania [GC], nos. 10865/09, 45886/07 and 32431/08*. Judgment of 17 September 2014. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Reports\\_Recueil\\_2014-V.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2014-V.pdf).

agressões, a maneira e o método de executá-las, a duração, os efeitos físicos e mentais, além de se aquilatar, ainda, em algumas situações, o sexo, a idade e o estado de saúde das vítimas<sup>908</sup>.

Em seguida, sobre a mesma matéria, a mesma Corte interamericana cita, no *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia (2006)*, além de muitos outros, os *Casos de Adali vs. Turquia (2005) e Avsar vs. Turquia (2001)*, proferidos pelo TEDH<sup>909</sup>. E poucos anos depois, a CIDH novamente vem a referenciá-lo, ao apreciar o *Caso Acevedo Buendía e outros vs. Peru (2009)*, trazendo à baila os *Casos Mizzi vs. Malta (2006), Tuquabo-tekcle e outros vs. Holanda (2005), Artico vs. Itália (1980) e Wilde, Doms Versyp vs. Bélgica (1971)*, para dizer também aplica o princípio de *estoppel* no que toca às objeções de jurisdição e de admissibilidade, a exemplo do TEDH. No mesmo julgado, partilha o entendimento firmado no *Caso Airey vs. Irlanda (1979)*, no intuito de atestar que a progressiva realização de direitos sociais e econômicos depende da situação econômica contemporânea de cada Estado e que o tribunal pode interpretá-los como extensão dos direitos civis e políticos. E não perde, ainda, a CIDH a oportunidade de citar os *Casos Hornsby vs. Grécia (1997), Popov vs. Moldávia (2005), Assanidze vs. Georgia (2004), Jasiúmiene vs. Lituânia (2003) e Burdov vs. Rússia (2002)*, no desiderato de cancelar a tese no sentido de que a execução de uma sentença também se inclui no âmbito de proteção do direito de acesso à proteção jurídica, na forma do art. 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos<sup>910</sup>.

O Tribunal Europeu, de outro pórtico, no julgamento do *Caso Konstantin Markin vs. Rússia (2012)*, faz referência aos *Casos Acevedo Buendía e outros vs. Peru*

---

<sup>908</sup>CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre 1999. (Fondo). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_63\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf).

<sup>909</sup>CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_140\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_140_esp.pdf).

<sup>910</sup>CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. Sentencia de 1 de julio de 2009. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_198\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_esp.pdf).

(2009), de los “Ninõs de la Calle” (*Villagrán Morales e outros*) vs. *Guatemala* (1999) e de la *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* (2006)<sup>911</sup>, os quais, por sua vez, já tinham feito menção a precedentes europeus absorvendo sentidos e interpretações a partir da convenção protetiva de direitos humanos.

Em outro caso, o Tribunal Europeu, de seu turno, quando julga o *Caso Kurt vs. Turquia* (1998)<sup>912</sup>, já havia incorporado em seu processo decisório os *Casos Velásquez-Rodríguez vs. Honduras* (1988), *Godínez-Cruz vs. Honduras* (1989) e *Caballero-Delgado e Santana vs. Colombia* (1995)<sup>913</sup>. Neste julgado, a intenção do CIDH era encontrar uma base conceitual alicerçada em definições dadas pela Anistia internacional e pelos diplomas normativos que tratam dessa matéria (v.g., Convenção Interamericana de desaparecimento forçado de pessoas de 1994). O caso Kurt assemelha-se enormemente ao de Velásquez-Rodríguez, pois houve evidências de que o seu filho teria sido torturado e que as autoridades públicas seriam responsáveis pelo desaparecimento.

O TEDH também faz referência ao *Caso Anzualdo Castro vs. Peru* (2009), quando julga o *Caso Margus vs. Croácia* (2014). Neste julgamento, também invoca os processos apreciados pela CIDH em que houve situações de desaparecimento forçado de pessoas, consoante se verificou no Chile (*Caso Almonacid-Arellano e outros vs. Chile* (2006), Uruguai (*Caso Gelman vs. Uruguai* (2011)), Brasil (*Caso Gomes Lund e outros “Guerrilha do Araguaia” vs. Brasil* (2010)) e El Salvador (*Caso Massacre do El Mozote e Nearby Places vs. El Salvador* (2012)<sup>914</sup>.

---

<sup>911</sup>EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Konstantin Markin v. Russia*. (Application no. 30078/06). Strasbourg 22 March 2012. Disponível em: [https://www.hrc.ugent.be/wp-content/uploads/2015/09/Konstantin\\_Markin.pdf](https://www.hrc.ugent.be/wp-content/uploads/2015/09/Konstantin_Markin.pdf).

<sup>912</sup>EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Kurt v. Turkey* (15/1997/799/1002). Strasbourg, 25 May 1998. Disponível em: [https://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR5710/h10/undervisningsmateriale/5nov\\_KURT-v-Turkey.pdf](https://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR5710/h10/undervisningsmateriale/5nov_KURT-v-Turkey.pdf).

<sup>913</sup>O mesmo Tribunal Regional europeu volta a mencionar os mesmos três julgados da Corte Interamericana, quando decide o *Caso Ertak vs. Turquia* (2000). EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Ertak v. Turkey* (Application no. 20764/92). Strasbourg, 9 May 2000. <https://www.legal-tools.org/doc/fbcfa5/pdf/>.

<sup>914</sup>EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Marguš v. Croatia*. (Application no. 4455). Strasbourg, 27 May 2014. Disponível em: [https://www.menschenrechte.ac.at/orig/14\\_3/Margus.pdf](https://www.menschenrechte.ac.at/orig/14_3/Margus.pdf).

A propósito, o Tribunal de Estrasburgo, no *Caso Silih vs. Eslovênia (2009)*, não apenas se valeu dos já conhecidos *Casos Velásquez-Rodríguez vs. Honduras (1988)* e *Godínez-Cruz vs. Honduras (1989)*, como também invoca o *Caso Serrano-Cruz Sisters vs. El Salvador (2004)*<sup>915</sup>.

O essencial, em situações como essa de interlocução direta e horizontal de precedentes, é se entre, por exemplo, o *Caso Velásquez-Rodríguez (1988)* e o *Caso Anzualdo Castro vs. Peru (2009)* a Corte Interamericana aperfeiçoou a sua interpretação com o adicionamento de novos sentidos a respeito do desaparecimento forçado de pessoas ou se a mesma concepção antes formada perdurou até o julgamento último após 21 (vinte e um) anos. Da mesma forma, ganha importância investigar se ocorreu alguma evolução, se é que assim se pode dizer, por parte do Tribunal Europeu de Direitos Humanos entre o julgamento do *Caso Kurt vs. Turquia (1998)* e o *Caso Margus vs. Croácia (2014)*. E esse aprimoramento interpretativo, com a incorporação de novos sentidos e elementos intelectivos, é plenamente visível, quando se observa os julgados dialogados.

Outros exemplos também expõem a existência de uma verdadeira rede sistêmica de direitos humanos a configurar um único sistema de direitos humanos a circular com a operacionalização do diálogo transjudicial. No *Caso Atala Riffo e Niñas vs. Chile (2012)*<sup>916</sup>, a CIDH menciona o *Caso Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal (1999)*<sup>917</sup>,

---

<sup>915</sup>EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Šilih v. Slovenia*. (Application no. 71463/01). Strasbourg, 9 April 2009. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-92142%22%5D%7D>.

<sup>916</sup>CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf).

<sup>917</sup>Neste sentido, ainda cita os Casos: *L. e V. vs. Austria (2003)*, *S. L. vs. Austria (2002)* EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Chamber judgment L. and V. v. Austria & S.L. v. Austria*. 09.01.03. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22itemid%22:%5B%22003-673810-681021%22%5D%7D>}; *Kozek vs. Polonia* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Chamber judgment Kozak v Poland*. 02.03.2010. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22itemid%22:%5B%22003-3048698-3367858%22%5D%7D>}, *J. M. vs. Reino Unido* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of J.M. v. the United Kingdom*. (Application no. 37060/06). Strasbourg, 28 September 2010. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22dmdocnumber%22:%5B%22874587%22%5D%22itemid%22:%5B%22001-100711%22%5D%7D>}), *Alekseyev vs. Russia* EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Alekseyev v. Russia*. (Applications nos. 4916/07, 25924/08 and 14599/09). Strasbourg, 21 October 2010. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-101257%22%5D%7D>}).

mediante o qual o TEDH infere que a orientação sexual é um conceito protegido pelo art. 14 da Convenção europeia. No julgamento perfectibilizado pela Corte Americana de Direitos Humanos, tratava-se de três crianças retiradas de sua genitora (por ser homossexual) cuja decisão do Judiciário chileno foi considerada ofensiva ao direito à igualdade, à vida privada e familiar, consagrados na Convenção Interamericana de Direitos Humanos. A orientação sexual seria, no entender do TEDH, a partir do *Caso Clift vs. Reino Unido (2010)*, uma característica pessoal inata ou inerente ao indivíduo.

Este *Caso Atala Riffo e Nivãs vs. Chile (2012)* é invocado pelo TEDH, no *Caso Aldeguer Tomás vs. Espanha (2016)*<sup>918</sup>, que, por sua vez, promove visível diálogo transjudicial com o regime interamericano de proteção de direitos humanos.

Um outro exemplo que pode ilustrar o fenômeno do adicionamento diz respeito ao direito à liberdade de expressão. A Corte Europeia de Direitos Humanos inspirou-se, consoante já assinalado, no julgamento do *Caso Lingens vs. Austria (1986)*, no *Caso New York Times vs. Sullivan (1964)* da Suprema Corte norte-americana e terminou por influenciar o *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru (2001)*<sup>919</sup>, julgado pela Corte Interamericana e o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da RCL 15243-AgR/RJ<sup>920</sup>, como se existesse, em última análise, verdadeira rede sistêmica de comunicação de decisões em que uma interage e dialoga com a outra.

A incorporação circular de sentidos nada mais corresponde do que esse processo verdadeiramente dialógico em que o TEDH utiliza uma premissa decisória da CIDH e, em sucessivos julgamentos, este tribunal acaba por incorporar outras premissas decisórias daquela Corte Europeia, de modo que as interpretações formem novos

---

<sup>918</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Aldeguer Tomás v. Spain*. (Application no. 35214/09). Strasbourg, 14 June 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Aldeguer%20Tom%C3%A1s%20v.%20Espana%C3%B1a.pdf>.

<sup>919</sup>JURISPRUDÊNCIA da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Direito à liberdade de expressão*. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. p. 135. Brasília-DF: Ministério da Justiça. Comissão de Anistia. Secretaria Nacional de Justiça, 2014. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/6-direito-a-liberdade-de-expressao.pdf>.

<sup>920</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *Ag. Reg. na Medida Cautelar na Reclamação - RCL 15243/RJ*. Rel. Min. Celso de Mello, unânime, j. 18/11/2014, páginas 15 e 16 de 19 (inteiro teor do Acórdão). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7375422>.

sentidos em um típico movimento circular entre os tribunais dialogando em um contínuo processo de enriquecimento e aprendizado na proteção dos direitos humanos fundamentais.

No entanto, as cortes regionais de proteção de direitos humanos não se relacionam apenas entre si ou com os tribunais nacionais a elas vinculados por tratados ou convenções internacionais, mas também com outros órgãos judiciais internacionais e supranacionais.

#### **4.4. Diálogo entre cortes regionais de proteção de direitos humanos e os tribunais internacionais e supranacionais**

O diálogo transjudicial que se verifica entre as cortes regionais de proteção de direitos humanos e os tribunais internacionais também não deve passar despercebido, quando se trata da temática dos direitos humanos, sobretudo no campo criminal, com os Tribunais penais internacionais (TPI's).

Sergey Vasiliev destaca que, nas relações entre os tribunais penais internacionais e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, não haveria propriamente um diálogo nem uma mútua influência, pois, em geral, os tribunais internacionais de direitos humanos “exportam mais do que importam” em um diálogo transjudicial. A experiência, em seu sentir, testemunharia uma comunicação que se mostra essencialmente unidirecional, e não recíproca. Sustenta que a jurisprudência dos tribunais penais internacionais não teve uma influência crucial ou decisiva nos julgamentos exarados pelo TEDH<sup>921</sup>.

Sergey Vasiliev explica que a ausência de reciprocidade entre os tribunais internacionais criminais e o TEDH deve-se por diferenças no estilo judicial e na maior

---

<sup>921</sup>VASILIEV, Sergey. International criminal tribunals in the shadow of Strasbourg and politics of cross-fertilisation, cit., p. 375.

qualificação dos julgados em matéria de direitos humanos por parte da corte europeia<sup>922</sup>.

Contudo, a experiência prática tem caminhado em sentido contrário e revelado verdadeiras operações dialógicas e, portanto, efetivo diálogo transjudicial, entre os tribunais penais internacionais e as cortes regionais de proteção dos direitos humanos.

No *Caso Herzog e outros vs. Brasil (2018)*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos procura dialogar com a Corte Internacional de Justiça, mediante a incorporação da interpretação que reconhece a proibição da tortura como crime contra a humanidade e, pois, como norma que se amolda à figura do *ius cogens*<sup>923</sup>. Na mesma decisão, ainda incorpora como sentidos decisórios vários elementos característicos dos crimes contra a humanidade, decididos pelos Tribunais penais internacionais para a ex-Iugoslávia, para Ruanda<sup>924</sup> e para Serra Leoa<sup>925</sup>.

---

<sup>922</sup>VASILIEV, Sergey. International criminal tribunals in the shadow of Strasbourg and politics of cross-fertilisation, cit., p. 376-377.

<sup>923</sup>Caso Herzog e outros vs. Brasil (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. *Caso Herzog e outros vs. Brasil*. Sentença de 15 de março de 2018 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), cit., p. 48). A decisão dialoganda nesta hipótese de conversação judicial foi a Sentença de 20 de julho de 2012, proferida pela Corte Internacional de Justiça, no Caso Bélgica vs. Senegal. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*. Julgamento de 20 jul. 2012. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/144>.

<sup>924</sup>Leila Sadat aprofunda como o Tribunal Penal Internacional para a Ruanda valeu-se do diálogo transjudicial para reconhecer a existência de genocídio naquele país (SADAT, Leila. Transjudicial dialogue and the rwandan genocide: aspects of antagonism and complementary. *Leiden Journal of International Law*, v. 22, p. 543-562, 2009).

<sup>925</sup>A CIDH assim se pronunciou, nesse processo dialógico: “225. No caso *Dusko Tadic*, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (doravante denominado ‘TPII’) considerou como elementos dos crimes contra a humanidade: i) que se trate de atos dirigidos contra a população civil; ii) que se trate de atos que ocorram de forma sistemática ou generalizada; iii) que se trate de atos com um propósito discriminatório ou fundados em motivos discriminatórios; iv) que esses atos respondam a uma política do Estado ou de organizações; e v) que aquele que o comete tenha conhecimento do contexto sistemático ou generalizado em que o ato ocorre. Além disso, e conforme a competência atribuída ao TPII por seu Estatuto, esses atos deviam ser cometidos em um conflito armado. 226. Por outro lado, o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (doravante denominado ‘TPIR’) estabeleceu, na sentença do Caso Akayesu, que a categoria de crimes contra a humanidade poderia ser identificada com quatro elementos: i) o ato deve ser desumano em sua natureza e caráter, causando grande sofrimento ou lesões graves ao corpo ou à saúde mental ou física; ii) o ato deve ser cometido como parte de um ataque extenso ou sistemático; iii) o ato deve ser cometido contra membros da população civil; iv) o ato deve ser cometido por um ou mais motivos discriminatórios, a saber, motivos nacionais, políticos, étnicos, raciais ou religiosos. 227. Na sentença do Caso Alex Tamba Brima, Brima



Por outro lado, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia incorporou, ao longo dos julgamentos dos *Casos Furundzija, Blagojević e Čelebići*<sup>926</sup>, o conceito de tortura num processo de adição de sentidos, que havia sido construído pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos em *Ireland vs. Reino Unido (1978)* e em outros, como um tratamento deliberadamente desumano que cause sofrimento grave (particular intensidade) e cruel (crueldade) e que, além desse critério, deveria ser comprovado o elemento intencional, a partir do que decidiu o *Caso Egmez vs. Chipre (2000)*.

A fertilização cruzada do TEDH para o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, para Elena Maculan, acarretou as seguintes consequências: a) o gradual abandono do requisito do agente público, para configurar a tortura; b) a distinção entre a tortura e o tratamento desumano e, por conseguinte, a vedação do *bis in idem*; c) a fixação de um grau de maior intensidade para caracterizar o crime de tortura; e d) o reconhecimento do estupro como ato de tortura, quando infligido por membros das forças armadas ou de segurança<sup>927</sup>.

Sem falar que, na ótica de Maculan, a ampla utilização feita pelos TPI's da jurisprudência europeia, ao lidar com a ofensa de tortura, desempenha uma função tríplice. Antes de tudo, a jurisprudência de outros órgãos judiciais, tais como os tribunais de proteção dos direitos humanos, desempenha uma função suplementar na

---

Bazzy Kamara e Santigie Borbor Kanu, o Tribunal Especial para Serra Leoa (doravante denominado 'TESL') afirmou que os elementos do crime contra a humanidade são: i) a existência de um ataque; ii) o ataque deve ser generalizado ou sistemático; iii) o ataque deve ser dirigido contra a população civil; iv) os atos daqueles que os cometem devem ser parte do ataque; e v) aquele que o comete deve saber que seus atos constituem parte de um ataque generalizado ou sistemático dirigido contra a população civil." (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. *Caso Herzog e outros vs. Brasil*. Sentença de 15 de março de 2018 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), cit., p. 50-51).

<sup>926</sup>UNITED NATIONS. International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. *Prosecutor v. Anto Furundzija*. Judgement of 10 December 1998. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>; UNITED NATIONS. International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. *Blagojević et al. (IT-02-53)*. Disponível em: [http://www.icty.org/case/blagojevic\\_53/4](http://www.icty.org/case/blagojevic_53/4); UNITED NATIONS. International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. *Sentencing judgement in the "Celebici Case"*. Disponível em: <http://www.icty.org/en/press/sentencing-judgement-celebici-case>

<sup>927</sup>MACULAN, Elena. Judicial definition of torture as a paradigm of cross-fertilisation: combining harmonisation and expansion. *Nordic Journal of International Law*, Leiden, v. 84, n. 3, p. 472-473, July 2015.

definição dos crimes não capitulados nos estatutos dos tribunais *ad hoc*. Em segundo lugar, a jurisprudência sobre direitos humanos tem importância fundamental na resolução de questões referentes à aplicação do direito penal, como, por exemplo, a determinação do limite de gravidade na definição de tortura. Em terceiro lugar, a incorporação dos sentidos propicia a legitimidade das conclusões feitas pela própria corte criminal<sup>928</sup>.

O que de mais interessante se observa nesse processo dialógico é, precisamente, a formação de uma rede dialógica como uma espécie de teia que liga a CIDH e o TEDH, tendo como elemento de interseção o Tribunal Penal Internacional da ex-Iugoslávia. A Corte Interamericana incorpora sentidos a respeito de tortura a partir de precedentes do Tribunal Penal que, por sua vez, já os tinha incorporado do Tribunal Europeu. O diálogo transjudicial, nessa situação, é um voo de interpretações com escalas em continentes que fazem parte de regimes jurídicos diversos, porém termina por formar um mesmo sistema de proteção de direitos humanos.

Julia Geneuss destaca um aspecto interessante e provavelmente pouco meditado nesse processo de reinterpretação e aplicação contextual dos direitos humanos no diálogo transjudicial realizado entre os Tribunais Penais Internacionais e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Alerta Geneuss para o risco de redução do nível protetivo proporcionado pelos direitos humanos, que se destinam predominantemente aos acusados de alguma imputação criminal. Se, de um lado, os direitos humanos no processo penal volta-se a tutelar o acusado da prática criminosa, exercendo um papel defensivo, de outro, é nítido um crescente movimento que atribui uma vocação ofensiva a esses direitos, colocando o direito penal como forte mecanismo de sua concretização<sup>929</sup>.

O diálogo transjudicial, na modalidade horizontal, também ocorre entre o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e o Tribunal de Justiça da União Europeia.

---

<sup>928</sup>MACULAN, Elena. Judicial definition of torture as a paradigm of cross-fertilisation: combining harmonisation and expansion, cit., p. 476-477.

<sup>929</sup>GENEUSS, Julia. Obstacles to cross-fertilisation: the international criminal tribunals' 'unique context' and the flexibility of the European Court of Human Rights' Case Law. *Nordic Journal of International Law*, Leiden, v. 84, n. 3, p. 410-411, July 2015.

Uma discussão que sempre alimentou controvérsias no ambiente jurisdicional europeu foi a permissão de utilização de véu islâmico no local de trabalho (ou outros símbolos religiosos). o TJUE, ao enfrentar o *Caso Samira Achbita vs. Bélgica (2017)*<sup>930</sup>, analisou a utilização do véu islâmico no local de trabalho à luz da Directiva 2000/78/EC (estabelece um quadro geral para a igualdade de tratamento no emprego e na ocupação), fazendo referência ao *Caso Eweida vs. Reino Unido (2013)* decidido pelo TEDH. Este caso tratou de uma trabalhadora, despedida de uma empresa que proporcionava serviços de recepção e atendimento a clientes do setor público e privado, que comunicou após três anos que iria começar a usar um véu islâmico durante o horário de trabalho. A empresa não autorizou o uso do véu, com base na sua política de neutralidade e, diante da insistência da trabalhadora, veio a ser despedida do emprego. O TJUE chancelou a posição dos tribunais belgas, por entender que constitui objetivo legítimo a vontade do empregador em manter uma política de neutralidade religiosa, sobretudo quando se trata de trabalhadores que mantêm contato direto com clientes, públicos ou privados.

José Martín Y Péres de Nanclares conta que o diálogo transjudicial ocorrido entre o TEDH e o TJUE passou por duas fases, uma anterior ao Tratado de Lisboa (Tratado para o Funcionamento da União Europeia) e outra, pós-tratado. Isso porque, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a Carta de Direitos Fundamentais da União constituiu-se em novo diploma normativo com caráter vinculante (art. 6.1 do Tratado da União Europeia<sup>931</sup>) a exigir do Tribunal de Justiça a sua inexorável

---

<sup>930</sup>TJUE, *Caso Samira Achbita (C-157/15)*, julgado em 14 de março de 2017. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA – TJUE. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção). 14 de março de 2017. *TJUE/CJEU 14-03-2017: Samira Achbita (C-157/15) and Asma Bougnooui (C-188/15) cases*. Disponível em: [http://curia.europa.eu/juris/document/document\\_print.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=188853&occ=first&dir=&cid=713047](http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=188853&occ=first&dir=&cid=713047).

<sup>931</sup>O art. 6.1 do Tratado para o funcionamento da União Europeia ostenta a seguinte redação: “1. A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados. De forma alguma o disposto na Carta pode alargar as competências da União, tal como definidas nos Tratados. Os direitos, as liberdades e os princípios consagrados na Carta devem ser interpretados de acordo com as disposições gerais constantes do Título VII da Carta que regem a sua interpretação e aplicação e tendo na devida conta as anotações a que a Carta faz referência, que indicam as fontes dessas disposições.”

aplicação, agravada por sua natural assimetria com o texto normativo da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Antes de referido tratado, o TJUE tinha mais liberdade interpretativa e, portanto, realizava abundante conversação judicial com o TEDH, em especial incorporando os sentidos de seus precedentes, ao passo que, após, teve que ficar mais limitado às potencialidades do texto da Carta de Direitos Fundamentais<sup>932</sup>.

O que se vê dessa relação que conecta os Tribunais Penais Internacionais, a Corte Europeia de Direitos Humanos e o Tribunal de Justiça da União Europeia é que todos esses juízes e tribunais, nacionais, regionais, supranacionais e internacionais, fazem parte, na expressão de Silvia Fernández Gurmendi, de um único sistema de justiça global<sup>933</sup>. Na hipótese dos direitos dos homens, um único sistema de proteção dos direitos humanos fundamentais em todo o globo terrestre.

#### **4.5. Diálogo entre cortes regionais de proteção direitos humanos e tribunais nacionais vinculados à mesma convenção supranacional**

Imperioso, nessa dimensão dialógica, desvendar que impacto a jurisdição supranacional e regional interfere na construção dos direitos fundamentais nas ordens jurídicas internas dos países signatários de tratados e convenções regionais de direitos humanos. E também o inverso. De que maneira as decisões internas influenciam as internacionais. A internacionalização ou a globalização do direito decorre do diálogo

---

<sup>932</sup>MARTÍN Y PERES DE NANCLARES, José. El TJUE como actor de la Constitucionalidad en el espacio jurídico europeo: la importancia del diálogo judicial leal con los tribunales constitucionales y con el TEDH, cit., p. 253-254 e 258-259.

<sup>933</sup>Declarou a então Presidente do Tribunal Penal Internacional, por ocasião da abertura do Ano Judiciário de 2017 no Tribunal Europeu de Direitos Humanos (Solemn hearing for the opening of the Judicial Year), que: “Together, we are all participants in a system of global justice, and one which seeks to protect the most precious values of our societies.” (SPEECH by Judge Silvia Fernández de Gurmendi President of the International Criminal Court. Complementarities and convergences between international criminal justice and human rights law. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Speech\\_20170127\\_Fernandez\\_de\\_Gurmendi\\_JY\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20170127_Fernandez_de_Gurmendi_JY_ENG.pdf). Acesso em: 10 jul. 2019).

ou este é fruto daquela globalização? Em outras palavras, qual a relação existente entre o diálogo e o processo de internacionalização ou de globalização do direito?

Não é difícil compreender que o exame dos direitos humanos envolve sempre outros interesses, como, por exemplo, o famoso caso de acesso aos medicamentos apreciado pela Organização Mundial do Comércio (OMC), em que se viu desafiado com o duelo entre o direito humano de acesso a medicamentos pelos países em desenvolvimento e o direito de propriedade intelectual assegurada pela patente dos medicamentos<sup>934</sup>.

Além do mais, é certo que os tribunais regionais de direitos humanos desfrutam, como se sabe, de primazia na interpretação das convenções regionais de direitos humanos, ao passo que os tribunais nacionais gozam de prevalência na interpretação de seus textos constitucionais. Não necessariamente em dar a última palavra, já que a Corte regional pode reinterpretar o texto nacional e o Tribunal nacional conferir nova interpretação à convenção.

Neste ponto, surge instigante questionamento a respeito da extensão do diálogo transjudicial entre tribunais nacionais e as cortes regionais de proteção dos direitos humanos. Isso porque, além de se ampararem em textos normativos diversos (Constituições nacionais, de um lado, e convenções ou tratados de direitos humanos, do outro), há ainda um outro complicador a enfrentar. Enquanto as normas de direitos humanos cuidam, até por sua fidelidade temática de regular exclusivamente direitos dos indivíduos nas mais variadas esferas da vida social, as Constituições internas tratam de inúmeros aspectos que não apenas os direitos fundamentais, tais como a organização do Estado e dos Poderes estatais, competências de órgãos, além de outros interesses de conteúdo público e coletivo, à semelhança do que se observa nas

---

<sup>934</sup>Cfr Acordo do TRIPS (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) e a emenda que entrou em vigor no dia 23 de janeiro de 2017, possibilitando que medicamentos genéricos de baixo custo possam “ser produzidos e exportados sob licença compulsória quando o objetivo for atender às necessidades de países que não podem fabricar os próprios produtos” (EMENDA de TRIPs permite licença compulsória para exportar medicamentos. *INPI Notícias*, 16 fev. 2017. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/noticias/emenda-de-trips-permite-licenca-compulsoria-para-exportar-medicamentos>. Acesso em: 09 jul. 2019).

constituições de perfil analítico, como a brasileira e a portuguesa, apenas para citar algumas.

Ran Hirschl complementa que o direito constitucional nacional compreende também a análise da questão política dos Estados, incorporando complexidades da ciência política na interpretação constitucional<sup>935</sup>. Note-se, de fato, que as constituições nacionais não apenas contemplam direitos fundamentais, mas também outros direitos e interesses extremamente relevantes, ligados ou não a interesses públicos ou coletivos.

Nesta linha de raciocínio, seria de indagar se o diálogo entre os tribunais nacionais e internacionais poderia afastar, em alguns casos, a aplicação dos direitos humanos. Ao que parece, não. A doutrina do diálogo nos direitos humanos fundamentais busca aperfeiçoar, através do constante aprendizado e da comunicação circular de decisões judiciais, o sistema de proteção dos direitos do homem, sem descurar das particularidades históricas, culturais, políticas, econômicas, antropológicas e sociais de cada Estado-nação.

Andrea Pisaneschi considera a teoria do diálogo entre cortes o modelo de relação entre o direito constitucional e o direito supranacional, baseado na ponderação de direitos e valores que, segundo entende, não coincidem quando se compara a Convenção Europeia de Direitos Humanos e a Constituição italiana<sup>936</sup>. Para ele, o diálogo entre cortes serve para legitimar a decisão da corte constitucional que dá a última palavra no sopesamento de direitos e valores de modo a tutelar os direitos fundamentais e a identidade da Constituição nacional<sup>937</sup>.

Não há dúvida de que o objeto da Constituição nacional é bem mais amplo do que as convenções de direitos humanos, que se limitam, em princípio, somente a uma espécie de “*Bill of Rights*”. Isso significa que juízes e tribunais nacionais dispõem de muito mais bens, valores ou interesses jurídicos a tutelar do que as Cortes de proteção de direitos humanos.

---

<sup>935</sup>HIRSCHL, Ran. *Comparative matters: the renaissance of comparative constitutional law*, cit., p. 176.

<sup>936</sup>PISANESCHI, Andrea. *Costituzione e diritto internazionale. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, n. 3, p. 804, 2016.

<sup>937</sup>Id. *Ibid.*, p. 809.

No entanto, essa questão não é difícil de resolver. E isso por um motivo muito simples. Os tribunais supranacionais de direitos humanos não enfrentam unicamente, em suas decisões, razões apoiadas em normas de direitos humanos, mas também argumentos que veiculam interesses ou direitos que se contrapõem, tal como se debruça o Tribunal doméstico. Como as reclamações que chegam às cortes de direitos humanos dizem respeito a lesões ou violações supostamente praticadas pelo Estado ou por outros particulares, não haveria, como efetivamente não há, risco de fundamentação deficiente ou afetada pelo âmbito de apreciação restrito das convenções ou tratados.

Não parece que a solução mais adequada à hipótese seja justamente a ponderação de valores e bens constitucionais supostamente em rota de colisão. A tensão, eventualmente existente, deve ser resolvida através do manejo da operação própria do diálogo transjudicial.

O diálogo transjudicial, aliás, não se equipara à ponderação de princípios e valores. O sopesamento implica, em essência, o exame do subcritério da proporcionalidade em sentido estrito (um dos três critérios do postulado da proporcionalidade)<sup>938</sup>. Se for se valer da técnica do sopesamento à luz do magistério de Robert Alexy, *verbi gratia*, seria certamente adotada a famosa teoria da “Fórmula de Peso”. Na “*Fórmula de Peso*”, são analisados três fatores de aplicação: a) O peso ou importância abstrata do direito fundamental em jogo; b) O grau de interferência que um

---

<sup>938</sup>Jorge Reis Novais, contudo, discorda da conexão alexyana entre ponderação e a proporcionalidade em sentido estrito, alegando que “uma coisa é ponderar, isto é, na imagem recorrente da balança, pesar os bens, princípios, valores ou direitos que se colocam num ou no outro prato, e dar prevalência a um ou a outro consoante o maior e menor peso revelados. Porém, aqui, como se disse, dado o subjectivismo da ponderação e a facilidade com que com que um ou outro resultado pode ser fundamentado, pouco ou nada se avança em termos de racionalização e objectivização do procedimento do controlo. (...) Outra coisa, diferente, e potencialmente bem mais produtiva é a proporcionalidade, ou o controlo de proporcionalidade (mais rigorosamente, de proibição de excesso). Aqui já não é a ponderação entre bens que está em análise – essa já foi feita naquela primeira fase -, mas antes a medida restritiva que foi concretamente adoptada no seguimento daquela ponderação e, mais precisamente, o controlo de proporcionalidade dessa medida restritiva. E, neste controlo de proporcionalidade aquilo que se avalia, que se compara ou põe em relação, são os sacrifícios (custos) impostos ao direito fundamental contrapostos aos benefícios (vantagens) produzidos na obtenção do fim visado com a restrição” (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito Democrático*, cit., p. 126-128).

direito causa no outro; e c) As evidências empíricas que apoiam as afirmações ou conclusão em favor de cada um dos direitos que se acham em posição de colisão<sup>939</sup>.

Nada disso, contudo, é trazido à baila no diálogo transjudicial. Ao diálogo importa construir sentidos que se sucedem, excluem ou alargam em decisões uma após a outra. Esta sequência de decisões em que uma se interliga com a outra converge a uma teoria do sistema jurídico único dos direitos humanos fundamentais, arquitetado pela comunicação que não respeita fronteiras.

Jeremy Waldron, a propósito, identifica, no sistema de proteção dos direitos humanos, certa tendência à harmonização de interpretações e entendimentos entre os tribunais e que esse entendimento comum, na verdade, repercute na plena realização e consolidação nos próprios direitos humanos, o que faz com que o dote de consistência, sobretudo porque se fundam em idênticos princípios universais<sup>940</sup>.

Dentro do âmbito da própria convenção protetiva de direitos humanos, afirma Maurício Ramires que os tribunais internacionais mais exportam do que importam

---

<sup>939</sup>ALEXYS, Robert. *Theorie der Grundrechte*. (Suhrkamp taschenbuch wissenschaft). Berlin: Suhrkamp, 1994. A “Fórmula de Peso” está esquadrinhada no Posfácio da obra também de sua autoria na versão em inglês, que fora editada posteriormente às ácidas críticas de Jürgen Habermas e Ernst Wolfgang Böckenförde: HABERMAS, Jürgen; BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *A theory of constitutional rights*. Trad. Julian Rivers. Oxford: University Press, 2004.

<sup>940</sup>WALDRON, Jeremy. Treating like cases alike in the world: the theoretical basis of the demand for legal unity, cit., p. 106. Para demonstrar a necessidade de consistência obtida mediante decisões idênticas no sistema de proteção dos direitos humanos, Waldron lança mão de um exemplo que pode ilustrar a problemática envolvida: “Imagine a large refugee camp after a famine or humanitarian emergency, where – as often happens – several different aid agencies, i.e., several different non-governmental organisations (NGOS), are working side by side with the same large population, in the same camp. Suppose one of these organisations becomes aware that the provision that it is offering the refugees is radically different – say in quantity and quality – from the provision that the other aid agencies are offering to members of the same population. Oxfam is giving two meals a day to the people in the North part of the camp and other agencies are giving one meal a day to people in the southern sector, even though the people in the North are no more needy and no more deserving than the people in the south of the camp. And everyone can see what is going on. It seems to me that Oxfam, indeed all the organisations, would have to acknowledge that there is a problem here – a problem that doesn’t evaporate when you say that no single institution is treating anyone inconsistently. The people in the south are likely to be distressed by this disparate treatment; they are likely to complain that their treatment is unfair; they may demand that like cases should be treated alike; and that demand does not *presuppose* a single agency responsible for all the treatment, although – and this is important – the complaint about unfairness may become the basis for a *demand* that the various agencies should start to behave as a unit” (Id. Ibid., p. 109-110).



entendimentos jurisprudenciais, porquanto os precedentes por eles produzidos formam uma espécie de “*denominador comum*” a ser seguido pelas cortes nacionais<sup>1</sup>. Porém, como já enfrentado anteriormente, essa mera exportação de julgados aos tribunais nacionais pelas cortes regionais de direitos humanos não configura, verdadeiramente, um diálogo transjudicial, já que pode sinalizar algum resquício de prevalência do esquema hierárquico da estrutura aplicativa dos direitos humanos fundamentais.

Giuseppe De Vergottini, de outra banda, considera que, em matéria de direitos humanos, os efeitos das decisões dos tribunais internacionais repercutem diretamente (*Effetto diretto*) nos tribunais estatais e internos dos Estados membros<sup>941</sup>. No âmbito da União Europeia, esse liame dá-se frequentemente por intermédio da figura do reenvio prejudicial manejado pelo juiz nacional para o Tribunal de Justiça da União Europeia, estampado no art. 267 do Tratado de Funcionamento da União Europeia – TFUE (Tratado de Lisboa)<sup>942</sup>.

Boštjan Zalar entende que esse art. 267 do TFUE, quando se refere às hipóteses de submissão do reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia para obter a adequada interpretação de tratados e dos atos adotados pelas instituições, órgãos e organismos da União, em verdade, estabelece vertical, direta e formal modalidade de diálogo transjudicial entre os tribunais nacionais e aquela corte<sup>943</sup>. Entretanto, pondera Zalar que os tribunais nacionais mais importantes não são suficientemente encorajados a promover o reenvio prejudicial ao TJUE, já que este tribunal não os convida a se pronunciar sobre as questões jurídicas em debate antes do encaminhamento, para efetivamente promover um autêntico diálogo transjudicial<sup>944</sup>.

Em que pese se afigurar instituto que poderia se assemelhar à operação do diálogo transjudicial, o reenvio prejudicial, em verdade, refere-se, em última análise, a um processo de consulta ao Tribunal de Justiça a respeito da interpretação de tratados e

---

<sup>941</sup>DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le corti*, cit., p. 54.

<sup>942</sup>Id. Ibid., p. 56.

<sup>943</sup>ZALAR, Boštjan. Basic values, judicial dialogues and the rule of law in the light of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: judges playing by the rules of the game. ERA Forum. New York: Springer, 2013. p. 329.

<sup>944</sup>Id. Ibid., p. 330.

atos da União Europeia, e não à troca de referências ou citações a precedentes ou razões argumentativas entre cortes. Daí não se constituir no processo dialógico preconizado neste trabalho, em especial porque somente se aplica no universo europeu.

O diálogo transjudicial entre as cortes regionais de proteção dos direitos humanos e os tribunais nacionais vinculados às suas respectivas convenções internacionais e, portanto, sob a ótica vertical, ocorre de maneira intensa no regime europeu e com crescente frequência no americano. Já, no regime africano, das poucas decisões de mérito proferidas até agora pelo TADH, não se observa a prática dialógica com tribunais nacionais a ele vinculados (e as com quem conversa, não ostenta relevância meritória). Muito possivelmente isso se verifica em razão da necessidade de o TADH estabelecer uma ruptura com a ordem jurídico-constitucional reinante nos Estados africanos, preferindo, consoante já visto, conversar com outras cortes regionais (diálogo horizontal) e outros organismos de proteção de direitos humanos.

Flávia Piovesan, ao tratar do regime africano, expõe a fragilidade da proteção dos direitos humanos no âmbito doméstico dos Estados africanos que o integram, notadamente se considerar o alto grau de heterogeneidade de suas culturas e tradições, elevada conflituosidade interna e marcas indelévels de pobreza, de desigualdade e de exclusão social de parcela significativa da população<sup>945</sup>.

No Brasil, embora tímida ou quase inexistente a referência a julgados da CIDH no passado, o STF começou a intensificar nos últimos anos esse diálogo transjudicial, contribuindo para a concreção dos direitos humanos fundamentais no plano interno. De outra banda, a possível necessidade de ruptura do TADH com o direito interno produzido pelos Estados africanos não acontece no regime americano, onde se tem observado intenso diálogo do CIDH com os tribunais nacionais americanos.

---

<sup>945</sup>PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*, cit., p. 258-259.

#### 4.5.1. Regime americano

A rede sistêmica de proteção de direitos humanos não se opera apenas na dimensão horizontal, mas também vertical. Isso aconteceu no *Caso Anzualdo Castro vs. Peru (2009)*, analisado pela CIDH. O Tribunal interamericano, ao se referir ao desaparecimento forçado de pessoas, apontou os *Casos Kurt vs. Turquia (1998)*, *Cakici v. Turquia (1999)*, *Ertak vs. Turquia (2000)*, *Timurtas vs. Turquia (2000)*, *Tas vs. Turquia (2000)* e *Cyprus vs. Turquia (2001)* e, da mesma forma, mencionou sentenças proferidas por tribunais supremos da América vinculados ao Regime Interamericano de Proteção de Direitos Humanos<sup>946</sup>.

No *Caso Herzog e outros vs. Brasil (2018)*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos conversou com os tribunais nacionais da Argentina<sup>947</sup>, da Colômbia<sup>948</sup>, do

---

<sup>946</sup>“Caso Marco Antonio Monasterios Pérez, Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, sentencia de 10 de agosto de 2007 (declarando la naturaleza pluriofensiva y permanente del delito de desaparición forzada); Caso Jesús Piedra Ibarra, Suprema Corte de Justicia de México, sentencia de 5 de noviembre de 2003 (afirmando que las desapariciones forzadas son delitos continuados y que la prescripción se debe comenzar a calcular a partir de que se encuentren los restos); Caso Caravana, Sala Penal de la Corte Suprema de Chile, sentencia de 20 de julio de 1999; Caso de desafuero de Pinochet, Pleno de la Corte Suprema de Chile, sentencia de 8 de agosto del 2000; Caso Sandoval, Corte de Apelaciones de Santiago de Chile, sentencia de 4 de enero del 2004 (todos declarando que el delito de desaparición forzada es continuo, de lesa humanidad, imprescriptible y no amnistiable); Caso Vitela y otros, Cámara Federal de Apelaciones de lo Criminal y Correccional de Argentina, sentencia de 9 de septiembre de 1999 (declarando que las desapariciones forzadas son delitos continuos y de lesa humanidad); Caso José Carlos Trujillo, Tribunal Constitucional de Bolivia, sentencia de 12 de noviembre del 2001 (en el mismo sentido); Caso Castillo Páez, Tribunal Constitucional del Perú, sentencia de 18 de marzo de 2004 (declarando, a razón de lo ordenado por la Corte Interamericana en el mismo caso, que la desaparición forzada es un delito permanente hasta tanto se establezca el paradero de la víctima); Caso Juan Carlos Blanco y Caso Gavasso y otros, Corte Suprema de Uruguay, sentencia de 18 de octubre de 2002 y sentencia de 17 de abril del 2002, respectivamente (en igual sentido).” (Trecho extraído de nota de rodapé nº 66 da Sentença da CIDH no *Caso Anzualdo Castro vs. Peru (2009)*). CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú Sentencia de 22 de septiembre de 2009* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_202\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_202_esp.pdf).

<sup>947</sup>Tribunal Oral Criminal Federal (La Plata), Caso “Circuito Camps” e outros (Processo nº 2251/2006), sentença de 26 de setembro de 2006. ARGENTINA. Poder Judicial de la Nación. Tribunal Oral en lo Criminal Federal de la Plata NRO. 1. [Disponível em: <http://www.hijos-capital.org.ar/wp-content/uploads/2017/12/doc-21498.pdf>].

<sup>948</sup>BOGOTÁ. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Justicia y Paz, 1 de diciembre de 2011. *Postulados: José Rubén Peña Tobón, Wilmer Morelo Castro y Jose Manuel Hernández Calderas*. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/PoderCiudadanoColombia/tribunal-superior-del-districto-judicial-de-bogot-sala-de-justicia-y-paz-sentencia-jose-ruben-pena-y-wilmer-morelo-jose>.

Peru<sup>949</sup>, do Chile<sup>950</sup> e da Guatemala<sup>951</sup>, incorporando a ideia no sentido de que configura crime contra a humanidade um ataque sistemático e generalizado contra a população civil ou um grupo determinado de civis, orquestrado por uma política estatal coordenada para alcançar tal fim. E, no próprio julgado, a CIDH menciona a incorporação por parte dos tribunais nacionais do seu entendimento a respeito da impossibilidade de concessão de anistias a quem perpetrou violações graves aos direitos humanos<sup>952</sup>.

No caso brasileiro, o exemplo mais claro de pura e simples incorporação de sentido realizada pelo Supremo Tribunal Federal ocorreu no julgamento do RE 511.961/SP, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, e não com um tribunal estrangeiro, mas sim a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Discutia-se a exigência de diploma de curso superior, para o exercício da profissão de jornalista. Entendeu a Corte que, com alicerce na Decisão Consultiva DC-5/85, de 13 de novembro de 1985, a obrigatoriedade de diplomação em curso superior universitário ofende o art. 13 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, ao atentar contra a liberdade de expressão em sentido amplo nela preconizado<sup>953</sup>.

---

<sup>949</sup>Corte Suprema de Justiça da República do Peru, Caso Alberto Fujimori, sentença de 7 de abril de 2009. PERU. Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Especial. *Exp. N° A.V. 19-2001*. Lima, 7 de abril de 2009. Disponível em: <http://rlajt.com/wordpress/wp-content/uploads/2017/06/Corte-Suprema-de-Justicia-de-la-Republica.pdf>.

<sup>950</sup>Corte Suprema do Chile. Caso de Homicídio de Carlos Prats e Sofia Cuthbert, sentença de 8 de julho de 2010. CHILE. Corte Suprema de Justicia. Poder Judicial. *Caso de homicidio de Carlos Prats y Sofia Cuthbert*. Sentencia de 8 de julio de 2010. <http://www.derechos.org/nizkor/chile/doc/prats2.html>.

<sup>951</sup>Corte de Constitucionalidade da Guatemala. Mandado de segurança, expediente 3340-2013, Sentença de 18 de dezembro de 2014. GUATEMALA. Corte de Constitucionalidad. *Expediente 3340-2013*. Apelación de Sentencia de Amparo. 18-12-2014. Disponível em: [138.94.255.164/Sentencias/834028.3340-2013.pdf](http://138.94.255.164/Sentencias/834028.3340-2013.pdf).

<sup>952</sup>A CIDH, no item 286 da Sentença de 15 de março de 2018, faz tal referência nos seguintes termos: “Do mesmo modo, diversos Estados membros da Organização dos Estados Americanos, por meio de seus mais altos tribunais de justiça, incorporaram as normas mencionadas, observando de boa-fé suas obrigações internacionais. A Corte recorda o já mencionado em outras sentenças a respeito de decisões da Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina; da Corte Suprema de Justiça do Chile; do Tribunal Constitucional do Peru; da Suprema Corte de Justiça do Uruguai; da Corte Suprema de Justiça de Honduras; da Sala do Constitucional da Corte Suprema de Justiça de El Salvador e da Corte Constitucional e da Corte Suprema de Justiça da Colombia.” (p. 73).

<sup>953</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *Recurso Extraordinário - RE 511.961/SP, São Paulo*. Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17/06/2009, DJe 13/11/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>.

No universo americano, narra Vergottini o impacto que a decisão da Corte Interamericana, proferida em março de 2001 no *Caso Barrios Altos vs. Peru*<sup>954</sup> relativamente à insubsistência de leis de anistia em confronto com a Convenção de Direitos Humanos, provocou na ordem jurídica peruana levando a publicação em diário oficial de diretiva do Procurador Geral do Ministério Público da Nação, no qual postula a execução imediata da sentença supranacional em todos os casos que aplicaram a norma legal exonerativa da responsabilidade para membros das forças militares, policiais e civis<sup>955</sup>.

Outro caso de efetiva incorporação de sentido por parte de um tribunal integrante do regime americano de proteção de direitos humanos foi o famoso Caso Molco, julgado pela Suprema Corte de Justiça do Chile, que expressamente menciona nos itens 20º e 26º da sentença os *Casos Barrios Altos vs. Peru (2001) e Almonacid Arellano e outros vs. Chile (1973)*, para sacramentar a impossibilidade de reconhecer a anistia em benefícios de responsáveis por graves violações a direitos humanos<sup>956</sup>.

O diálogo vertical no regime americano operacionaliza-se tanto da CIDH com os juízes e tribunais nacionais como destes com relação àquela corte regional de

---

<sup>954</sup>INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Barrios Altos v. Peru*. Judgment of March 14, 2001 (Merits). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_75\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_ing.pdf).

<sup>955</sup>DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le corti*, cit., p. 89-90.

<sup>956</sup>Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile (Rol nº 559-04), de 13 de dezembro de 2006. Trecho do item 20º da sentença: “20º. Que similar punto de vista había sido sustentado con anterioridad por la propia Corte Interamericana en el ‘Caso Barrios Altos’, al puntualizar que ‘son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos’ (sentencia de 14.03.2001, Serie C, Nº 75, pár. 41)”. Trecho do item 26º da sentença: “26º. Que, como lo ha resuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil, bastando ‘un solo acto cometido por un perpetrador’ en tal contexto, sin que sea necesario que éste cometa ‘numerosas ofensas para ser considerado responsable’. La prohibición de cometer estos crímenes ‘es una norma de ius cogens, y la penalización de estos crímenes es obligatoria, conforme al derecho internacional general’ (consids. 96 y 99 de ‘Almonacid Arellano y otros versus Chile’, cit.)”. CHILE. Corte Suprema de Justicia. Poder Judicial. *Caso Molco de Choshuenco (Paulino Flores Rivas y otros)* – Rol No. 559-04, Corte Suprema, Sala Penal, 13 de diciembre de 2006. Disponível em: <http://www.redalyc.org/pdf/820/82050119.pdf>.

proteção, não havendo qualquer dúvida da existência de um sistema que troca sentidos e elementos de interpretação entre decisões dialogadas.

#### 4.5.2. Regime europeu

Ocorre efetivamente diálogo, como já esposado, quando uma corte analisa em seu julgamento os argumentos do tribunal com quem dialoga, levando em consideração as razões, as concepções e as premissas utilizadas pelo órgão julgador. Motoc informa, por sua vez, que o TEDH tem assim procedido com a Romênia, citando casos em que isso aconteceu. No *Caso Ionel Panfile vs. Romênia (2012)*, o Tribunal, praticamente, transcreve entre os parágrafos 21 a 28 de sua decisão vários trechos da sentença exarada pela Corte Constitucional romena, para assentar o entendimento de que a proibição de acumulação de proventos de aposentadoria ou pensão até determinada quantia não ofende os princípios da isonomia e do direito de propriedade<sup>957</sup>.

Merece registro a primeira decisão proferida pelo Tribunal Constitucional da Romênia que, ao interpretar a Constituição da Romênia de 1991, alterada pela Reforma constitucional de 2003 para se adaptar às exigências de seu ingresso na União europeia, fez referência aos *Casos Dudgeon vs. Reino Unido (1981)*, *Norris vs. Irlanda (1988)* e *Modinos vs. Chipre (1993)*, julgados pelo TEDH. A Corte constitucional, apoiada nos arts. 20.1 e 20.2 da Constituição<sup>958</sup>, removeu a inconsistência entre o texto do art. 200(1) do Código Criminal da Romênia, que criminalizava a relação homoafetiva de

---

<sup>957</sup>MOTOC, Iulia. Dialogue between Courts: the case of Romania, cit., p. 455. Para ver idênticas referências feitas pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos aos fundamentos da Corte Constitucional da Romênia, convém analisar o *Caso Sindicatul Pastorul cel Bun vs. Romênia (2013)*. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Sindicatul "Păstorul Cel Bun" v. Romania*. (Application no. 2330/09). Strasbourg, 9 July 2013. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-122763%22%5D%7D>};

<sup>958</sup>Tradução livre do autor: “(1) As disposições constitucionais relativas aos direitos e às liberdades dos cidadãos se interpretarão e aplicarão em conformidade com a Declaração Internacional dos Direitos Humanos, os convênios e os demais tratados dos quais a Romênia é parte. (2) Se existem discordâncias entre os convênios e tratados relativos aos direitos fundamentais da pessoa humana, dos quais a Romênia é parte, e as leis internas, as normas internacionais têm a primazia.”

peçoas adultas do mesmo sexo, ainda que consentidas, com base no art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Firmou a tese no sentido de que o Tribunal constitucional tem o poder de escoimar a incompatibilidade entre os textos doméstico e o europeu<sup>959</sup>.

Registra Mark Tushnet que as decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos relativas à estrutura judicial tiveram papel decisivo na criação do novo Supremo Tribunal do Reino Unido<sup>960</sup>. Aliás, Eirik Bjorge destaca que a ideia de diálogo transjudicial foi aceita pela Suprema Corte do Reino Unido no julgamento do *Caso Horncastle*, na medida em que expressou na sua fundamentação que novos aspectos deveriam ser analisados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos<sup>961</sup>. O TEDH toma de empréstimo o raciocínio da Suprema Corte do Reino Unido, incorporando os sentidos jurídicos a que chegou essa corte judicial nos *Casos R. N. Horncastle and Others vs. Reino Unido (2009)*<sup>962</sup> e *Al-Khawaja and Tahery vs. Reino Unido (2011)*<sup>963</sup>.

No caso especificamente de *R. versus Horncastle (2009)*, a Suprema Corte do Reino Unido, expressamente, rejeitou a incidência do precedente proferido pelo TEDH em *Al-Khawaja and Tahery versus Reino Unido (2009)*, ao argumento de que o caso inglês apresentava um aspecto específico que destoava deste paradigma, devendo recair sobre ela, inclusive, o ônus argumentativo que explicitasse as razões pelas quais não iria adotá-lo no caso concreto em julgamento<sup>964</sup>. Pode-se dizer que houve,

---

<sup>959</sup>MOTOC, Iulia. Dialogue between Courts: the case of Romania, cit., p. 452.

<sup>960</sup>TUSHNET, Mark. The inevitable globalisation of constitutional law. In: MULLER, Sam; RICHARDS, Sidney (Eds.). *Highest courts and globalisation*. Hague: Hague Academic Press, 2010. p. 133.

<sup>961</sup>BJORGE, Eirik. Bottom-up shaping of rights. In: BREMS, Eva; GERARDS, Janneke (Eds.). *Shaping rights in the ECHR: the role of the European Court of Human Rights in determining the scope of human rights*. Edited by Eva Brems and Janneke Gerards. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 220.

<sup>962</sup>EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Judgment. R v Horncastle and others (Appellants) (on appeal from the Court of Appeal Criminal Division)*. [2009] UKSC 14. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2009-0073-judgment.pdf>.

<sup>963</sup>EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom*. (Applications nos. 26766/05 and 22228/06). STRASBOURG, 15 December 2011. Disponível em: <https://www.legal-tools.org/doc/45f9d8/pdf/>.

<sup>964</sup>Esse trecho da decisão proferida pela Suprema Corte britânica, no caso revela às claras a utilização de parâmetros típicos do *distinguishing* afastando a incidência do “there will, however, be rare occasions where

inegavelmente, diálogo transjudicial explícito envolvendo o Judiciário nacional britânico e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

As convenções regionais de proteção dos direitos humanos devem exercer o papel de “*living instrument*”, de sorte a se mostrarem como mecanismos sempre abertos a novos sentidos que se adicionem ao longo do tempo frente às mudanças e vicissitudes da vida social. Elisabet Fura e Rait Maruste sinalizam que a convenção europeia, de certa forma, vem adotando a “doutrina do *living instrument*” e menciona até um julgado do Tribunal de Estrasburgo, o *Lucky Dev vs. Suécia (2014)*, que enaltece a interação provocada pelo diálogo dele com as cortes nacionais, como forma até mesmo de evitar que essas violem seus enunciados<sup>965</sup>.

Outro caso que chama a atenção apreciado pelo Judiciário inglês (*House of Lords*) e, posteriormente, enfrentado pelo TEDH foi o *PF and EF vs. Reino Unido (2010)*<sup>966</sup>. Discutiu-se, nesta situação concreta, se a ação da polícia na Estrada Ardoyne, em North Belfast, para conter os manifestantes que entraram em confronto com os pais que levavam os seus filhos à escola, teria sido suficiente para evitar supostos maus-tratos a reclamar a aplicação do art. 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que proíbe a tortura<sup>967</sup>. O TEDH chancelou os argumentos da Câmara dos Lordes, considerando que a polícia tomou todas as medidas razoáveis e ao seu alcance para

---

this court has concerns as to whether a decision of the Strasbourg court sufficiently appreciates or accommodates particular aspects of our domestic process. In such circumstances it is open to this court to decline to follow the Strasbourg decision, giving reasons for adopting this course. This is likely to give the Strasbourg Court the opportunity to reconsider the particular aspect of the decision that is in issue, so that there takes place what may prove to be a valuable dialogue between this court and the Strasbourg court. This is such a case.” (*R. versus Horncastle* ((2009)) UKSC 14). UK SUPREME COURT ('UKSC'). *R v Horncastle and others [2009] UKSC 14 (SC)*. Disponível em: <https://www.lawteacher.net/cases/r-v-horncastle-and-others.php>.

<sup>965</sup>FURA, Elisabet; MARUSTE, Rait. Time to take the next (bold) step – the European Court of Human Rights as a constitutional court on human rights in Europe. In: LÓPEZ GUERRA, Luis; MORTE GÓMEZ, Carmen; MENGUAL I MALLOL, Anna Maria; CANO PALOMARES, Guillem (Eds.). *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una visión desde dentro*. 1. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 467.

<sup>966</sup>EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Application no. 28326/09 by P. F. and E. F. against the United Kingdom*. Decision of 23 November 2010. Disponível em: <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2010/2015.html>.

<sup>967</sup>O art. 3º da Convenção Europeia tem a seguinte dicção: “Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.”



tutelar as pessoas no confronto. E isso, certamente, ocorreu porque a própria House of Lords já havia incorporado em sua decisão a posição firmada na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Nessa hipótese, em que pese o TEDH ter apenas conferido a observância de sua jurisprudência aplicada pelo Judiciário inglês, Merris Amos entende que, ainda assim se pode dizer que houve diálogo transjudicial. E que esse comportamento dos juízes ingleses não decorre da premissa de que os precedentes do TEDH seriam mais persuasivos, mas que se constituem em limites às suas decisões, chegando, inclusive, ao ponto de afirmar que gostariam de decidir de maneira diferente<sup>968</sup>.

Mas não só se consuma, como já reiterado inúmeras vezes, o diálogo transjudicial, quando se incorpora um determinado sentido ou interpretação de elementos jurídicos, mas também no instante em que se rejeita a incidência do precedente dialogando, após realizar o processo de *distinguishing*. A Suprema Corte do Reino Unido não poderia ter sido mais enfática ao rechaçar o *Caso Al-Khawaja and Tahery vs. Reino Unido*, julgado pelo TEDH, no julgamento de *Manchester City Council vs. Pinnock (2010)*, apontando a existência de aspectos particulares internamente constatados que o afastavam<sup>969</sup>.

Em um caso proveniente da Turquia, o TEDH, em *Leyla Sahin vs. Turquia (2005)*<sup>970</sup>, dialogou com a Corte Constitucional turca incorporando em seus argumentos

---

<sup>968</sup>AMOS, Merris. The dialogue between United Kingdom Courts and the European Court of Human Rights. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 61, n. 3, p. 565, July 2012.

<sup>969</sup>Nesse trecho da decisão proferida no *Caso Manchester City Council vs. Pinnock (2010)* UKSC 45 at (48), fica evidenciado, inclusive, o convite da Suprema Corte inglesa ao TEDH para rever o seu entendimento, como se vê a seguir: “there will, however, be rare occasions where this court has concerns as to whether a decision of the Strasbourg Court sufficiently appreciates or accommodates particular aspects of our domestic process. In such circumstances it is open to this court to decline to follow the Strasbourg decision, giving reasons for adopting this course. This is likely to give the Strasbourg Court the opportunity to reconsider the particular aspect of the decision that is in issue, so that there takes place what may prove to be a valuable dialogue between this court and the Strasbourg Court. This is such a case.” SUPREME COURT OF THE UNITED KINGDOM. *Manchester City Council (Respondent) v Pinnock (Appellant)*. UKSC 45. 3 November 2010. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2009-0180-judgment.pdf>.

<sup>970</sup>EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Leyla Şahin v. Turkey*. (Application no. 44774/98). Strasbourg, 10 November 2005. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22itemid%22:%5B%22001-70956%22%5D%7D>.

as razões alinhadas por esse tribunal nacional, não permitindo o uso do véu islâmico por estudante que foi proibida pela Universidade de Istambul, onde estudava medicina, de realizar provas escritas de algumas disciplinas, ao argumento de que estava a violar o código universitário de vestuário<sup>971</sup>. Porém, não tinha sido a primeira vez que o TEDH havia se pronunciado sobre essa questão, posicionando-se por cancelar a proibição do uso do véu islâmico em espaços públicos, mormente de natureza educacional. Nos *Casos Senay Karaduman c. Turquia (1993) e Dahlab c. Suíça (2001)*, o tribunal europeu fundamentou-se, em essência, no entendimento de que se deveria prestigiar, na hipótese, na centralidade do princípio de laicidade (neutralidade religiosa) e na exigência de tutelar a sensibilidade ideológico-religiosa dos demais estudantes<sup>972</sup>.

---

<sup>971</sup>Trecho da sentença exarada no *Caso Leyla Sahin vs. Turquia (2005)*, onde se nota a incorporação dos argumentos utilizados pelo Tribunal Constitucional turco: “Stressing its inviolable nature, the Constitutional Court observed that freedom of religion, conscience and worship, which could not be equated with a right to wear any particular religious attire, guaranteed first and foremost the liberty to decide whether or not to follow a religion. It explained that, once outside the private sphere of individual conscience, freedom to manifest one’s religion could be restricted on public-order grounds to defend the principle of secularism. Everyone was free to choose how to dress, as the social and religious values and traditions of society also had to be respected. However, when a particular dress code was imposed on individuals by reference to a religion, the religion concerned was perceived and presented as a set of values that were incompatible with those of contemporary society. In addition, in Turkey, where the majority of the population were Muslims, presenting the wearing of the Islamic headscarf as a mandatory religious duty would result in discrimination between practising Muslims, non-practising Muslims and non-believers on grounds of dress with anyone who refused to wear the headscarf undoubtedly being regarded as opposed to religion or as non-religious. The Constitutional Court also said that students had to be permitted to work and pursue their education together in a calm, tolerant and mutually supportive atmosphere without being deflected from that goal by signs of religious affiliation. It found that, irrespective of whether the Islamic headscarf was a precept of Islam, granting legal recognition to a religious symbol of that type in institutions of higher education was not compatible with the principle that State education must be neutral, as it would be liable to generate conflicts between students with differing religious convictions or beliefs.”

<sup>972</sup>COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L’HOMME. *Application/requête N° 16278/90. Senay Karaduman v/Turkey / Senay Karaduman c/Turquie*. Disponível em: <https://lovdata.no/static/EMDN/emd-1990-016278.pdf>; *Dahlab v. Switzerland*. (Dec.), no. 42393/98, 15 February 2001. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Reports\\_Recueil\\_2001-V.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2001-V.pdf).

#### **4.6. Diálogo entre cortes regionais de proteção de direitos humanos e tribunais nacionais sem vinculação às respectivas convenções supranacionais**

Existe, de igual modo, o diálogo transjudicial entre cortes regionais de proteção de direitos humanos e tribunais nacionais sem vinculação às suas respectivas convenções, sendo um exemplo disso quando a Suprema Corte Argentina faz referência a julgados do Tribunal Europeu de Direitos Humanos ou o inverso, quando o Tribunal Constitucional Espanhol cita precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos. De fato, não há uma vinculação direta que decorra de uma adesão ao tratado ou convenção internacional de direitos humanos. Esse liame desfruta de natureza formal ou procedimental, porquanto deriva da circunstância de um país ser ou não signatário de um tratado ou convenção internacional ou supranacional.

Antoine Hol, a esse respeito, denuncia uma certa resistência dos juízes e tribunais de estabelecerem algum tipo de diálogo com cortes que fazem parte de outros regimes jurídicos aos quais não se acham vinculados ou mesmo com os quais não guardem familiaridade. E isso se deve a maior complexidade das particularidades dos mecanismos, institutos e interpretações do direito estrangeiro e da natural dificuldade imposta pela língua estrangeira<sup>973</sup>.

Mas esses obstáculos não resistiram à prática dialógica, tal como os juízes e tribunais no mundo todo vêm operacionalizando.

O TEDH não dialoga apenas com cortes europeias, mas também com tribunais de outros países, inclusive de outros continentes, como se verificou no *Caso El-Masri vs. República da Macedônia (The Former Yugoslav Republic of Macedonia) (2012)*. O Tribunal europeu, além de citar decisão da Corte de Apelação da Inglaterra (2002), ainda se vale do *Caso Falen Gherebi vs. George Walker Bush e Donald Rumsfeld (2003)* da Suprema Corte norte-americana, criticando o regime das prisões americanas onde se encontram trancafiados os acusados de terrorismo, sobretudo após o 11 de

---

<sup>973</sup>HOL, Antoine. Highest courts and transnational interaction: introduction and concluding remarks, cit., p. 3.

setembro<sup>974</sup>. Em outro julgamento, o TEDH, em *Hirst vs. Reino Unido (2005)*, citou o *Caso Cauvé vs. Attorney General of Canada (2000)*, decidido pelo Supremo Tribunal canadense<sup>975</sup>.

A propósito, é inegável a existência de um diálogo transjudicial explícito ou implícito entre a Suprema Corte dos Estados Unidos da América e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Na decisão prolatada em *Obergefell vs. Hodges (2015)*, a Suprema Corte norte-americana obrigou o Estado a realizar e registrar o casamento de pessoas do mesmo sexo<sup>976</sup>. O TEDH, por sua vez, já havia se pronunciado sobre essa matéria em *Shalk and Kopf vs. Áustria (2010)* e *Hämäläinen vs. Finlândia (2014)*<sup>977</sup>, adotando um entendimento mais flexível do que o dos EUA. Nestes julgados, não obrigou a realizar e a registrar o casamento de pessoas do mesmo sexo, mas a assegurar um estatuto protetivo equiparável aos casais de sexos diferentes. Em *Shalk and Kopf*, o TEDH entendeu que o casamento possui conotações sociais e culturais profundas com particularidades diversas que se diferenciam de uma sociedade para outra. De certa forma, adotou a teoria da margem de apreciação nacional.

Posteriormente à decisão da Suprema Corte americana, o TEDH voltou a se pronunciar sobre a questão no julgamento de *Chapin and Charpentier vs. França (2016)*, reafirmando a sua posição anterior no sentido de que não existe um direito ao casamento de pessoas do mesmo sexo, não estando, pois, os Estados compelidos a criar

---

<sup>974</sup>EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of El-Masri v. "The Former Yugoslav Republic of Macedonia"*. (Application no. 39630/09). Strasbourg, 13 December 2012. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-115621%22%5D%7D>.

<sup>975</sup>EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Hirst v. The United Kingdom (No. 2)*. (Application no. 74025/01). Strasbourg, 6 October 2005. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-70442%22%5D%7D>.

<sup>976</sup>UNITED STATES SUPREME COURT. *Obergefell et al. v. Hodges*. Director, Ohio Department of Health, et al. No. 14–556. Argued April 28, 2015. Decided June 26, 2015. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/14-556>.

<sup>977</sup>EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Schalk and Kopf v. Austria*. (Application no. 30141/04). Strasbourg, 24 June 2010, Final, 22/11/2010. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-99605%22%5D%7D>; EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Hämäläinen v. Finland*. (Application no. 37359/09) Strasbourg, 16 July 2014. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-145768%22%5D%7D>.

regras que o permitam<sup>978</sup>. O que se constata é que houve um diálogo transjudicial implícito entre o TEDH e a Suprema Corte norte-americana, tendo a Corte de Estrasburgo rejeitado o precedente dialogando americano.

No Brasil, com base nos julgamentos da ADPF 132/RJ<sup>979</sup> e da ADI 4277/DF<sup>980</sup>, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, determinando que os cartórios de registro de pessoa natural não podem recusar a celebração de casamentos civis de casais do mesmo sexo ou deixar de converter uniões estáveis em casamento<sup>981</sup>.

O direito construído a partir do diálogo entre cortes ou tribunais corresponde a uma rede sistêmica de adicionamentos, diferenciações e alargamentos interpretativos. Um sentido que se adiciona a outros que se seguem, ou que se diferencia e, conseqüentemente, se exclui do âmbito de incidência do precedente dialogando ou que se alarga para fazer incidir em situações semelhantes pelo vigor argumentativo, dando densidade e corpo aos enunciados normativos.

Um outro caso que chama a atenção pela utilização do diálogo transjudicial por meio de uma rede sistêmica circular, mediante o alargamento de sentido, foi a discussão travada no Supremo Tribunal Federal a respeito da facultatividade do ensino religioso em escolas públicas e da eventual inconstitucionalidade do art. 33, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei 9.394/1996, e do art. 11, § 1º, do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé (Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil). Mesmo se tratando de caso em que se debatia o caráter laico do Estado à luz da

---

<sup>978</sup>EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Affaire Chapin et Charpentier c. France*. (Requête no 40183/07). Strasbourg, 9 juin 2016. Définitif, 09/09/2016. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-163436%22%5D%7D>.

<sup>979</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 132/RJ, Rio de Janeiro*. Rel Min. Ayres Britto, Publicação, 14/10/2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>.

<sup>980</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4277/DF, Distrito Federal. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>.

<sup>981</sup>CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Resolução Conselho Nacional de Justiça – CNJ nº 175/2013* (Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo). Disponível em: <https://www.26notas.com.br/blog/?p=7394>.

liberdade religiosa da matrícula facultativa do ensino religioso, a Corte suprema procurou dialogar com o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, através do *Caso Lautsi e Outros vs. Itália (2011)*, que, num primeiro momento, decidiu que a presença de crucifixos em escolas públicas italianas ofenderia o direito à educação e à liberdade de pensamento, consciência e religião (arts. 2º e 9º da Convenção Europeia de Direitos Humanos). Posteriormente, o próprio tribunal regional reformou o seu entendimento anterior, para se posicionar no sentido de que a presença de crucifixos em salas de aula em escolas públicas não interfere no processo educacional de crianças, nem obsta o direito dos pais de educá-las, segundo as suas convicções religiosas e filosóficas<sup>982</sup>.

---

<sup>982</sup>Vale transcrever trecho do voto do Min. Relator em que se verificaria o diálogo na modalidade de alargamento do precedente dialogando: “Começo, desde pronto, mencionando decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), cuja medida liminar foi apontada na petição inicial como exemplo de jurisprudência contrária ao buscado pela Procuradoria-Geral da República: o caso *Lautsi and Others v. Italy*, de 18 de março de 2011. Parte do direito de liberdade religiosa consiste justamente no direito de manifestação livre do pensamento. Nesse sentido, a Câmara Superior (*Grand Chamber*) da Corte Europeia de Direitos Humanos reformou, por 15 votos a 2, decisão de uma de suas câmaras, que entendera que a presença de crucifixos em escolas públicas na Itália ofenderia o direito à educação e à liberdade de pensamento, consciência e religião (arts. 2º e 9º da Convenção Europeia de Direitos Humanos). A Corte consignou que a mera presença de crucifixos nas salas de aula de escolas públicas não denota processo de doutrinação de crianças, nem limita o direito de educação dos pais, que permanecem com o direito de educar e ensinar seus filhos de acordo com suas convicções religiosas e filosóficas. A manutenção e a referência a tradições estão, em princípio, dentro da margem de delibação dos países membros, desde que não desrespeitados os direitos e liberdades previstos na Convenção. Além disso, o fato de não haver consenso europeu sobre a questão da presença de símbolos religiosos nas escolas estaduais foi considerado na decisão, assim como – e principalmente – o peso local atribuído à religião. Era verdade que, ao prescrever a presença de crucifixos nas salas de aula de escolas públicas – um sinal que indubitavelmente se refere ao cristianismo –, os regulamentos questionados conferem à religião majoritária do país visibilidade preponderante no ambiente escolar. No entanto, isso não foi suficiente para denotar um processo de doutrinação por parte do Estado. Entendeu-se que um crucifixo em uma parede é símbolo essencialmente passivo que não poderia ser considerado apto a influenciar consideravelmente os alunos. A Corte ressaltou a importância dos pais no aconselhamento de seus filhos e o seu papel como educadores naturais, a guiá-los em um caminho de acordo com suas próprias convicções filosóficas, mantendo, portanto, o uso dos crucifixos em salas de aula.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4439/DF, Distrito Federal*. Rel. para Acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 27/09/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3926392>).

#### 4.7. Sistema único de proteção dos direitos humanos fundamentais

Boa parcela da doutrina defende a existência de vários sistemas jurídicos tanto quanto de ordens jurídicas<sup>983</sup>, daí se falar, evidentemente, em sistemas multiníveis. Em uma concepção territorial, por mais que se reconheça a natureza sistemática do direito, o sistema jurídico, por conseguinte, é delineado territorialmente para cada matriz cultural dos Estados-nação, na linha sufragada por Joseph Raz, ao apontar a existência dos sistemas inglês, alemão, romano, canônico e outros<sup>984</sup>.

Umberto Vincenti completa que as fronteiras territoriais estão longe de entrar em declínio, mesmo com o advento cada vez mais acentuado da globalização e da extraterritorialização da economia mundial, dada a persistência no cenário social atual das mesmas condições que serviram de base para a sua construção. Defende ele ainda que se mantém o desejo de separar o que é de um e de outro, bem assim a tendência à apropriação exclusiva e a necessidade de estabelecer limites entre as coisas e entre os direitos<sup>985</sup>.

Como consequência disso, no âmbito dos direitos do homem, existem simultaneamente vários regimes (conhecidos como sistemas) de proteção de direitos humanos e de direitos fundamentais, tais como o direito constitucional nacional de cada país, as convenções regionais de direitos humanos (americano, europeu e africano) e as cartas e documentos internacionais em defesa dos direitos humanos (Organização das Nações Unidas e a Corte Internacional de Justiça em Haia).

Contudo, nada garante que a existência de vários regimes de proteção de direitos humanos, fundamentais e do homem, sem que haja qualquer coligamento entre eles, represente um maior nível de tutela a esses direitos, podendo, ao contrário, acabar por importar em frustração do próprio escopo de proteção de qualquer deles. O excesso de decisões judiciais, o mais das vezes, em rotas de colisão, não propicia vantagem real e

---

<sup>983</sup>TORCOL, Sylvia. Le droit constitutionnel européen, droit de la conciliation des ordres juridiques. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, Paris, n. 105, p. 101-126, Mar. 2016.

<sup>984</sup>RAZ, Joseph. *El concepto de sistema jurídico*, cit., p. 17.

<sup>985</sup>VINCENTI, Umberto. *Diritto senza identità: la crisi delle categorie giuridiche tradizionali*, cit., p. 22.

efetiva à tutela dos direitos humanos. Ao contrário, pode implicar esvaziamento e desproteção iusfundamental.

Por isso mesmo, Claudio Panzera defende a intensificação das relações entre cortes nacionais europeias e supranacionais, no intuito de possibilitar que a multiplicação de instâncias de garantia de direitos contribua para melhorar a própria tutela, já que, se não conseguir adequada proteção em um dado caso concreto, pode obtê-la em outro nível. O sistema horizontal de controle recíproco entre tribunais poderia servir de virtuosa forma de tutela subsidiária de uma ordem jurídica por outra<sup>986</sup>.

Geir Ulfstein alerta para a eventual possibilidade de conflitos e inconsistências jurisprudenciais pela simples existência de múltiplos tribunais. Porém, a interpretação sistêmica de tratados e de raciocínios jurídico-argumentativos de outros tribunais podem proporcionar maior consistência ao sistema jurídico<sup>987</sup>. A eficiência protetiva de cada regime está umbilicalmente conectada e dependente da qualidade comunicativa que se operacionaliza entre os tribunais, daí a necessidade de rearticulá-los, pondo as decisões em conexão.

Mas será que não haveria alguma relação ou mesmo ações sincronizadas, como denuncia Délber Andrade Lage, no fenômeno da jurisdicionalização do direito internacional, entre os órgãos judiciais internacionais?<sup>988</sup> Vergottini até admite a existência de um sistema jurídico único propiciado pelo diálogo entre juízes, porém somente o reconhece quando se cuida do mesmo espaço político-cultural, incluindo aí o próprio terreno jurídico, como os países que fazem parte da *Commonwealth*. Fora disso, haveria inegável dificuldade de o juiz conhecer e compreender o significado do direito estrangeiro, notadamente pelos obstáculos linguísticos existentes e pelo natural embaraço de enquadramento de institutos normativos no contexto do ordenamento

---

<sup>986</sup>PANZERA, Claudio. *Il Bello dell'essere diversi: Corte costituzionale e Corti europee ad una volta*, cit., p. 1-43.

<sup>987</sup>ULFSTEIN, Geir. *The international Judiciary*, cit., p. 142.

<sup>988</sup>LAGE, Délber Andrade. *A jurisdicionalização do direito internacional*, cit., p. 123.



jurídico comparando<sup>989</sup>. Daí sustentar que a interpretação desenvolvida pelo diálogo transjudicial seria “*extrasistemica*”<sup>990</sup>.

Mas, mesmo pertencendo à mesma família jurídica como o *common law*, advertem Basil Markesinis e Jörg Fedtke, os Estados Unidos da América e a Inglaterra possuem diferenças e dificuldades de compatibilização entre os regimes jurídicos de cada país<sup>991</sup>, o que enfraquece sobremaneira o argumento desfilado por Vergottini. Pode-se até dizer que os problemas minoram, porém nunca desaparecem. É evidente que a identidade de família jurídica pode facilitar a comunicação interjudicial até em decorrência da língua. Aliás, esse fator linguístico foi relevante para o julgamento pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América dos *Casos Adamson vs. Califórnia (1947)* e *Rochin vs. Califórnia (1952)*<sup>992</sup>, que construiu interpretação levando-se em conta as noções de justiça do povo que fala inglês.

Mas, na prática dialógica que se observa entre os tribunais nacionais e internacionais, por mais que a língua se apresente como uma barreira desafiadora e haja profundas diferenças culturais, políticas, econômicas e sociais entre países e povos, os tribunais do mundo todo têm dialogado entre si.

E mais particularmente, como sentencia Aurélia Schahmaneche, os regimes de proteção regional dos direitos humanos estão longe de serem considerados impermeáveis uns aos outros<sup>993</sup>. O que se vê, na verdade, é o contrário. Ampla e irrestrita permeabilidade entre si, constituindo, em última análise, uma rede sistêmica de decisões judiciais a formar o sistema judicial de proteção dos direitos humanos fundamentais.

---

<sup>989</sup>DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le corti*, cit., p. 136-137.

<sup>990</sup>Id. *Ibid.*, p. 171.

<sup>991</sup>MARKESINIS, Basil; FEDTKE, Jörg. *Giudici e diritto straniero: la pratica del diritto comparato*, cit., p. 82.

<sup>992</sup>UNITED STATES SUPREME COURT. *Adamson v. California*, 332 U.S. 46 (1947). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/332/46/>; UNITED STATES SUPREME COURT. *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952). Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1940-1955/342us165>.

<sup>993</sup>SCHAHMANECHE, Aurélia. *La motivation des decisions de la Cour Europeenne des Droits de L'Homme*, cit., p. 602.

No julgamento do *Caso Perinçek vs. Suíça (2015)*, o TEDH aprecia um caso de violação de direitos humanos pela prática de crimes de genocídio e contra a humanidade, invocando os *Casos Almonacid Arellano e outros vs. Chile (2006)*, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1988)*, *Alicia Consuelo Herrera e outros vs. Argentina (1992)*, *Santos Mendonça e outros vs. Uruguai (1992)*, *Garay Hermosilla e outros vs. Chile (1996)*, *Las Hojas Massacre vs. El Salvador (1992)*, *Ignacio Ellaunia e outros vs. El Salvador (1999)*, julgados pela CIDH<sup>994</sup>. Todos estes precedentes servem para absorver o entendimento de que os tais crimes não podem ser anistiados, de acordo com os princípios do direito costumeiro e dos tratados internacionais. Com arrimo na linha argumentativa desenvolvida pela Corte europeia, é possível constatar a existência de um sistema protetivo único a compreender determinadas premissas cardeais de direitos humanos.

Se existem influências recíprocas, não se pode dizer que há sistemas regionais identificados geograficamente nem mesmo que há vinculação apenas em relação a determinados tratados ou convenções internacionais ou supranacionais.

A intensificação do diálogo entre tribunais, porém, conduz, naturalmente, à eliminação de regimes jurídicos separados, estanques e compartimentados, tornando-se desnecessário, por exemplo, falar-se em sistemas de proteção de direitos humanos. Ao invés de sistemas, haveria um único sistema de tutela de direitos humanos fundamentais, concebido como uma verdadeira rede sistêmica de proteção.

Essa concepção de sistema único tem enorme relevância prática, pois prevalece ainda a corrente doutrinária no sentido de que os juízes e tribunais nacionais (supremos ou constitucionais) apenas estariam sujeitos à vinculatividade própria do seu respectivo regime jurídico de proteção dos direitos humanos a que pertenceria. Em outras palavras, os tribunais nacionais americanos estavam vinculados unicamente à Corte Interamericana de Direitos Humanos, os tribunais nacionais europeus ao Tribunal

---

<sup>994</sup>EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case Perinçek v. Switzerland*. (Application no. 27510/08). Strasbourg, 15 October 2015. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:\[%22001-158235%22%7D](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:[%22001-158235%22%7D)}}

Europeu de Direitos Humanos e os tribunais nacionais africanos à Corte Africana de Direitos Humanos.

Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, por exemplo, ao se referirem ao ordenamento iusfundamental alemão, somente admitem a relação entre os direitos fundamentais da Constituição tedesca de 1949, os direitos humanos e as liberdades fundamentais da Convenção Europeia de Direitos Humanos e os direitos fundamentais da União Europeia (Carta de Nice)<sup>995</sup>.

A construção de um sistema único de direitos humanos baseia-se na heterarquia criada pelo diálogo horizontal de decisões judiciais que se comunicam, incorporando o sentido, como se aquele entendimento já fizesse parte integrante do regime jurídico que referencia o julgado invocado, estabelecendo uma diferenciação (*distinguishing*) ou alargando o precedente dialogando.

O diálogo transjudicial promove a ruptura da concepção de que existem sistemas diversos de proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, quando, em verdade, o que se constata nas operações dialógicas levadas a efeito pelos tribunais nacionais, regionais, supranacionais e internacionais, é que existe uma intensa circulação de interpretações que independem de qual regime se encontram vinculados.

Com o colapso da hierarquia do direito, como denunciam Fischer-Lescano e Teubner, surge a chance de se construir um direito heterárquico, capaz de estabelecer conexões entre ordens jurídicas parciais fragmentadas. Essa conexão, segundo sustentam, dar-se-ia pelo *networking* pontual de regimes jurídicos dotados de autonomia que se consolidaria normativamente com a existência de uma rede factual ligada internamente. E ocorreria na discussão entre tribunais, através de uma rede chamada de “*Global Community of Courts*”, que inclui decisões judiciais de várias instâncias constitucionais, nacionais, regionais e supranacionais<sup>996</sup>. E ainda complementam que o direito internacional, nesta perspectiva, impulsionou novo

---

<sup>995</sup>PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução: António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 53.

<sup>996</sup>FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. *Regime-Kollisionen: Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, cit., p. 57.

desenvolvimento da teoria da rede, não alicerçada no entrelaçamento pessoal de organizações, mas amparada numa lógica de ação conectada heterarquicamente<sup>997</sup>.

Ao analisar como os tribunais acabam acompanhando, mediante o método do diálogo transjudicial, o entendimento de outros tribunais e cortes nacionais ou internacionais, é possível imaginar e construir um sistema único de proteção dos direitos humanos, e não mais demarcado por territórios ou ordens jurídicas estanques e independentes.

Recordam Armin von Bogdandy e Ingo Venzke que a concepção de sistema jurídico sempre esteve sobrecarregado com exageradas aspirações filosóficas, a ponto de chegar a ser concebido como inerente ao direito “en una especie de moda *cripto-idealista*”<sup>998</sup>. Mas, atualmente, prepondera a ideia de que o sistema jurídico almeja contribuir para a interpretação do direito e, nesta balada, defendem a existência de um sistema de direito internacional<sup>999</sup>.

Com a criação de uma rede sistêmica de direitos humanos fundamentais, uma decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos pode ser citada por algum juiz ou tribunal nacional do regime interamericano. E mais do que isso, no processo do diálogo transjudicial, as cortes nacionais podem reinterpretar o direito interno interpretado pelos tribunais internacionais e as cortes internacionais estão, por conseguinte, autorizadas a conferir nova interpretação à exegese dada pelos tribunais nacionais aos direitos humanos previstos nos tratados ou convenções internacionais.

O diálogo transjudicial permite que as diversas e variáveis narrativas normativas (textos das constituições nacionais e das convenções e tratados de direitos

---

<sup>997</sup>FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. *Regime-Kollisionen: Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, cit., p. 58.

<sup>998</sup>Sistema, na acepção kantiana, é a unidade de diversos conhecimentos sob uma ideia (BOGDANDY, Armin von; VENZKE, Ingo. *Teoria da razão pura*. 4. ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2015. p. 300), de modo a que se reconheça aprioristicamente o âmbito e o lugar de seus componentes. Porém, a sua concepção sistêmica exige as propriedades da completude, da unidade e da correção.

<sup>999</sup>BOGDANDY, Armin von; VENZKE, Ingo. En nombre de quién? Un estudio sobre la autoridad pública de los tribunales internacionales y su justificación democrática. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coords.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 123-124.

humanos) possam conduzir à idêntica interpretação. Anne Peters destaca, como técnicas de harmonização de conflitos de normas internacionais, a presunção de intenção de respeitar as leis (“*presumption of Law-abiding intentions*”) e a interpretação sistemática da normatividade internacional<sup>1000</sup>.

O sistema único de direitos humanos proposto constitui edifício que se propõe a representar categoria de código jurídico que resistirá a pressões da economia e da política internacional ou global. E a fórmula do diálogo, sem dúvida alguma, consiste em mecanismo mais adequado do que o processo intelectual isolado de cada tribunal ou juiz nacional ou internacional, já que a circulação de sentidos jurídicos extraídos das decisões judiciais dialogadas, de certa forma, imuniza os direitos humanos do risco de corrupção (*Korruption*)<sup>1001</sup> no sistema do direito que poderia ocorrer por meio da intromissão indevida da política e da economia. Luhmann identifica a existência de um sistema jurídico da sociedade mundial a partir da crescente atenção que se vem dispensando à violação dos direitos humanos<sup>1002</sup>.

Assim, a criação de um sistema de proteção único, sem considerar espaços político-jurídicos estanques e segmentados, parece se constituir na melhor forma de enfrentar a discrepância de narrativas entre os diversos diplomas normativos e, por conseguinte, otimizar a aplicação dos direitos humanos entre todos os tribunais dialogandos.

Uma questão relevante a considerar é, evidentemente, saber quem integra o sistema único de proteção dos direitos humanos fundamentais. Pelo que se construiu ao longo deste trabalho, é forçoso inferir que fazem parte dessa unidade sistêmica os tribunais e juízes que tenham a competência jurisdicional de salvaguardar os direitos humanos e os direitos fundamentais e que integrem o sistema comunicativo e, portanto, dialoguem com o sistema único de proteção dos direitos humanos fundamentais. Em outras palavras, os integrantes do sistema único serão, essencialmente, aquelas cortes e

---

<sup>1000</sup>PETERS, Anne. The refinement of international law: from fragmentation to regime interaction and politicization, cit., p. 690-694.

<sup>1001</sup>LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, cit., p. 81.

<sup>1002</sup>Id. Ibid., p. 574.

juízes em geral a quem compete interpretar e, conseqüentemente, atribuir sentidos, aos direitos humanos e aos direitos fundamentais. Assim, nestes termos, além dos tribunais constitucionais ou supremos e as cortes regionais de proteção dos direitos humanos, todos os demais órgãos judiciais internacionais, como a Corte Internacional de Justiça e os Tribunais Penais Internacionais (órgãos permanentes ou temporários), e os juízes das várias instâncias que compõem internamente a estrutura do Poder Judiciário de cada país (juiz constitucional).

Com efeito, os Tribunais supremos ou constitucionais, que têm o dever de guardiões dos direitos iusfundamentais previstos as Constituições nacionais, e os tribunais internacionais ou supranacionais de proteção dos direitos humanos estampados nas convenções ou tratados (Cortes europeia, americana e africana de proteção regional de direitos humanos) fazem parte do sistema único. Por via de consequência, as decisões judiciais do sistema de proteção dos direitos humanos fundamentais devem obrigatoriamente participar do diálogo.

#### **4.8. Obrigatoriedade da adoção do processo dialógico transjudicial**

Defende Giuseppe De Vergottini que a referência a decisões estrangeiras não pode ser obrigatória, mas meramente facultativa e espontânea. E ainda acrescenta que o *dictum* do juiz estrangeiro representa apenas um dado de fato que consta fora do espectro de vínculos jurídicos, a exemplo de opiniões doutrinárias e de precedentes históricos<sup>1003</sup>. Entende ele que a invocação de precedente estrangeiro não se limita a resolver unicamente o caso específico, mas, antes de tudo, acaba por exercer influência sobre as futuras decisões de outros juízes, dado o caráter de persuasão que possui<sup>1004</sup>.

Na mesma linha, ao tratar do método de construção da decisão judicial, Jorge Eduardo Douglas Price afirma que: “no existe una vinculación o constricción estricta

---

<sup>1003</sup>DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le corti*, cit., p. 100.

<sup>1004</sup>Id. *Ibid.*, p. 120.

en la selección del material normativo”<sup>1005</sup>. Maurício Ramires, inclusive, chega a ver com perplexidade a tese da obrigatoriedade, pois, embora defenda o processo dialógico transjudicial, “não se vai imaginar que os tribunais locais tenham o ônus de vasculhar e resenhar toda a jurisprudência mundial a cada vez que tiverem diante de si a mais comezinha das questões jurídicas”<sup>1006</sup>. Afinal, a referência a precedentes de outros tribunais não deve ser obrigatória, mas meramente facultativa, na linha sufragada por Giuseppe De Vergottini<sup>1007</sup>. Sabino Cassese, por sua vez, apresenta três características do diálogo transjudicial: a) prospectivo; b) bidirecional; e c) alguma dimensão de voluntariedade<sup>1008</sup>. Arremata Antoine Hol que a própria condição da existência do diálogo transjudicial é que haja autonomia dos tribunais para deixar de seguir orientações jurisprudenciais de outras cortes estrangeiras<sup>1009</sup>.

Sob uma perspectiva hierárquica, Laurence Burgorgue-Larsen constatou a existência no espaço jurídico europeu de dois tipos de diálogos transjudiciais: diálogo regulado e diálogo espontâneo. O regulado, que seria aquele que ocorre apenas no plano vertical, vinculado a regras e procedimentos tendentes a diminuir o poder do juiz nacional, sendo um exemplo de tal modelo o reenvio prejudicial<sup>1010</sup>. O espontâneo ou livre, como o próprio nome já o denuncia, não se acha submetido a qualquer obrigação internacional, em que pese haver laços múltiplos que compelem invisivelmente o juiz a observar, podendo se desenvolver tanto no tablado vertical como também no horizontal<sup>1011</sup>.

---

<sup>1005</sup>DOUGLAS PRICE, Jorge Eduardo. *La decisión judicial*, cit., p. 198.

<sup>1006</sup>RAMIRES, Maurício. *Diálogo judicial internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional*, cit., p. 211.

<sup>1007</sup>DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le corti*, cit., p. 43.

<sup>1008</sup>CASSESE, Sabino. *I Tribunali di Babele: i giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, cit., p. 95.

<sup>1009</sup>HOL, Antoine. *Highest courts and transnational interaction: introduction and concluding remarks*, cit., p. 7.

<sup>1010</sup>Carlos Carranho Proença define o reenvio prejudicial como um instrumento processual, baseado na técnica da cooperação entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e os órgãos jurisdicionais nacionais de cada Estado-membro da União, proporcionando a uniformidade do direito europeu com a preservação da autonomia das jurisdições nacionais na aplicação do direito controvertido (PROENÇA, Carlos Carranho. *Tutela jurisdicional efetiva no direito da União Europeia: dimensões teóricas e práticas*, cit., p. 200).

<sup>1011</sup>BURGORGUE-LARSEN, Laurence. *La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial*. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coords.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 134.

Para Julie Allard e Antonie Garapon, prevalece no diálogo transjudicial, independentemente de qualquer outro fator, a autoridade persuasiva<sup>1012</sup>, em que se notabiliza a argumentação e a interpretação jurisdicional. Na prática, consideram haver diálogo quando “os tribunais se citam abertamente ou que reconhecem a influência de uma jurisprudência estrangeira” ou mesmo, nos casos em que os precedentes são levados em conta implicitamente<sup>1013</sup>. Com isso, surgiria uma espécie de “sentença de segundo grau, que articula de forma original diversas decisões de várias partes do mundo”<sup>1014</sup>, abrindo várias outras possibilidades de interpretação, sendo para Julie Allard e Antonie Garapon “o único modo de tornar efectivo o conceito de direitos fundamentais”<sup>1015</sup>.

Observa Michel Bastarache que, mesmo no Canadá, o empréstimo judicial (*judicial borrowing*) ou a comunicação horizontal (*horizontal communication*) não se afigura como prática nova, porém a forma de influência das decisões estrangeiras tem se apresentado de maneira não mais vinculativa, mas por meio da noção da autoridade persuasiva<sup>1016</sup>. Historicamente, revela Bastarache que a Suprema Corte Canadense inspirava-se no *commow law* inglês, porém, mais recentemente, a sua grande fonte de inspiração descansa no direito jurisprudencial norte-americano<sup>1017</sup>.

Jeremy Waldron, entretanto, critica a expressão “autoridade persuasiva” por sua ambiguidade, já que pode significar precedente com menos força do que aquele

---

<sup>1012</sup>ALLARD, Julie; GARAPON, Antonie. *Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito*, cit., p. 72. Julie Allard e Antonie Garapon explicam que “O juiz encontra [na argumentação], então, um ponto de apoio para a sua própria opinião. Neste contexto específico, a *jurisdictio* não consiste em assegurar a coerência de um sistema particular, mas sim em apoiar a racionalidade de decisões singulares. Ao participar no comércio judicial, o juiz procura conferir à sua opinião pessoal um fundamento mais geral e, por isso mesmo, mais aceitável. Uma vez que pretende alcançar um grau superior de racionalidade, reveste a sua decisão de um carácter mais universalizável. Neste sentido, a autoridade que reconhece nas decisões estrangeiras não é vinculativa, obrigatória, mas sim persuasiva (*persuasive authority*) (Id. Ibid., p. 73).

<sup>1013</sup>Id. Ibid., p. 74-75.

<sup>1014</sup>Id. Ibid., p. 81.

<sup>1015</sup>Id. Ibid., p. 83.

<sup>1016</sup>BASTARACHE, Michel. The globalisation of the law and the work of the Supreme Court of Canada. In: MULLER, Sam; RICHARDS, Sidney (Eds.). *Highest courts and globalisation*. Hague: Hague Academic Press, 2010. p. 46.

<sup>1017</sup>BASTARACHE, Michel. How internationalization of the law has materialized in Canadá, cit., p. 196-197.



vinculante ou também que a sua força depende da extensão da persuasão das razões lançadas na decisão<sup>1018</sup>.

Jan Komárek expõe a dificuldade de um tribunal ter que, necessariamente, decidir o caso no mesmo sentido do precedente, demonstrando a sua preocupação em considerá-lo vinculante, e não como mera autoridade persuasiva<sup>1019</sup>. Komárek apresenta duas vertentes de precedente persuasivo. A primeira delas ocorre quando o juiz é obrigado a considerar a decisão anterior como parte do material onde a presente decisão poderia ser baseada. E a outra versão persuasiva é quando o juiz encontra-se obrigado a decidir o caso no mesmo sentido do precedente, porém pode dar uma boa razão para não acompanhá-lo. O ônus de argumentar no sentido contrário cabe ao juiz que se recusa a seguir o precedente<sup>1020</sup>.

Nesta classificação de precedente persuasivo, parece que a primeira hipótese descrita por Komárek de que o juiz seria obrigado a considerar a decisão anterior amolda-se à ideia de um sistema composto de decisões judiciais que se dialogam entre si.

Christopher McCrudden aponta a possibilidade de existir nos precedentes duas autoridades diversas, uma vinculativa, outra, meramente persuasiva, que estão a depender da obrigatoriedade, decorrente da hierarquia judiciária, de o juiz ser compelido a seguir ou não. Se há uma liberdade em não adotá-lo, passa a ser chamado de precedente persuasivo, que leva em consideração outros aspectos, sobretudo a qualidade dos argumentos que esquadrinha. McCrudden constata até mesmo uma certa tendência dos tribunais de considerarem a autoridade persuasiva dos precedentes quando se invoca a interpretação de direitos humanos de outra jurisdição<sup>1021</sup>.

Lembram Basil Markesinis e Jörg Fedtke que uma coisa é conhecer o precedente estrangeiro e outra, bem diversa, é invocá-lo necessariamente, até mesmo

---

<sup>1018</sup>VALDRON, Jeremy. Treating like cases alike in the world: the theoretical basis of the demand for legal unity, cit., p. 113.

<sup>1019</sup>KOMÁREK, Jan. Reasoning with previous decisions, cit., p. 60.

<sup>1020</sup>Id. Ibid., p. 63.

<sup>1021</sup>McCrudden, Christopher. A common law of human rights?: transnational judicial conversations on constitutional rights, cit., p. 502-503.

pela falta de tempo necessário para realizar a pesquisa comparativa<sup>1022</sup>. Até mesmo Luhmann parece insinuar que os sistemas organizativos que se reproduzem autopoieticamente, na verdade, desenvolvem-se a partir das próprias preferências, de modo que haveria uma conexa circularidade que se afirmariam reciprocamente entre preferências e decisões<sup>1023</sup>.

Guilherme Peña de Moraes atribui esse debate ao equívoco cometido pela doutrina que confunde validade (*validity*) com peso (*weight*) ou importância do precedente. Segundo sustenta, o precedente estrangeiro não tem validade normativa a autorizar a sua imposição na resolução do caso concreto analisado. Desfrutaria, ao contrário disso, de apenas peso argumentativo pela força persuasiva das razões invocadas. Tanto que o precedente apresentaria limites formal e material. Formal no sentido de que poderia constar apenas na motivação da decisão, e não na parte dispositiva do julgado. E material, na perspectiva de que representaria somente um “reforço argumentativo em torno de princípios ou regras extraídos da Constituição do Estado de onde provém o acórdão a ser prolatado pelo tribunal nacional”<sup>1024</sup>.

Pensamento diverso é aquele manifestado por Rafael Bustos Gisbert, que considera obrigatória a comunicação entre os tribunais para aplicar o próprio direito<sup>1025</sup>. Os pensamentos doutrinários que advogam o caráter facultativo do diálogo transjudicial não se compatibilizam com a ideia de sistema único de proteção de direitos humanos.

Mattias Wendel defende que o desenvolvimento do direito da União europeia depende, em essência, da vinculação pelos tribunais da análise comparativa à luz da ordem jurídica externa<sup>1026</sup>. Idêntico raciocínio é desfilado, ao que parece, por Osnat Grady Schwartz, quando preconiza o fortalecimento do direito internacional por meio

---

<sup>1022</sup>MARKESINIS, Basil; FEDTKE, Jörg. *Giudici e diritto straniero: la pratica del diritto comparato*, cit., p. 224.

<sup>1023</sup>LUHMANN, Niklas. *Organisation und Entscheidung*, cit., p. 266.

<sup>1024</sup>MORAES, Guilherme Peña de. *Constitucionalismo multinacional: uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais*, cit., p. 45-46.

<sup>1025</sup>BUSTOS GISBERT, Rafael. XV proposiciones generales para una teoria de los diálogos judiciales, cit., p. 176.

<sup>1026</sup>WENDEL, Mattias. Richterliche Rechtsvergleichung als Dialogform: Die Integrationsrechtsprechung nationaler Verfassungsgerichte in gemeineuropäischer Perspektive, cit., p. 368

da construção efetiva de um “*hard law*” nas decisões exaradas pelos órgãos judiciais internacionais<sup>1027</sup>.

No pensamento de Maria Daniela Poli, o diálogo, indiscutivelmente, é condição prévia (ou de procedibilidade) para se obter a harmonização integradora da ordem jurídica global, de feição plural e de níveis múltiplos. E, para se alcança-la, defende a obrigação de submissão (*Vorlagepflichten*) da questão ao diálogo, inclusive com a permissão de apresentação de reclamação contra a inobservância de tal regra. Demais disso, ainda pugna pela uniformidade de tratamento do direito processual e pelo julgamento por tribunal supremo ou que se encontre no ápice da estatura organizacional do Estado nacional<sup>1028</sup>.

Antes de tudo, nunca é demais rememorar que o consentimento dos Estados a tratados e convenções internacionais não os torna de observância meramente voluntária (não impositiva), diferentemente do que ocorre com as normas incidentes no âmbito interno. A anuência a um pacto de nível internacional impõe ao Estado o fiel cumprimento das normas nele delineadas. O consentimento gera obrigatoriedade e vinculação normativa. No plano interno dos Estados, o que torna as normas vinculantes é a Constituição. O poder que o direito projeta na sociedade e a própria noção de direito produzido pelo Estado, detentor de poder e autoridade.

Mas por que o diálogo deveria, em princípio, ser obrigatório? A fundamentação das decisões numa rede sistêmica deve levar em consideração as decisões anteriores num processo de adição, diferenciação e alargamento de interpretações e sentidos. Além disso, não se pode deixar de levar a efeito eventual interpretação consagrada no sistema. Essa obrigatoriedade – é bom que se marque com tintas indelévels – diz respeito ao processo dialógico, e não a aplicação obrigatória do precedente dialogando para resolução do caso concreto dialogado.

---

<sup>1027</sup>SCHWARTZ, Osnat Grady. Changing the rules of the (international) game: how international law is turning national courts into international political actors. *Washington International Law Journal*, v. 24, n. 1, p. 130-131, Jan. 2015.

<sup>1028</sup>POLI, Maria Daniela. Der justizielle Pluralismus der europäischen Verfassungsgemeinschaft: “Babylonische Gerichte” oder “Gerichte für Babylon”?, cit., p. 390.

Como é cediço, a aplicação – ou, ao menos, a análise de sua possível aplicação no processo dialógico – do precedente judicial torna-se obrigatória quando, naturalmente, integra o sistema ou uma rede sistêmica. Ora, se a interpretação que corporifica a norma jurídica faz parte do sistema jurídico, inegavelmente, deve ser levada em consideração no processo aplicativo-decisório.

Isso significa dizer que o tribunal não se acha compelido a seguir a orientação jurisprudencial estabelecida pelo outro órgão jurisdicional dialogando, mas certamente terá que realizar o enquadramento e análise com a precisão que a sutileza do caso pode exigir. Em algumas situações, mesmo se valendo do diálogo transjudicial, a análise foi equivocada. Foi o que aconteceu, por exemplo, com o voto vencido do Min. Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal brasileiro, quanto à admissibilidade dos embargos infringentes na AP 470 AgR-Vigésimo Quinto/MG, opostos por condenados em única instância por aquela Corte Suprema. Nas razões do voto, é afastada, pelo método do diálogo transjudicial, a aplicação na espécie do entendimento consolidado no *Caso Barreto Neiva vs. Venezuela* (2009), julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, por entender inexistentes diversas violações reconhecidas no precedente<sup>1029</sup>. No entanto, ficou assentado pela CIDH que os acusados que não desfrutavam do foro de prerrogativa de função, mas que foram julgados por força da conexão processual em única e última instância pelo órgão jurisdicional competente do Estado signatário, deveriam gozar do direito ao duplo grau de jurisdição (direito de recorrer), tal como estampado no art. 8.3, alínea “h”, da Convenção Americana.

Por essa razão, o que se vincula, em um sistema de proteção de direitos humanos fundamentais, não é o entendimento, as razões determinantes e a *ratio decidendi* do julgado, mas a obrigação de promover o processo dialógico entre decisões transjudiciais. A operação dialógica, portanto, é que se impõe. Afinal, o diálogo é uma exigência interna do ato de julgar em busca de aprimorar a própria interpretação do direito aplicável. E isso deriva, como já dito, do direito à justificação como

---

<sup>1029</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *Vigésimo Quinto Ag. Reg. na Ação Penal - AP 470/MG, Minas Gerais. AgR-Vigésimo Quinto/MG*, Rel. para Acórdão Min. Teori Zavascki, maioria, j. 18/09/2013. páginas 56-57 de 199 (inteiro teor do Acórdão). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5276366>).

metodologia intrínseca ao Estado de Direito numa era reinante do constitucionalismo global.

É claro que não se pode confundir a escolha aleatória dos precedentes com a obrigatoriedade de segui-los. A obrigatoriedade decorre do sistema que inclui e, ao mesmo tempo, integra em tecido único todos os julgados, não cabendo, pois, ao tribunal à sua livre escolha deixar de considerá-lo no processo de elaboração de sua decisão. O caráter aleatório na eleição de precedentes por parte do tribunal, em verdade, sempre ocorreu, independentemente se o uso for facultado ou obrigatório.

Sendo considerado obrigatório o diálogo, como selecionar os precedentes e os órgãos judiciais a dialogar ou a comparar? Uma coisa parece se afigurar evidente em uma perspectiva sistêmica do direito aplicável. A escolha do precedente não deve se basear unicamente no prestígio do órgão judicial prolator e apenas na circunstância de ser de livre escolha do tribunal disposto a dialogar.

Por outro lado, ressaltam Basil Markesinis e Jörg Fedtke que a pesquisa comparativa dos precedentes estrangeiros não pode ser exauriente e deve ser respaldada em critérios racionais<sup>1030</sup>. Por isso mesmo, a busca por inspiração jurisdicional não pode se reduzir à procura de precedentes que ratifiquem opiniões pessoais do juiz já previamente formadas, mas antes deve levar em conta aspectos pragmáticos de relevância da decisão paradigma, afinidade jurídica e acessibilidade<sup>1031</sup>.

Acresce Giuseppe De Vergottini que a escolha de qual precedente pretende invocar há de atender ao critério de utilidade em referência a se mostrar útil ao objetivo que o juiz almeja, seja para clarear os termos em que deseja argumentar, seja para reforçar as razões que constrói<sup>1032</sup>. Mas, como já dito, não se pode confundir facultatividade com compreensão ou interpretação equivocada do precedente.

No julgamento do *Caso Payne vs. Tennessee (1991)*, a Suprema Corte norte-americana entendeu que a vinculação de precedentes judiciais pela sistemática do *stare*

---

<sup>1030</sup>MARKESINIS, Basil; FEDTKE, Jörg. *Giudici e diritto straniero: la pratica del diritto comparato*, cit., p. 236.

<sup>1031</sup>Id. *Ibid.*, p. 239.

<sup>1032</sup>DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le corti*, cit., p. 157.

*decisis* promove “the evenhanded, predictable, and consistent development of legal principles, fosters reliance on judicial decisions, and contributes to the actual and perceived integrity of the judicial process.”<sup>1033</sup>.

Os precedentes podem ser vinculantes ou obrigatórios e persuasivos ou facultativos, como já visto. Porém, se integram o mesmo sistema de proteção, devem ser sempre de referência obrigatória. Isso não significa dizer que devem sempre seguir a orientação estampada no precedente. Compreende-se a obrigatoriedade como a obrigação de considerá-lo como precedente dialogando sujeito ao processo dialógico para segui-lo ou não, a depender das razões e das particularidades do caso submetido a julgamento, sem que haja, necessariamente, uma busca pela homogeneidade ou uniformidade interpretativa.

#### 4.9. Heterogeneidade da interpretação dos direitos humanos fundamentais

A estrutura verticalizada do Poder Judiciário no plano interno dos Estados sempre se alicerçou na ideia de que assim modelado haveria maior probabilidade de alcançar a homogeneidade do tratamento conferido pelos juízes aos jurisdicionados<sup>1034</sup>. Eduardo Oteiza exemplifica, com a cassação de decisões por tribunais superiores, o *stare decisis*, as decisões com eficácia *ultra partes* e as súmulas vinculantes no modelo

---

<sup>1033</sup>UNITED STATES SUPREME COURT. *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808 (1991). p. 827. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/501/808/>.

<sup>1034</sup>Volkmar Gessner conta que a uniformidade do direito remonta, a bem da verdade, à época do império romano de aplicação do *ius gentium* aos cidadãos estrangeiros, quando profere as seguintes linhas: “In the Roman Empire the *praetor* had jurisdiction only in cases originating from a Roman citizen. An additional court was created to deal with foreign actions: the *praeter peregrinus*. This judge had to apply the *jus gentium*, not the *jus civile*, if one of the parties of the lawsuit was not a Roman citizen. This ‘universal’ *jus gentium* (albeit of Roman origin and not a product of international conventions) was a precursor of modern uniform law and succeeded in avoiding the conflict of laws situation. When in 212 A.D. the Roman citizenship was extended to all free men of the Roman Empire, this judge disappeared (and the *Corpus Juris Civilis* did not have to deal with conflicts of laws either)” (GESSNER, Volkmar. The institutional framework of cross-border interaction, cit., p. 39).

brasileiro, as técnicas que permitem alcançar a pretendida homogeneização de entendimentos e interpretações<sup>1035</sup>.

Em atenção ao cenário global de supremacia de trocas econômicas, Volkmar Gessner sugere a interação transfronteiriça entre instituições sociais<sup>1036</sup>e, no caso de órgãos judiciais, afirma que haveria até mesmo redução de custos operacionais e consequente crescimento econômico<sup>1037</sup>. Isso talvez se explique pela busca da uniformização de tratamento de casos semelhantes, que acaba por padronizar e tornar, por via de consequência, previsível o direito aplicável.

Como lembra Antonie Guarapon, interessa ao neoliberalismo a *standardização* do direito com a homogeneização das decisões, para proporcionar a previsibilidade necessária ao “cliente” (jurisdicionado) do Poder Judiciário fazer escolhas com plena consciência do resultado que poderá advir<sup>1038</sup>. Luis Cláudio Martins de Araújo reforça o coro partindo de uma visão de previsibilidade e de equidade que a exigência de observância de precedentes transnacionais propicia, para evitar inconsistência e na dissonância interpretação em escala global<sup>1039</sup>.

No caso do direito europeu, o princípio da uniformidade, na expressão de Carlos Carranho Proença, “pressupõe que o direito da União aplicável no espaço dos Estados membros seja o mesmo”, na medida em que, caso contrário, as normas ou práticas nacionais anulariam essa pretensão de comunhão e de unitariedade sistêmica<sup>1040</sup>.

Realça Elaine Mak que os tribunais nacionais têm se comportado de maneira bem distinta do que tradicionalmente agiam, porquanto vêm procurando uniformizar a interpretação de normas internacionais e supranacionais e acompanhar o entendimento

---

<sup>1035</sup>OTEIZA, Eduardo. L'uso del precedente nel dialogo tra Corti nazionali e transnazionali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano 69, n. 2, p. 467, giug. 2015.

<sup>1036</sup>GESSNER, Volkmar. The institutional framework of cross-border interaction, cit., p. 17-18.

<sup>1037</sup>Id. Ibid., p. 18.

<sup>1038</sup>GARAPON, Antoine. *Lo Stato minimo: il neoliberalismo e la giustizia*, cit., p. 46.

<sup>1039</sup>ARAÚJO, Luis Cláudio Martins de. *O diálogo institucional entre cortes constitucionais: uma nova racionalidade argumentativa da jurisdição constitucional justificada pelos diálogos institucionais transnacionais*, cit., p. 234.

<sup>1040</sup>PROENÇA, Carlos Carranho. *Tutela jurisdicional efetiva no direito da União Europeia: dimensões teóricas e práticas*, cit., p. 246.

de outros tribunais integrantes do sistema jurídico, além de assegurar a tutela de direitos fundamentais em consonância com a opinião internacional e de promover o diálogo transjudicial com outras Cortes estrangeiras<sup>1041</sup>.

Para Michele Taruffo, a uniformidade da jurisprudência correspondeu por muito tempo um valor fundamental perseguido por vários ordenamentos jurídicos<sup>1042</sup>. O mestre italiano elenca vários motivos para se desejar alcançar tal desiderato: a) exigência de assegurar a certeza do direito, dado que a uniformidade jurisprudencial evita incerteza e variedade de decisões; b) garante a igualdade de tratamento conferida pelo Estado-juiz aos cidadãos em face da lei, em sintonia com o princípio do *stare decisis* próprio da família do *common law*; c) proporciona a previsibilidade das decisões futuras, de modo que as partes devem ter confiança na manutenção do mesmo juízo decisório por juízes no futuro. Complementa, ainda, que a previsibilidade pode trazer benefícios econômicos, já que a parte evitaria buscar o Judiciário, se soubesse com antecedência o resultado que possivelmente poderia ser obtido com o seu caso específico<sup>1043</sup>.

Acredita Slaughter que o crescimento da fertilização cruzada de ideias e precedentes conduzirá a um ostensivo consenso internacional e consequente unidade jurídica igualmente internacional<sup>1044</sup>. Afinal, os juízes, diz Slaughter, estão mais propensos a alcançar um consenso em relevantes casos de cortes ao redor do mundo quando consultam uma questão particular do que uma resposta ou posição específica<sup>1045</sup>. Robert Alexy defende, inclusive, a existência de argumentos de consenso em matéria de direitos fundamentais, obtidos a partir da aceitação geral dos participantes do discurso<sup>1046</sup>. Já Antonio Cassese elenca algumas graves violações a

---

<sup>1041</sup>MAK, Elaine. Justice at a new scale: introducing a conceptual framework for the analysis of highest courts' role in a globalised context, cit., p. 119.

<sup>1042</sup>TARUFFO, Michele. La giurisprudenza tra casistica e uniformità. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, anno 68, n. 1, p. 35, mar. 2014.

<sup>1043</sup>Id. Ibid., p. 35-36.

<sup>1044</sup>SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts, cit., p. 202.

<sup>1045</sup>SLAUGHTER, Anne-Marie. *A new world order*, cit., p. 78.

<sup>1046</sup>ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995. p. 114-115.



direitos humanos, tais como o genocídio, a discriminação racial, a prática de tortura e a negativa à autodeterminação dos povos, que haveria maior convergência ou ponto de encontro interpretativo entre os Estados<sup>1047</sup>.

Conclui Slaughter que o surgimento de uma ordem jurídica global nasce do pluralismo de sistemas jurídicos múltiplos, porém se desenvolve a partir de uma identidade comum, no qual o diálogo busque a uniformidade e eventual debate ou divergência conduzam à adesão<sup>1048</sup>. Isso porque Armin von Bogdandy e Ingo Venzke advertem que os jurisdicionados, de uma maneira geral, tendem a desfrutar de expectativas normativas de que, em casos semelhantes, Cortes de Justiça decidam com base em seus julgamentos passados, à luz predominantemente das *rationes decidendi*<sup>1049</sup>.

Não se pode confundir, contudo, homogeneidade com coerência jurisprudencial. Nesta derradeira hipótese, exigir que o tribunal seja coerente consiste na preocupação de respeitar os próprios precedentes e tentar atender para a uniformidade dentro de seu âmbito. Enquanto coerência diz respeito à própria corte, homogeneidade refere-se a idêntico entendimento em tribunais distintos.

Guillem Cano Palomares elenca três principais problemas quando a jurisdição supranacional dos direitos humanos não atua em conformidade com o princípio da coerência. O primeiro deles é o tratamento desigual que se concede a Estados e a indivíduos perante o Convênio de Direitos Humanos. Em segundo plano, pode ocorrer insegurança jurídica e imprevisibilidade do sistema protetivo. E, por fim, prejudica a desejada unidade interna da tutela dos direitos humanos<sup>1050</sup>.

---

<sup>1047</sup>CASSESE, Antonio. *I diritti umani oggi*. Roma: Editori Laterza, 2012. p. 72.

<sup>1048</sup>SLAUGHTER, Anne-Marie. *A new world order*, cit., p. 219.

<sup>1049</sup>BOGDANDY, Armin von; VENZKE, Ingo. Beyond dispute: international judicial institutions as lawmakers. In: BOGDANDY, Armin von; VENZKE, Ingo (Eds.). *International judicial lawmaking: on public authority and democratic legitimation in global governance*. Heidelberg: Springer, 2012. p. 13. (Max-Planck – Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Band 236).

<sup>1050</sup>CANO PALOMARES, Guillem. La coherencia jurisprudencial en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. In: LÓPEZ GUERRA, Luis; MORTE GÓMEZ, Carmen; MENGUAL I MALLOL, Anna Maria; CANO PALOMARES, Guillem (Eds.). *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una visión desde dentro*. 1. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 287-288.

A constante interatividade constatada no regime de proteção regional dos direitos humanos, no entanto, nem sempre conduz à convergência ou à harmonização, como registra Roberto Zaccaria. Para tanto, cita a posição do TEDH considerou a medida restritiva adotada pelo Governo da Letônia à liberdade de expressão nas eleições como legítima, ainda que aprioristicamente ofensiva à jurisprudência do tribunal, apoiando-se na fragilidade das instituições democráticas recém instaladas após a derrocada do domínio da antiga União Soviética<sup>1051</sup>.

Rafael Bustos Gisbert chega a dizer, inclusive, que o diálogo propicia soluções compatíveis, nunca idênticas ou de plena conformidade entre as ordens jurídicas, o que significa que essas permanecem em funcionamento simultâneo<sup>1052</sup>. E, para tanto, não precisa haver um ponto de convergência entre os ordenamentos jurídicos, nem mesmo norma que ocupe posição de supremacia e esteja em posição hierárquica superior.

O diálogo, para Fischer-Lescano e Teubner, no plano global, promove a uniformidade e, ao mesmo tempo, também o dissenso e o debate fundamentados, que se constituem em importantes elementos da segurança jurídica, na medida em que não há um órgão jurisdicional que ocupe o ápice da estatura do Poder Judiciário<sup>1053</sup>.

Haverá, no processo dialógico, uniformidade, se os elementos fáticos forem rigorosamente iguais ou semelhantes, como ocorrera no caso da posição firmada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em *Almonacid Arellano vs. Chile* (1973). Por outro lado, a posição firmada pelo tribunal dialogado pode ser diversa daquela estabelecida no precedente paradigma, se houver algum fato por demais relevante a merecer uma diferenciação que o torne insuscetível de incidência.

Anuncia Anne Peters que homogeneidade, no regime democrático, normalmente é confundido com consenso, que nada mais significa do que a uniformidade de

---

<sup>1051</sup>ZACCARIA, Roberto. La libertà d'espressione e giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. In: Ruggeri, Lucia (Ed.). Giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e influenza sul diritto interno. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012. p. 297.

<sup>1052</sup>BUSTOS GISBERT, Rafael. XV proposiciones generales para una teoria de los diálogos judiciales, cit., p. 195.

<sup>1053</sup>FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. *Regime-Kollisionen: Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, cit., p. 58.

entendimentos sobre princípios fundamentais da sociedade. Porém, Peters defende que a democracia, ao contrário do pensamento clássico, pode ser consolidada na diversidade, sobretudo porque o processo de homogeneização implica a assimilação ou a exclusão e, por conseguinte, a eliminação de elementos heterogêneos que poderiam ser levados em consideração. Daí recomendar como melhor caminho a ser trilhado pelo constitucionalismo o diálogo intercultural<sup>1054</sup>.

É de observar que a própria lei também se apoia numa lógica de verticalidade impositiva e nem por isso se assegura a uniformidade de tratamento legal aos indivíduos. Diferente, evidentemente, não poderia ocorrer com o direito produzido pelos juízes e pela atividade judicante. A heterogeneidade entre decisões judiciais sobre casos idênticos ou semelhantes é até certo ponto tratada como intrínseca ao próprio sistema judicial, em nome da independência e autonomia do juízo judicativo-decisório.

Michele Taruffo lembra que podem existir boas razões para decidir casos similares de modo diversos, até porque não há propriamente dois fatos rigorosamente iguais. Daí porque seria a partir da diferença que se deveria se alicerçar a interpretação da norma incidente sobre um dado caso concreto. Para ele, a referência aos fatos do caso não de nortear a interpretação da norma, de modo que, se a norma não vier interpretada com base naqueles fatos, a consequência será a sua inaplicabilidade a ele (não-incidência da norma interpretada ao caso fático atribuído)<sup>1055</sup>.

Afinal, vaticina Benoit Frydman que as decisões judiciais fundam-se não apenas nos precedentes (*précédents*), mas também nos “excedentes” (*excédents*) ou nos “extracedentes” (*extracédents*)<sup>1056</sup>.

Mas a questão não parece tão simples como se imagina. Taruffo ainda levanta uma problemática de que os fatos são infinitos e, logo, seriam também infinitas as possibilidades de descrição dos fatos. Por isso, não seria fácil determinar quais seriam

---

<sup>1054</sup>PETERS, Anne. Dual democracy, cit., p. 308-309.

<sup>1055</sup>TARUFFO, Michele. La giurisprudenza tra casistica e uniformità, cit., p. 41-42.

<sup>1056</sup>FRYDMAN, Benoit. *Le dialogue international des juges et la perspective idéale d'une justice universelle*. p. 11. Disponível em: [http://www.philodroit.be/IMG/pdf/B.\\_FRYDMAN\\_-\\_Conclusion\\_-\\_Le\\_dialogue\\_international\\_des\\_juges\\_-\\_30\\_mars\\_2007.pdf](http://www.philodroit.be/IMG/pdf/B._FRYDMAN_-_Conclusion_-_Le_dialogue_international_des_juges_-_30_mars_2007.pdf).

as particularidades que se afiguram significativamente relevantes para a interpretação da norma e às quais se faz referência<sup>1057</sup>.

Com efeito, o diálogo transjudicial não se propõe a se limitar apenas a buscar consensos no sentido da homogeneização de entendimentos e uniformização de decisões, mas estabelecer diferenças e operações de *distinguishing* entre paradigmas jurisprudenciais e casos concretos. Obtempera Geir Ulfstein que, na verdade, os tribunais internacionais utilizam a teoria dos precedentes judiciais no sentido de que necessitam, no discurso argumentativo, distinguir paradigmas jurisprudenciais e, mais especificamente, discorrer sobre os motivos e as razões fático-jurídicas que não pode ou não precisa segui-los<sup>1058</sup>.

Daí o distanciamento do pensamento de Habermas<sup>1059</sup>. Qualquer política de diálogo também prospera quando há desequilíbrio entre os dialogantes. É possível o diálogo quando existem assimetrias de poder, de influência ou de maior sofisticação ou prolixidade do sistema jurídico. O diálogo estimula a heterogeneização de posicionamentos com base na fixação de diferenças.

Com alicerce na teoria luhmanniana, é possível assinalar que o diálogo entre tribunais não produz apenas consensos, mas também dissensos no sentido de que consegue apontar diferenças, distanciamentos, peculiaridades distintivas, características particulares entre institutos, interpretações e situações fático-jurídicas e, em algumas hipóteses, até mesmo sugerir a não-incidência de determinado paradigma ou referência decisória. Marcelo Neves chega a asseverar que a questão essencial do direito, em verdade, não se resolve no desejo pelo consenso, mas na tentativa de compatibilizar dissensos<sup>1060</sup>.

Sentenciam Maurice Adams e Jacob Bomhoff que questões relacionadas a semelhanças e diferenças constituem-se no coração do direito comparado, porém o que

---

<sup>1057</sup>TARUFFO, Michele. La giurisprudenza tra casistica e uniformità, cit., p. 42-43.

<sup>1058</sup>ULFSTEIN, Geir. The international Judiciary, cit., p. 139.

<sup>1059</sup>Para conhecer a essencialidade do consenso na teoria da ação comunicativa de Habermas, cfr. HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns: Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*. Band II. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.

<sup>1060</sup>NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica*, cit., p. 55.

mais instiga a comparação jurídica repousa em saber o que deve ser identificado como semelhanças ou diferenças<sup>1061</sup>.

Luhmann apenas se equivoca na afirmativa de que nenhuma argumentação seria capaz de mudar o direito vigente e que muito menos teria potencial de dar validade a novos direitos e deveres e com ele criar condições que possam ensejar alterações<sup>1062</sup>. Isso porque a argumentação dialógica, ensinam Basil Markesinis e Jörg Fedtke, amplia o horizonte do juiz alargando as alternativas existentes em nova perspectiva de solução dos problemas<sup>1063</sup>, o que pode até ensejar certa harmonização, se houver mesmo alguma necessidade neste sentido<sup>1064</sup>. E isso, não obstante Luhmann definir argumentação como contexto de decisões anteriores e posteriores, através da construção de analogias e distinções. De um vértice, a técnica de utilização de exemplos contribuiria de maneira significativa no processo argumentativo<sup>1065</sup>. E de outro, a *ratio decidendi* configuraria instituto jurídico criado para ligar a decisão com as decisões precedentes<sup>1066</sup>.

O diálogo, como se vê, busca promover a diversidade de entendimentos, compreendido como interessante propulsor de enriquecimento jurídico e de cooperação entre os Estados e a comunidade jurídica onde alcançar a comunicação transfronteiriça judicial. E mais do que isso, a adoção da metodologia do diálogo transjudicial busca propiciar coerência do sistema único da proteção dos direitos humanos fundamentais e

---

<sup>1061</sup>ADAMS, Maurice; BOMHOFF, Jacob. Comparing law: practice and theory. In: ADAMS, Maurice (Ed.). *Practice and theory in comparative law*. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 15.

<sup>1062</sup>LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, cit., p. 338.

<sup>1063</sup>Gustavo Zagrebelsky incita a meditar o diálogo judicial “É come ricorrere, per risolvere un problema difficile, a ‘un amico ricco di esperienza’, che fa pensare meglio, risveglia energia potenziali latenti, allarga le prospettive e arrischiava le argomentazioni, portando alla luce punti di vista forse altrimenti ignorati: ‘il diritto comparato mi serve come un specchio: mi consente di osservarmi e comprendermi meglio’ (palavras de Aharon Barak, *Comparative Law, Originalism and the Role of a Judge in a Democracy: A Reply to Justice Scalia*). La circolazione delle giurisprudenze non compromette dunque l’identità della propria. La comunicazione di esperienze è sempre filtrata perché presuppone *standard* minimi di omogeneità e giudizi di congruità su testi e contesti giurisprudenziali. Questi giudizi sono delle Corti nazionali. Non si determina alcuna diminuzione della loro funzione sovrana” (ZAGREBELSKY, Gustavo. Corti costituzionali e diritti universali. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, n. 2, p. 297, 2006).

<sup>1064</sup>MARKESINIS, Basil; FEDTKE, Jörg. *Giudici e diritto straniero: la pratica del diritto comparato*, cit., p. 88.

<sup>1065</sup>LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, cit., p. 349.

<sup>1066</sup>Id. *Ibid.*, p. 314.

evitar subjetivismo ideológico de tribunais e cortes na resolução de casos submetidos a julgamento.

#### **4.10. Fortalecimento dos direitos humanos fundamentais no âmbito do direito interno pela rede sistêmica da comunidade judicial dialogante**

A força motriz da juridicização da norma de direito internacional depende, inexoravelmente, em grande medida, da sua justicialização pelos tribunais e cortes, não apenas internacionais, mas sobretudo dos Estados no âmbito doméstico, que reconheçam os seus respectivos prestígios e dignidade no exame do caso concreto.

Já profetizava Juan Antonio Carrillo Salcedo que a eficácia do direito internacional depende em grande medida à exata proporção em que os ordenamentos jurídicos nacionais acompanhem ou estejam em sintonia, na concreção aplicativa do direito, com as normas de direito internacional<sup>1067</sup>.

Para Santarelli e Espósito, ao agir como patrocinadores do direito internacional, os juízes nacionais terminam por enviar mensagens à sociedade sobre a relevância de bens internacionais coincidentes com os nacionais. Podem, ainda, contribuir para o aperfeiçoamento de políticas normativas de atores internos e externos (transnacionais e internacionais). Acabam por fortalecer os sistemas de proteção supranacional e internacional dos direitos humanos, podendo dar-lhes mais crédito e legitimidade, além de influenciar na construção do conteúdo das normas de direito internacional<sup>1068</sup>.

Geir Ulfstein, ao descartar a estruturação do Judiciário internacional numa moldura hierárquica, confia que os tribunais nacionais podem clarificar com bastante precisão a tese jurídica prevalecente e contribuir para o desenvolvimento do direito internacional, em especial no cenário dos direitos humanos, cuja dependência é ainda

---

<sup>1067</sup>CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Curso de derecho internacional público*, cit., p. 148.

<sup>1068</sup>CARRILHO SANTARELLI, Nicolás; ESPÓSITO, Carlos. Los jueces nacionales como garantes de bienes jurídicos humanitarios, cit., p. 71-74.

sentida com maior vigor, em face da possível responsabilização internacional por descumprimento da convenção protetiva de direitos humanos<sup>1069</sup>.

O Judiciário, a exemplo de outras funções estatais, para sobreviver em um mundo pulverizado de forças, influências, decisões multilaterais de organismos diversos, necessita unir-se para enfrentar cada vez mais os desafiantes problemas debatidos nas ações judiciais propostas.

A qualidade da prestação de serviço desempenhado pelo Judiciário e a sua importância como fundamental arquitetura institucional de solução de conflitos em sociedade está a depender, na quadra atual da história, de sua capacidade de interagir com outras esferas de poder judicial de outros Estados e de outros organismos internacionais e supranacionais.

O diálogo entre tribunais e juízes assume, de certa maneira, abertura democrática e se constitui em fonte de legitimação social e jurídica nas soluções de conflitos por meio de decisões judiciais.

Merris Amos assinala que o diálogo transjudicial implica a criação de normas, o incremento da legitimidade dos direitos internacional e doméstico dos direitos humanos e fortalece o Poder Judiciário, ressaltando, ainda, que, na situação do Reino Unido, houve até uma relativa diminuição das violações de direitos humanos<sup>1070</sup>.

A concorrência entre ordens jurídicas, à luz de Andrea Zoppini, estimula a experimentação de novos modelos normativos, podendo até sugerir alterações na legislação interna de uma delas<sup>1071</sup>. Para Sam Muller e Sidney Richards, o diálogo fortalece a qualidade e a legitimidade das decisões judiciais sem por em risco a autonomia dos juízes<sup>1072</sup>.

De certa forma, o diálogo transjudicial pode propiciar a consolidação da identidade constitucional nacional. Mattias Wendel ensina que as relações de

---

<sup>1069</sup>ULFSTEIN, Geir. *The international Judiciary*, cit., p. 151-152.

<sup>1070</sup>AMOS, Merris. *The dialogue between United Kingdom Courts and the European Court of Human Rights*, cit., p. 572 e 581.

<sup>1071</sup>ZOPPINI, Andrea. *La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici*, cit., p. 17-18.

<sup>1072</sup>MULLER, Sam; RICHARDS, Sidney. *Introduction: globalisation and highest courts*, cit., p. 19.

interatividade existentes entre os níveis nacional e supranacional de aplicação jurídica na União europeia ajudam na tarefa de proteger a identidade constitucional nacional. Essa dimensão compartilhada instigam discussões e motivações argumentativas dos tribunais constitucionais a contribuírem para a criação de conceitos universais, que se projetam como ponto de encontro comum de vários princípios fundamentais diversos e variados do direito constitucional de cada Estado, fortalecendo o poder de integração do direito europeu<sup>1073</sup>.

Complementa Kurt Eichenberger que se mostra imperioso relacionar os direitos humanos com o direito nacional, necessitando adotar determinadas decisões, estruturas e funções de organização do Estado, com destaque para a incorporação de certas atitudes e comportamentos pela sociedade<sup>1074</sup>.

O Justice Stephen Breyer, da Suprema Corte americana, vê o diálogo transjudicial como uma experiência que afetou a maneira como os juízes americanos entendem as próprias soluções para problemas jurídicos inteiramente dentro do regime jurídico norte-americano. Consoante constatou Breyer, a abordagem de um juiz americano a um problema jurídico particular vem sendo profundamente afetada pela forma como os juízes estrangeiros analisam um problema semelhante, ajudando, positivamente, a melhorar a aplicação da Constituição de 1787 em conformidade com os valores americanos<sup>1075</sup>.

Cai por terra, neste diapasão, a concepção defendida por Hanno von Freyhold, Volkman Gessner e Vittorio Olgiati no sentido de que os tribunais domésticos obstaculizam, devido a restrições de sua cultura jurídica, a criação de um direito unificado ou mesmo a aproximação de ordens ou regimes jurídicos<sup>1076</sup>.

---

<sup>1073</sup>WENDEL, Mattias. Richterliche Rechtsvergleichung als Dialogform: Die Integrationsrechtsprechung nationaler Verfassungsgerichte in gemeineuropäischer Perspektive, cit., p. 366-367.

<sup>1074</sup>EICHENBERGER, Kurt. El Estado de derecho como sistema garante de los derechos humanos. In: Thesing, Josej (Ed.). *Estado de derecho y democracia*. 2. ed. Madrid: CIEDLA, 1999. p. 160.

<sup>1075</sup>BREYER, Stephen. *The Court and the world: american law and the new global realities*. New York: Vintage Books, 2016. p. 254.

<sup>1076</sup>FREYHOLD, Hanno von, GESSNER, Volkmar; OLGATI, Vittorio Olgiati. The role of courts in global legal interaction. In: GESSNER, Volkmar (Ed.). *Foreign courts-civil litigation: foreign legal cultures*. Dartmouth, 1996. p. 277-278. (Onati International Series in Law and Society).



Aurélia Schahmaneche reconhece que o diálogo tem proporcionado, através da elaboração de argumentações globalizantes, alteração significativa na racionalidade das decisões dos tribunais que dialogam. Sem falar que as decisões dialogadas terminam por adquirirem mais força persuasiva, bem mais aceitáveis<sup>1077</sup>.

O recurso ao diálogo transjudicial, recorda Schahmaneche, ganha importância à medida que o tribunal dialogado almeja a modernização da interpretação dos direitos humanos fundamentais ou a revisão do entendimento firmado jurisprudencialmente<sup>1078</sup>.

A internacionalização ou globalização do direito constitucional significará uma vitória do direito material sobre o direito processual, já que o alcance das decisões dos juízes e dos tribunais constitucionais ou supremos dos Estados nacionais recairá apenas sobre a competência territorial de seus cidadãos nacionais, porém o direito aplicável à espécie será o direito internacional dos direitos humanos. Assim, tornará desnecessária a criação de novos tribunais internacionais, regionais ou supranacionais. E da ideia de fragmentação surgirá a unidade do direito e o fortalecimento do constitucionalismo judicial dialógico.

Quanto mais o tribunal nacional aplicar os precedentes estrangeiros em matéria de direitos humanos fundamentais mais força proporcionará ao direito interno e conquistará mais prestígio decisório e, assim, menos se buscará órgãos judiciais internacionais para a tutela do direito. É um verdadeiro paradoxo sistêmico, porém perfeitamente compreensível em face da impossibilidade, em alguns casos, dos próprios indivíduos, como sujeitos de direito internacional, impugnarem diretamente decisões perante os tribunais internacionais competentes, como são as hipóteses dos regimes americano e africano de proteção dos direitos humanos.

---

<sup>1077</sup>SCHAHMANECHE, Aurélia. *La motivation des décisions de la Cour Européenne des Droits de L'Homme*, cit., p. 529.

<sup>1078</sup>Id. *Ibid.*, p. 583.

## CONCLUSÃO

### 1. Teses conclusivas

Diante das análises e reflexões que foram desencadeadas ao longo deste trabalho, é forçoso ostentar as seguintes teses conclusivas que alicerçam o pensamento dialógico:

- a) Com a globalização, o Estado deixa de ser o grande protagonista da produção do direito (ator principal) para se transformar em mero agente (ator coadjuvante) que dialoga em pé de igualdade com outros atores sociais, inclusive com organismos internacionais, regionais e supranacionais, sendo o Poder Judiciário um desdobramento desse fenômeno;
- b) O diálogo transjudicial não ocorre entre juízes considerados em si, mas entre comunicações decisórias que se realizam dentro de uma comunidade global judicial formada de decisões judiciais e razões argumentativas;
- c) Existe uma comunidade global integrada por todos aqueles indivíduos, agentes públicos e privados, entidades e órgãos não-governamentais, juízes e tribunais de todo o mundo, aberta à juridicidade igualmente global;
- d) A comunicação judicial de interpretações e sentidos dá-se por meio de liames que se estabelecem entre decisões judiciais, em que uma decisão de um juiz ou tribunal (decisão dialogada) invoca, mediante o processo dialógico (essencialmente comunicativo-argumentativo), precedente de outro tribunal integrante de ordem jurídica (regime) distinta (decisão dialoganda);
- e) A unidade do direito não se encontra no ápice hierárquico do sistema jurídico nem mesmo na norma fundamental pressuposta, mas nas operações realizadas de produção e reprodução de novas decisões, que se legitimam muito mais pelo vigor e a correção dos argumentos nelas articulados do que pela estrutura hierarquizada que possuem;

- f) O novo constitucionalismo internacional ou global compreende um discurso que rompe com o neoconstitucionalismo, dado o caráter intercultural, inter e transdisciplinar, comparativo, aberto e, sobretudo, dialógico;
- g) Dentro do constitucionalismo global, a nota característica que decorre da relação dialógica entre juízes e tribunais internacionais, regionais, supranacionais e nacionais é o constitucionalismo judicial interativo, sendo o diálogo o novo critério de validade do direito, em substituição ao conteúdo material axiológico-normativo próprio do neoconstitucionalismo;
- h) No contexto do diálogo transjudicial, não há qualquer relevância concreta entre a distinção de cariz ontológico ou normativo entre direitos humanos e direitos fundamentais, pois, embora apresentem narratividades textuais distintas, relacionam-se reciprocamente em uma interação construtiva de sentidos, podendo potencialmente alcançar uma única interpretação. Como consequência disso, na aplicação transjudicial, deve-se se falar em direitos humanos fundamentais;
- i) O juiz, na resolução do caso concreto, cria o direito, não podendo, portanto, negar o *status* de fonte jurídica as decisões judiciais e a jurisprudência;
- j) A interpretação do juiz ou do tribunal dialogado sempre modifica o conteúdo do precedente judicial dialogando, sendo sempre uma visão parcial, incompleta e limitada do alcance do julgado a depender da capacidade do intérprete de compreender e construir o sentido;
- k) Na teoria do diálogo transjudicial, as decisões comportar-se-iam como pressupostos decisórios para outras decisões futuras, que representariam sentidos interpretativos já sedimentados em julgamentos anteriores que podem se incorporar como ponto de partida argumentativo para decidir casos futuros;
- l) O diálogo transjudicial corresponde a um processo desencadeado por operações de assimilação, incorporação e rejeição do paradigma decisório dialogando, que ocorre mediante a circularidade judicial de sentidos e ideias argumentativas entre decisões judiciais.

m) A mera citação de precedentes ou de opiniões que produzem efeito meramente retórico, sem resolver quaisquer das problemáticas enfrentadas no caso em julgamento, não pode se qualificar como verdadeiro diálogo transjudicial.

n) O diálogo transjudicial ocorre tanto explicitamente ou implicitamente. Será explícito quando os tribunais aplicam os precedentes que mencionam. Implícito quando se basear em princípios ou premissas contidas nos julgados paradigmas. No diálogo implícito, o intérprete incorpora a narratividade nacional, internacional, supranacional e regional, sem fazer qualquer referência ou deferência expressa.

o) Quanto à posição hierárquica, o diálogo transjudicial pode ser vertical ou horizontal. O diálogo vertical é aquele que se verifica entre órgãos judiciais posicionados em níveis jurisdicionais distintos, como ocorre entre juízes e tribunais nacionais e as cortes internacionais, regionais e supranacionais. O diálogo horizontal, por sua vez, é aquele que se realiza entre órgãos judiciais situados no mesmo plano ou na mesma estatura, tais como a interação entre tribunais e juízes nacionais entre si, entre as cortes regionais de proteção de direitos humanos, entre estes e os tribunais internacionais e supranacionais (Corte Internacional de Justiça, Tribunais Penais Internacionais, o Tribunal de Justiça da União Europeia e outros tribunais internacionais).

p) O diálogo transjudicial não se confunde com a utilização de direito comparado. Enquanto o direito comparado preocupa-se em aquilatar a estrutura normativa, sociológica, histórica, social e econômica do direito pertencente a outro país, o diálogo transjudicial adota processos de incorporação de sentidos como pressupostos de decisões posteriores ou, se não os incorpora automaticamente, procura detectar diferenciações e semelhanças fático-jurídicas com o precedente dialogando.

q) Integrar a mesma família jurídica (*civil law*, *common law*, *islamic law* ou outra) ou professar a mesma língua não asseguram a operacionalização do diálogo transjudicial, justamente porque o grande mérito desse mecanismo de interação entre juízes (nacionais e internacionais) descansa na circularidade de entendimentos diversos que propiciem constante aprendizado cuja diferença se constitui na mais elevada *commodity* de enriquecimento decisório.

r) O diálogo entre juízes e tribunais, no âmbito do sistema de proteção dos direitos humanos fundamentais, ocorre, basicamente, através dos três seguintes processos operativos: a) a adoção do precedente dialogando como pressuposto argumentativo sintético (premissa decisória) que se incorpora à decisão dialogada; b) a análise argumentativa de fatos e aspectos jurídicos que diferencie (*distinguishing*) o caso dialogado submetido à apreciação do precedente apontado como paradigma decisório (diferenciação); e c) o alargamento do âmbito aplicativo-normativo do precedente dialogando a incidir em um caso concreto que, em princípio, não o comportava, com fulcro no raciocínio analógico (analogia).

s) A intensificação do diálogo entre tribunais, porém, conduz, naturalmente, à eliminação de regimes jurídicos separados, estanques e compartimentados, tornando-se desnecessário, por exemplo, falar-se em sistemas de proteção de direitos humanos. Ao invés de sistemas, haveria um único sistema de tutela de direitos humanos fundamentais, concebido como uma verdadeira rede sistêmica de proteção.

t) Com a criação de uma rede sistêmica de direitos humanos fundamentais, uma decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos pode ser citada por algum juiz ou tribunal nacional do regime interamericano. E mais do que isso, no processo do diálogo transjudicial, as cortes nacionais podem reinterpretar o direito interno interpretado pelos tribunais internacionais e as cortes internacionais estão, por conseguinte, autorizadas a conferir nova interpretação à exegese dada pelos tribunais nacionais aos direitos humanos previstos nos tratados ou convenções internacionais.

u) se os precedentes dialogandos integram o sistema único de proteção dos direitos humanos fundamentais, devem ser sempre de referência obrigatória, porém isso não significa dizer que o juízes e tribunais hão de seguir a orientação estampada no precedente. Compreende-se a obrigatoriedade como a obrigação de considerá-lo como precedente dialogando sujeito ao processo dialógico para segui-lo ou não, a depender das razões e das particularidades do caso submetido a julgamento, sem que haja, necessariamente, uma busca pela homogeneidade ou uniformidade interpretativa.

v) O diálogo entre tribunais não produz apenas consensos, mas também dissensos no sentido de que consegue apontar diferenças, distanciamentos, peculiaridades distintivas, características particulares entre institutos, interpretações e situações fático-jurídicas e, em algumas hipóteses, até mesmo sugerir a não-incidência de determinado paradigma ou referência decisória.

x) Quanto mais o tribunal nacional aplicar os precedentes estrangeiros em matéria de direitos humanos fundamentais mais força proporcionará ao direito interno e conquistará mais prestígio decisório e, assim, menos se buscará órgãos judiciais internacionais para a tutela do direito.

## **2. Considerações finais**

A partir das teses conclusivas firmadas no tópico anterior, é possível inferir que, numa concepção do constitucionalismo global impulsionado pelo diálogo entre juízes e tribunais, alguns paradigmas do direito modificaram-se profundamente. A começar pela noção da autoridade hierárquica do Estado e do direito por ele produzido. É certo que o elemento da hierarquia ainda continua a desfrutar de relativa importância para o direito, mas, ao se referir à possibilidade de influência do direito judicial estrangeiro, essa ideia restou sepultada.

É inegável que o Estado, por meio de seus órgãos, entre os quais, o Poder Judiciário, vem assumindo um papel cada vez mais dialógico do que jamais exercera no passado. Nunca os juízes e tribunais espalhados pelo mundo fizeram tantas referências a julgados de outras cortes além-fronteiras. Mas nem sempre essa comunicação caracteriza verdadeiro diálogo transjudicial. É preciso diferenciar o processo dialógico, marcado pela operacionalização de alguma das técnicas de incorporação de premissas decisórias, da diferenciação ou do alargamento de precedentes, das outras formas ou métodos afins de comparação jurídica, até mesmo porque quase todas se fundam num raciocínio analógico.

Da observação de como os precedentes dialogando se comunicam, chegou-se à conclusão de que, em última análise, não se tem vários sistemas jurídicos de proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, mas um único sistema de proteção judicial dos direitos humanos fundamentais. Aquilo que, normalmente, se denomina como “sistemas” deve ser chamado de “regimes”, pois, no diálogo, em especial aquele desencadeado entre os tribunais nacionais e as cortes regionais de direitos humanos, observa-se uma única rede sistêmica de interpretações e sentidos que se adicionam ao longo de sucessivas decisões judiciais.

Constatou-se, realmente, que pouco realce atualmente gozam as constituições e tratados ou convenções internacionais na aplicação judicial dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Isso porque, em sintonia com a maneira como vem ocorrendo a interação judicial, qualquer juiz ou tribunal integrante da comunidade global judicial pode adotar qualquer precedente dialogando produzido por cortes estrangeiras, independentemente de vinculação normativa, caindo por terra a necessidade, para as cortes nacionais, de internalizar ou reconhecer o *status* constitucionais de eventuais normas internacionais.

Para fortalecer essa tutela judicial dos direitos humanos fundamentais, é imperioso considerar obrigatório que o juiz ou o tribunal submeta o seu caso judicativo-decisório ao processo dialógico, sem que haja necessariamente o compromisso com a uniformidade ou com a ideia de homogeneização de entendimentos. Faz parte da operação dialógica a rejeição do precedente dialogando, se existirem elementos fático-jurídicos relevantes que justifiquem racionalmente esse afastamento aplicativo.

A experiência dialógica entre juízes e tribunais bem demonstra que a intensificação dessas operações de conversação resultará em frutífera incorporação circular de sentidos e contribuirá, como já vem contribuindo, para a solidificação da proteção dos direitos do homem em todos os recantos do mundo, especialmente por meio da capilarizada atividade judicante do juiz ou do tribunal nacional.

## FONTES CITADAS

### 1. Jurisprudência

AFRICAN COURT ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS. *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya*. Application no.006/2012. 26 May 2017. Disponível em: <http://en.african-court.org/images/Cases/Judgment/Application%20006-2012%20-%20African%20Commission%20on%20Human%20and%20Peoples%E2%80%99%20Rights%20v.%20the%20Republic%20of%20Kenya..pdf>.

\_\_\_\_\_. *Tanganyika Law Society and the Legal and Human Rights Centre & Reverende Christopher Mtika vs. Tanzania (2013)*. Disponível em: [http://www.worldcourts.com/acthpr/eng/decisions/2013.06.14\\_Tanganyika\\_Law\\_Society\\_v\\_Tanzania.pdf](http://www.worldcourts.com/acthpr/eng/decisions/2013.06.14_Tanganyika_Law_Society_v_Tanzania.pdf).

\_\_\_\_\_. *Michelot Yogogombaye versus The Republic of Senegal*. 15 December 2009. Disponível em: [http://www.worldcourts.com/acthpr/eng/decisions/2009.12.15\\_Yogogombaye\\_v\\_Senegal.htm](http://www.worldcourts.com/acthpr/eng/decisions/2009.12.15_Yogogombaye_v_Senegal.htm).

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Avico, Oscar Agustin c/de la Pesa, Saúl G. 7/12/1934 - Fallos: 172:21*. [https://sj.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=em\\_econom](https://sj.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=em_econom).

\_\_\_\_\_. Poder Judicial de la Nación. *Tribunal Oral en lo Criminal Federal de la Plata NRO. I.* [Disponível em: <http://www.hijos-capital.org.ar/wp-content/uploads/2017/12/doc-21498.pdf>].

BOGOTÁ. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Justicia y Paz, 1 de diciembre de 2011. *Postulados: José Rubén Peña Tobón, Wilmer Morelo Castro y Jose Manuel Hernández Calderas*. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/PoderCiudadanoColombia/tribunal-superior-del-distrito-judicial-de-bogot-sala-de-justicia-y-paz-sentencia-jose-ruben-pena-y-wilmer-morelo-jose>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4439/DF, Distrito Federal*. Rel. para Acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 27/09/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3926392>.

\_\_\_\_\_. *Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4.357/DF, Distrito Federal*. Rel. para Acórdão Min. Luiz Fux, maioria, j. 14/03/2013. 326p. (inteiro teor do Acórdão). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordao-adi-4357.pdf>.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4.425/DF, Distrito Federal*. Rel. Min. Luiz Fux, maioria, j. 14/03/2013. 310p. (inteiro teor do Acórdão). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=191921993&ext=.pdf>.

\_\_\_\_\_. *Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4277/DF, Distrito Federal*. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>.

\_\_\_\_\_. *Ag. Reg. na Medida Cautelar na Reclamação - RCL 15243/RJ*. Rel. Min. Celso de Mello, unânime, j. 18/11/2014. 19p. (inteiro teor do Acórdão). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7375422>.

\_\_\_\_\_. *Ag. Reg. no Habeas Corpus - HC 111.567/AM*. AgR/AM, Rel. Min. Celso de Mello, unânime, j. 05/08/2014. 37p. (inteiro teor do Acórdão). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081159>.

\_\_\_\_\_. *Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo - ARE 831.377/ MG, Minas Gerais*. AgR/MG, Rel. Min. Celso de Mello, unânime, j. 16/12/2014. 16p. (inteiro teor do Acórdão). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7688081>.

\_\_\_\_\_. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Acórdão da ADPF 153, Distrito Federal*. Plenário, Rel. Min. Eros Grau, j. 29/04/2010, DJE 06/08/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>.

\_\_\_\_\_. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 54/DF, Distrito Federal*. Rel. Min. Marco Aurélio, maioria, j. 12/04/2012. 433p. (inteiro teor do Acórdão). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>.

\_\_\_\_\_. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 132/RJ, Rio de Janeiro*. Rel. Min. Ayres Britto, Publicação, 14/10/2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>.

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus - HC 110.185/SP, São Paulo*. Acórdão 14/05/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7046328>.

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus - HC 114982/SP*. Rel. Min. Rosa Weber, unânime, j. 28/05/2013. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23356467/habeas-corpus-hc-114982-sp-stf/inteiro-teor-111690467>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *Habeas Corpus – HC 115045/SP*. Rel. Min. Rosa Weber, unânime, j. 23/04/2013. 26p. (inteiro teor do Acórdão). Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23308136/habeas-corpus-hc-115045-sp-stf/inteiro-teor-111675662>.

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus – HC 141.949/DF, Distrito Federal*. Relator Ministro Gilmar Mendes. 13/03/2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14700730>.

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus – HC 379.269-MS, Mato Grosso do Sul*. Rel. Reynaldo Soares da Fonseca, 24.05.2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/474450253/habeas-corpus-hc-379269-ms-2016-0303542-3/inteiro-teor-474450262>.

\_\_\_\_\_. *HC 379.269-MS, 3ª Seção*. Rel. para Acórdão Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 24/05/2017, DJE 30/06/2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/474450253/habeas-corpus-hc-379269-ms-2016-0303542-3/inteiro-teor-474450262?ref=juris-tabs>.

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus - HC 82424 RS, Rio Grande do Sul*. Diário da Justiça - 19/03/2004. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corpus-hc-82424-rs>.

\_\_\_\_\_. *Mandado de Segurança – MS 32.033/DF, Distrito Federal*. Rel. para Acórdão Min. Teori Zavascki, maioria, j. 20/06/2013. 314p. (inteiro teor do Acórdão). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5290006>.

\_\_\_\_\_. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 1946-5/DF, Distrito Federal*. MC, Plenário, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 29/04/1999, DJU 14/09/2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347341>.

\_\_\_\_\_. *Medida Cautelar na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF MC 347-DF, Distrito Federal*. Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/09/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>.

\_\_\_\_\_. *RE 140.265-2, 2ª Turma*, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 20/10/1992, DJU 28/05/1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=208227>.

\_\_\_\_\_. *Reclamação - RCL 4374/PE-Pernambuco*. Rel. Min. Gilmar Mendes, maioria, j. 18/04/2013. 75p. (inteiro teor do Acórdão). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Recurso Extraordinário - RE 511.961/SP*. Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17/06/2009, DJe 13/11/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>.

\_\_\_\_\_. *Recurso Extraordinário - RE 548.181/PR, Paraná*. Rel. Min. Rosa Weber, maioria, j. 06/08/2013, 64p. (inteiro teor do Acórdão). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7087018>.

\_\_\_\_\_. *Recurso Extraordinário - RE 583523/RS, Rio Grande do Sul*. Rel. Min. Gilmar Mendes, unânime, j. 03/10/2013, 45p. (inteiro teor do Acórdão). Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342665/recurso-extraordinario-re-583523-rs-stf/inteiro-teor-159438332?ref=juris-tabs>.

\_\_\_\_\_. *Recurso Extraordinário - RE 591054/SC, Santa Catarina*. Rel. Min. Marco Aurélio, maioria, j. 17/12/2014. 70p. (inteiro teor do Acórdão). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7866690>.

\_\_\_\_\_. *Recurso Extraordinário - RE 636941/RS, Rio Grande do Sul*. Rel. Min. Luiz Fux, maioria, j. 13/02/2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5581480>.

\_\_\_\_\_. *Recurso Extraordinário - RE 466.343/SP, São Paulo*. Rel. Min. Cezar Peluso, j. 03/12/2008, DJe 05/06/2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>.

\_\_\_\_\_. *Recurso Extraordinário 630.733 - Distrito Federal. RE 630733/DF, Distrito Federal*. Rel. Min. Gilmar Mendes, maioria, j. 15/03/2013. 59p. (inteiro teor do Acórdão). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4887206>.

\_\_\_\_\_. *Recurso Extraordinário com Agravo - ARE 709.212/DF, Distrito Federal*. Rel. Min. Gilmar Mendes, maioria, j. 13/11/2014. 84p. (inteiro teor do Acórdão). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7780004>.

\_\_\_\_\_. *Vigésimo Quinto Ag. Reg. na Ação Penal - AP 470/MG, Minas Gerais. AgR-Vigésimo Quinto/MG*, Rel. para Acórdão Min. Teori Zavascki, maioria, j. 18/09/2013. 199p. (inteiro teor do Acórdão). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5276366>.

CHILE. Corte Suprema de Justicia. Poder Judicial. *Caso de homicidio de Carlos Prats y Sofia Cuthbert*. Sentencia de 8 de julio de 2010. <http://www.derechos.org/nizkor/chile/doc/prats2.html>.

\_\_\_\_\_. Poder Judicial. *Caso Molco de Choshuenco (Paulino Flores Rivas y otros)* – Rol No. 559-04, Corte Suprema, Sala Penal, 13 de diciembre de 2006. Disponível em: <http://www.redalyc.org/pdf/820/82050119.pdf>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Resolução Conselho Nacional de Justiça – CNJ nº 175/2013* (Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo). Disponível em: <https://www.26notas.com.br/blog/?p=7394>.

CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA. *Bernstein v. Bester 1996 (2) SA 751 (CC)*. Disponível em: <https://collections.concourt.org.za/handle/20.500.12144/1997>.

\_\_\_\_\_. *Du Plessis and Others v De Klerk and Another*. 1996 (3) SA 850 (CC). Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/16487339/du-plessis-and-others-v-de-klerk-and-another-1996>.

\_\_\_\_\_. *S v Makwanyane and Another. S v. Makwanyone*, 1995 (3) SA 391 (CC). Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/3.html>.

\_\_\_\_\_. *The State versus T Makwanyane and M Mchunu*. Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/3.pdf>.

\_\_\_\_\_. *Vryenhoek and Others v Powell NO and Others*. [Vryenhoek v. Powell 1996 (1) SA 984 (CC)]. <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1996/27.html>.

\_\_\_\_\_. *Zuma and two others and the State*. 5 April 1995. Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/1.pdf>.

CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA. *Giurisprudenza 348 - 349/ 2007 (24/10/2007)*. Disponível em: <http://www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&op=2&id=284>.

\_\_\_\_\_. *Sentenza n. 264*. Disponível em: [http://people.unica.it/danieleamoroso/files/2012/04/pronuncia\\_264\\_2012.pdf](http://people.unica.it/danieleamoroso/files/2012/04/pronuncia_264_2012.pdf).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_73\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf).

\_\_\_\_\_. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. Sentencia de 1 de julio de 2009. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_198\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_esp.pdf).

\_\_\_\_\_. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú Sentencia de 22 de septiembre de 2009* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_202\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_202_esp.pdf).

\_\_\_\_\_. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible em: [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf).

\_\_\_\_\_. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. Sentencia de 13 de octubre de 2011. (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible em: [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_234\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_234_esp.pdf).

\_\_\_\_\_. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Resumen Oficial emitido por la Corte Sentencia de 26 de noviembre de 2010. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_220\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_220_esp.pdf).

\_\_\_\_\_. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>.

\_\_\_\_\_. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas). [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_79\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf).

\_\_\_\_\_. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Disponible em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_140\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_140_esp.pdf).

\_\_\_\_\_. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre 1999. (Fondo). Disponible em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_63\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf).

\_\_\_\_\_. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001*. (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_71\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf).

\_\_\_\_\_. *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Sentencia de 20 de junio de 2005*. (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_126\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf).

\_\_\_\_\_. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_107\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf).

\_\_\_\_\_. *Caso Herzog e outros vs. Brasil*. Sentença de 15 de março de 2018 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponible em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_353\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf).

\_\_\_\_\_. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Peru*. Sentença de 6 de fevereiro de 2001 (Mérito, Reparações e Custas). Disponible em: <http://cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/506ad88087f45ce5d2413efc7893958e.pdf>.

\_\_\_\_\_. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. (Fondo). Disponible em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_33\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf).

\_\_\_\_\_. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. (Fondo Reparaciones Y Costas). Disponible em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_119\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_119_esp.pdf).

\_\_\_\_\_. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. (Fondo Reparaciones y Costas). Disponible em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_135\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf).

\_\_\_\_\_. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguai*. Sentença de 31 de agosto de 2004. (Mérito, Reparações e Custas). Disponible em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_111\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_por.pdf).

\_\_\_\_\_. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Sentencia de 6 de mayo de 2008. (Excepción Preliminar y Fondo). Disponible em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_179\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_179_esp.pdf).

\_\_\_\_\_. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Sentencia de 07 de septiembre de 2004. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_114\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf).

\_\_\_\_\_. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_207\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_207_esp.pdf).

\_\_\_\_\_. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentença de 29 de julho de 1988 (Mérito). Disponible em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_por.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_por.doc).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. *Jurisprudencia: Fontevecchia y D'amico v. Argentina*. Sentencia de 29 de noviembre de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible em: <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Fontevecchia%20y%20D'amico%20v.%20Argentina.pdf>.

COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME. *Application/requête N° 16278/90. Senay Karaduman v/Turkey / Senay Karaduman c/Turquie*. Disponible em: <https://lovdata.no/static/EMDN/emd-1990-016278.pdf>.

\_\_\_\_\_. *Dahlab v. Switzerland*. (Dec.), no. 42393/98, 15 February 2001. Disponible em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Reports\\_Recueil\\_2001-V.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2001-V.pdf).

DIE ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS (BVerfGE). *BVerfGE 37, 271 - Solange I*. Disponible em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv073339.html>.

\_\_\_\_\_. *BVerfGE 73, 339 - Solange II*. Disponible em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv037271.html>.

\_\_\_\_\_. *BVerfGE 13, 181 (198) - Schankerlaubnissteuer*. Disponible em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv013181.html>.

\_\_\_\_\_. *BVerfGE 11, 105 (115-116) - Familienlastenausgleich I*. Disponible em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv011105.html>.

\_\_\_\_\_. *BVerfGE 39/169 - Hinterbliebenenrente*. Disponible em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv039169.html>.

\_\_\_\_\_. *BVerfGE 30, 1 - Abhörurteil*. Disponible em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv030001.html>.

\_\_\_\_\_. *BVerfGE 34, 9 - Besoldungsvereinheitlichung*. Disponible em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv034009.html>.

\_\_\_\_\_. *BVerfGE 82, 322 - Gesamtdeutsche Wahl*. Disponible em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv082322.html>.

\_\_\_\_\_. *BVerfGE 39, 1 - Schwangerschaftsabbruch I*. Disponible em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv039001.html>.

\_\_\_\_\_. *BVerfGE 46, 160 - Schleyer*. Disponible em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv046160.html>.

\_\_\_\_\_. *BVerfGE 49, 89 - Kalkar I*. Disponible em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv049089.html>.

DIE ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS (BverfGE).  
*BVerfGE* 56, 54 – *Fluglärm*. Disponível em:  
<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv056054.html>.

\_\_\_\_\_. *BVerfGE* 66, 39 – *Nachrüstung*. Disponível em:  
<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv066039.html>.

\_\_\_\_\_. *BVerfGE* 77, 170 - *Lagerung chemischer Waffen*. Disponível em:  
<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv077170.html>.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Affaire Chapin et Charpentier c. France*. (Requête no 40183/07). Strasbourg, 9 juin 2016. Définitif, 09/09/2016. Disponível em:  
<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-163436%22%5D%7D>.

\_\_\_\_\_. *Application no. 28326/09 by P. F. and E. F. against the United Kingdom*. Decision of 23 November 2010. Disponível em:  
<http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2010/2015.html>.

\_\_\_\_\_. *Case of Abdullahi Elmi and Aweys Abubakar v. Malta*. (Applications nos. 25794/13 and 28151/13). Strasbourg, 22 November 2016. Disponível em:  
<https://hudoc.echr.coe.int/FRE#%7B%22itemid%22:%5B%22001-168780%22%5D%7D>.

\_\_\_\_\_. *Case of Aldeguer Tomás v. Spain*. (Application no. 35214/09). Strasbourg, 14 June 2016. Disponível em:  
<https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Aldeguer%20Tom%C3%A1s%20v.%20Espa%C3%B1a.pdf>.

\_\_\_\_\_. *Case of Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland*. (Application no. 5809/08). 26 November 2013. This Case was referred to the Grand Chamber which delivered Judgment in the Case on 21/06/2016. Disponível em:  
<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-138948%22%5D%7D>.

\_\_\_\_\_. *Case of Alekseyev v. Russia*. (Applications nos. 4916/07, 25924/08 and 14599/09). Strasbourg, 21 October 2010. Disponível em:  
<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-101257%22%5D%7D>.

\_\_\_\_\_. *Case of Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom*. (Applications nos. 26766/05 and 22228/06). STRASBOURG, 15 December 2011. Disponível em:  
<https://www.legal-tools.org/doc/45f9d8/pdf/>.

\_\_\_\_\_. *Case of Avotiņš v. Latvia*. (Application no. 17502/07). Strasbourg. 23 May 2016. Disponível em: <https://lovdata.no/static/EMDN/emd-2007-017502-2.pdf>.

\_\_\_\_\_. *Case of Aydin v. Turkey*. (57/1996/676/866). Strasbourg, 25 September 1997. Disponível em: <https://www.womenslinkworldwide.org/en/files/2872/gjo-echr-aydin-en-pdf.pdf>.



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Babar Ahmad and others v. The United Kingdom*. (Applications nos. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 and 67354/09). Strasbourg, 10 April 2012. Final 24/09/2012. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-110267%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-110267%22]}).

\_\_\_\_\_. *Case of Chahal v. The United Kingdom*. (Application no. 70/1995/576/662). Strasbourg, 11 November 1996. Disponível em: <https://www.refworld.org/pdfid/3ae6b69920.pdf>.

\_\_\_\_\_. *Case of El-Masri v. "The Former Yugoslav Republic of Macedonia"*. (Application no. 39630/09). Strasbourg, 13 December 2012. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-115621%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-115621%22]}).

\_\_\_\_\_. *Case of Ertak v. Turkey* (Application no. 20764/92). Strasbourg, 9 May 2000. <https://www.legal-tools.org/doc/fbcfa5/pdf/>.

\_\_\_\_\_. *Case of Gäfgen v. Germany*. (Application no. 22978/05). Strasbourg, 1 June 2010. Disponível em: <https://www.legal-tools.org/doc/cfe8d9/pdf/>.

\_\_\_\_\_. *Case of Handyside v. The United Kingdom*. (Application no. 5493/72). Strasbourg, 7 December 1976. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57499%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57499%22]}).

\_\_\_\_\_. *Case of Hämäläinen v. Finland*. (Application no. 37359/09) Strasbourg, 16 July 2014. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-145768%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-145768%22]}).

\_\_\_\_\_. *Case of Hirst v. The United Kingdom (No. 2)*. (Application no. 74025/01). Strasbourg, 6 October 2005. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-70442%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-70442%22]}).

\_\_\_\_\_. *Case of J.M. v. the United Kingdom*. (Application no. 37060/06). Strasbourg, 28 September 2010. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22dmdocnumber%22:\[%222874587%22\],%22itemid%22:\[%22001-100711%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22dmdocnumber%22:[%222874587%22],%22itemid%22:[%22001-100711%22]}).

\_\_\_\_\_. *Case of Khlaifia and Others v. Italy*. (Application no. 16483/12). Strasbourg, 15 December 2016. Disponível em: <https://www.statewatch.org/news/2016/dec/echr-judgment-Khlaifia-and-Others-v-%20Italy-full-text.pdf>.

\_\_\_\_\_. *Case of Konstantin Markin v. Russia*. (Application no. 30078/06). Strasbourg 22 March 2012. Disponível em: [https://www.hrc.ugent.be/wp-content/uploads/2015/09/Konstantin\\_Markin.pdf](https://www.hrc.ugent.be/wp-content/uploads/2015/09/Konstantin_Markin.pdf).

\_\_\_\_\_. *Case of Kurt v. Turkey (15/1997/799/1002)*. Strasbourg, 25 May 1998. Disponível em: [https://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR5710/h10/undervisningsmateriale/5nov\\_KURT-v-Turkey.pdf](https://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR5710/h10/undervisningsmateriale/5nov_KURT-v-Turkey.pdf).

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Labita V. Italy*. (Application no. 26772/95). Judgment (Merits and Just Satisfaction). Strasbourg, 6 April 2000. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-58559%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-58559%22]}).

\_\_\_\_\_. *Case of Lexa v. Slovakia*. (Application no. 54334/00). Strasbourg, 23 September 2008. Final 23/12/2008. Disponível em: [hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-88531?TID](https://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-88531?TID).

\_\_\_\_\_. *Case of Leyla Şahin v. Turkey*. (Application no. 44774/98). Strasbourg, 10 November 2005. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-70956%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-70956%22]}).

\_\_\_\_\_. *Case of Lingens v. Austria*. (Application no. 9815/82). Strasbourg, 8 July 1986. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57523%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57523%22]}).

\_\_\_\_\_. *Case of Mamatkulov and Askarov v. Turkey*. Strasbourg, 4 February 2005. Disponível em: [http://www.jus.unitn.it/download/gestione/marco.pertile/20090331\\_0619Mamatkulov\\_and\\_Askarov\\_Turkey.pdf](http://www.jus.unitn.it/download/gestione/marco.pertile/20090331_0619Mamatkulov_and_Askarov_Turkey.pdf).

\_\_\_\_\_. *Case of Marguš v. Croatia*. (Application no. 4455). Strasbourg, 27 May 2014. Disponível em: [https://www.menschenrechte.ac.at/orig/14\\_3/Margus.pdf](https://www.menschenrechte.ac.at/orig/14_3/Margus.pdf).

\_\_\_\_\_. *Case of Modinos v. Cyprus*. (Application no. 15070/89). Strasbourg, 22 April 1993. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57834%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57834%22]}).

\_\_\_\_\_. *Case of Norris v. Ireland*. (Application no. 10581/83). Strasbourg, 26 October 1988. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57547%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57547%22]}).

\_\_\_\_\_. *Case of P.G. and J.H. v. The United Kingdom*. (Application no. 44787/98). Strasbourg, 25 September 2001. Final 25/12/2001. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-59665%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-59665%22]}).

\_\_\_\_\_. *Case of Palomo Sánchez and Others v. Spain*. (Applications nos. 28955/06, 28957/06, 28959/06 and 28964/06). Strasbourg, 12 September 2011. Disponível em: <https://www.legal-tools.org/doc/30d643/pdf/>.

\_\_\_\_\_. *Case of Schalk and Kopf v. Austria*. (Application no. 30141/04). Strasbourg, 24 June 2010, Final, 22/11/2010. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-99605%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-99605%22]}).

\_\_\_\_\_. *Case of Selmouni v. France*. Judgment. (Application no. 25803/94). Strasbourg, 28 July 1999. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-58287%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-58287%22]}).

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Šilih v. Slovenia*. (Application no. 71463/01). Strasbourg, 9 April 2009. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-92142%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-92142%22]}).

\_\_\_\_\_. *Case of Sindicatul "Păstorul Cel Bun" v. Romania*. (Application no. 2330/09). Strasbourg, 9 July 2013. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-122763%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-122763%22]}).

\_\_\_\_\_. *Case of Stoll v. Switzerland*. (Application no. 69698/01). Strasbourg, 10 December 2007. Disponível em: [http://www.concernedhistorians.org/content\\_files/file/le/122.pdf](http://www.concernedhistorians.org/content_files/file/le/122.pdf).

\_\_\_\_\_. *Case of the Sunday Times v. The United Kingdom (No. 2)*. (Application no. 13166/87). 26 Strasbourg, November 1991. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/rus#{%22itemid%22:\[%22001-57708%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/rus#{%22itemid%22:[%22001-57708%22]}).

\_\_\_\_\_. *Case of Timurtaş v. Turkey*. Judgment. Application no. 23531/94. Strasbourg, 13 June 2000. Disponível em: <https://www.legal-tools.org/doc/7936aa/pdf/>.

\_\_\_\_\_. *Case of Tomasi v. France*. (Application no. 12850/87). Strasbourg, 27 August 1992. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57796%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57796%22]}).

\_\_\_\_\_. *Case of Varnava and Others v. Turke*. Strasbourg, 18 September 2009. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-94162%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-94162%22]}).

\_\_\_\_\_. *Case of Vo v. France*. (Application no. 53924/00). Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-61887%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-61887%22]}).

\_\_\_\_\_. *Case Perinçek v. Switzerland*. (Application no. 27510/08). Strasbourg, 15 October 2015. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-158235%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-158235%22]}).

\_\_\_\_\_. *Chamber judgment Kozak v Poland*. 02.03.2010. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:\[%22003-3048698-3367858%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:[%22003-3048698-3367858%22]}).

\_\_\_\_\_. *Chamber judgment L. and V. v. Austria & S.L. v. Austria*. 09.01.03. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:\[%22003-673810-681021%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:[%22003-673810-681021%22]}).

\_\_\_\_\_. *Grand Chamber: Case of Bayatyan v. Armenia*. (Application no. 23459/03). Strasbourg, 7 July 2011. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-105611%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-105611%22]}).

\_\_\_\_\_. *Judgment. R v Horncastle and others (Appellants) (on appeal from the Court of Appeal Criminal Division)*. [2009] UKSC 14. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2009-0073-judgment.pdf>.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Mocanu and others v. Romania [GC]*, nos. 10865/09, 45886/07 and 32431/08. Judgment of 17 September 2014. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Reports\\_Recueil\\_2014-V.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2014-V.pdf).

\_\_\_\_\_. *Portmann v. Switzerland*, no. 38455/06. 11 October 2011. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/CLIN\\_INDEX\\_2011\\_ENG\\_891829.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_INDEX_2011_ENG_891829.pdf).

\_\_\_\_\_. *Savridin Dzhurayev v. Russia*, no. 71386/10. Julgamento em 25.4.2013. [https://www.echr.coe.int/Documents/Cases\\_list\\_2013\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Cases_list_2013_ENG.pdf).

\_\_\_\_\_. *Sitaropoulos and Giakoumopoulos v. Greece [GC]*, n. 42202/07. Judgment of 15 March 2012. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-109579%22%5D%7D>.

\_\_\_\_\_. *Zontul v. Greece*, no. 12294/07. 17 January 2012. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/CLIN\\_INDEX\\_2012\\_ENG\\_904387.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_INDEX_2012_ENG_904387.pdf).

GUATEMALA. Corte de Constitucionalidad. *Expediente 3340-2013*. Apelación de Sentencia de Amparo. 18-12-2014. Disponível em: [138.94.255.164/Sentencias/834028.3340-2013.pdf](http://138.94.255.164/Sentencias/834028.3340-2013.pdf).

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Barrios Altos v. Peru*. Judgment of March 14, 2001 (Merits). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_75\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_ing.pdf).

\_\_\_\_\_. *Case of Genie-Lacayo v. Nicaragua*. Judgment of January 29, 1997. (Merits, Reparations and Costs). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_30\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_30_ing.pdf).

\_\_\_\_\_. *Case of Godínez-Cruz v. Honduras*. Judgment of January 20, 1989 (Merits). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_05\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_05_ing.pdf).

\_\_\_\_\_. *Case of Ivcher-Bronstein v. Peru*. Judgment of February 6, 2001. (Merits, Reparations and Costs). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_74\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_74_ing.pdf).

\_\_\_\_\_. *Case of La Cantuta v. Perú*. Judgment of November 29, 2006. (Merits, Reparations and Costs). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_162\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_ing.pdf).

\_\_\_\_\_. *Case of the Ituango Massacres vs Colombia*. 1 July 2006. Disponível em: <https://www.refworld.org/cases,IACRTHR,4f5a28e62.html>.

\_\_\_\_\_. *Caso Kimel vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_177\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf).

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*. Julgamento de 20 jul. 2012. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/144>.

PERU. Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Especial. *Exp. N° A.V. 19-2001*. Lima, 7 de abril de 2009. Disponível em: <http://rlajt.com/wordpress/wp-content/uploads/2017/06/Corte-Suprema-de-Justicia-de-la-Republica..pdf>.

SUPREME COURT OF THE UNITED KINGDOM. *Manchester City Council (Respondent) v Pinnock (Appellant)*. UKSC 45. 3 November 2010. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2009-0180-judgment.pdf>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA – TJUE. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção). 14 de março de 2017. *TJUE/CJEU 14-03-2017: Samira Achbita (C-157/15) and Asma Bougnooui (C-188/15) cases*. Disponível em: [http://curia.europa.eu/juris/document/document\\_print.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=188853&occ=first&dir=&cid=713047](http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=188853&occ=first&dir=&cid=713047).

UK SUPREME COURT ('UKSC'). *R v Horncastle and others [2009] UKSC 14 (SC)*. Disponível em: <https://www.lawteacher.net/cases/r-v-horncastle-and-others.php>.

UNITED NATIONS. International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. *Prosecutor v. Anto Furundžija*. Judgement of 10 December 1998. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>

\_\_\_\_\_. International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. *Blagojević et al.* (IT-02-53). Disponível em: [http://www.icty.org/case/blagojevic\\_53/4](http://www.icty.org/case/blagojevic_53/4)

\_\_\_\_\_. International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. *Sentencing judgement in the "Celebici Case"*. Disponível em: <http://www.icty.org/en/press/sentencing-judgement-celebici-case>.

UNITED STATES SUPREME COURT. *Adamson v. California, 332 U.S. 46 (1947)*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/332/46/>

\_\_\_\_\_. *Atkins v. Virginia, 536 U.S. 304 (2002)*. Certiorari to the Supreme Court of Virginia No. 00-8452. Argued February 20, 2002-Decided June 20, 2002. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/536/304/>.

\_\_\_\_\_. *Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986)*. Argued March 31, 1986. Decided June 30, 1986. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/478/186/>.

\_\_\_\_\_. *Charles Kenneth Foster v. Florida, et al. No. 01-10868*. Decided October 21, 2002. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/1-10868.ZA1.html>.

\_\_\_\_\_. *Furman v. Georgia (1972)*. No. 69-5003. Argued: January 17, 1972. Decided: June 29, 1972. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/408/238.html>.

UNITED STATES SUPREME COURT. *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/401/424/>.

\_\_\_\_\_. *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston, Inc.*, 515 U.S. 557 (1995). No. 94-749. Argued April 25, 1995-Decided June 19, 1995. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/515/557/>.

\_\_\_\_\_. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). No. 02-102. Argued March 26, 2003-  
Decided June 26, 2003. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558/>.

\_\_\_\_\_. *Obergefell et al. v. Hodges*. Director, Ohio Department of Health, et al. No. 14-556. Argued April 28, 2015. Decided June 26, 2015. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/14-556>.

\_\_\_\_\_. *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808 (1991). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/501/808/>.

\_\_\_\_\_. *Panhandle Oil Co. vs. State of Mississippi Ex Rel. Knox, Atty. Gen.* No. 288. Argued: March 5, 1928. Decided: May 14, 1928. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/277/218>.

\_\_\_\_\_. *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992). No. 91-744. Argued April 22, 1992-Decided June 29, 1992. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/>.

\_\_\_\_\_. *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005). No. 03-633. Argued October 13, 2004. Decided March 1, 2005. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/543/551/>.

\_\_\_\_\_. *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952). Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1940-1955/342us165>. Rodapé:

\_\_\_\_\_. *Snyder v. Phelps et al.* Certiorari to the United States Court of Appeals for the Fourth Circuit No. 09-751. Argued October 6, 2010—Decided March 2, 2011. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-751.pdf>.

\_\_\_\_\_. *Thompson v. Oklahoma* (1988). No. 86-6169. Argued: November 9, 1987. Decided: June 29, 1988. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/487/815.html>.

\_\_\_\_\_. *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997). No. 96-110. Argued January 8, 1997-Decided June 26, 1997. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/521/702/>.

## 2. Legislação

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm).

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm).

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm).

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm).

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Resolução nº 125 de 29/11/2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. *Convenção Interamericana de Direitos Humanos*. (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969). Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jspui/handle/1234/43116>.

EUROPA. Conselho da Europa. *Carta Social Europeia*. Adoptada em Estrasburgo, a 3 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/7.htm>.

\_\_\_\_\_. *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf).

\_\_\_\_\_. *Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e Penas ou Tratamentos Desumanos e Degradantes*. Disponível em: [http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao\\_europeia\\_prev\\_tortura\\_tratamentos\\_degradantes.pdf](http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_europeia_prev_tortura_tratamentos_degradantes.pdf).

NAÇÕES UNIDAS. *Carta das Nações Unidas*. Adotada em São Francisco, EUA, pela Conferência sobre a Organização Internacional das Nações Unidas em 26 de junho de 1945. Assinada pelo Brasil em 21 de julho de 1945 e ratificada em 21 de setembro de 1945. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/24100.pdf>.

\_\_\_\_\_. Corte Internacional de Justiça. *Estatuto da Corte Internacional de Justiça*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/EstCortIntJust.html>.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS - OEA. Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos econômicos, Sociais e Culturais. “*Protocolo de San Salvador*”. Disponível em: [http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo\\_de\\_San\\_Salvador.htm](http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm).

\_\_\_\_\_. *Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem*. Resolução XXX, Ata Final, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, em abril de 1948. Disponível em: [http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_dev\\_homem.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_dev_homem.pdf).

PORTUGAL. Assembleia da Republica. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>.

SOUTH AFRICA. *The Constitution of the Republic of South Africa, 1996*. As adopted on 8 May 1996 and amended on 11 October 1996 by the Constitutional Assembly. Disponível em: <http://www.justice.gov.za/legislation/constitution/SACConstitution-web-eng.pdf>.

### 3. Referências (doutrina)

ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991. v. 1.

ACKERMANN, Laurie W. H. La comparazione costituzionale in Sud Africa. In: MARKESINIS, Basil; FEDTKE, Jörg. *Giudici e diritto straniero: la pratica del diritto comparato*. Bologna: Il Mulino, 2009. (Collezione di testi e di studi).

ADAMS, Maurice; BOMHOFF, Jacob. Comparing law: practice and theory. In: ADAMS, Maurice (Ed.). *Practice and theory in comparative law*. New York: Cambridge University Press, 2014.

ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

\_\_\_\_\_. *Theorie der Grundrechte*. (Suhrkamp taschenbuch wissenschaft). Berlin: Suhrkamp, 1994.



ALPA, Guido. La competizione tra ordinamenti: un approccio realistico. In: ZOPPINI, Andrea (a cura di). *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*. Roma: Editori Laterza, 2004.

ALLARD, Julie; GARAPON, Antonie. *Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

AMOS, Merris. The dialogue between United Kingdom Courts and the European Court of Human Rights. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 61, n. 3, p. 557-584, July 2012.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ARAGÓN REYES, Manuel. La Constitución como paradigma. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

ARAÚJO, Luis Cláudio Martins de. *O diálogo institucional entre cortes constitucionais: uma nova racionalidade argumentativa da jurisdição constitucional justificada pelos diálogos institucionais transnacionais*. *Revista da Agu*, Brasília-DF, ano 13, v. 39, p. 225-251, jan./mar. 2014. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/11>. Acesso em 15 jun. 2018.

ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Trad: Mauro W. Barbosa. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

ASTETE MUÑOZ, Sandra. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: avances y retos. In: FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. (Coord.). *Tribunales internacionales y espacio iberoamericano*. Navarra: Thompson Reuters & Civitas, 2009.

AULEHNER, Josef. *Grundrechte und Gesetzgebung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.

BALDASSARRI, Aldo. *Corso di diritto internazionale*. Bari: Cacucci Editore, 1947.

BARRETO, Ireneu Cabral. O TEDH e Portugal: 30 anos de uma relação. In: SANTOS, Ana Cristina; SANTOS, Cecília MacDowell dos (Orgs.). *A mobilização internacional do direito: Portugal e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sergio Servulo da (Coords.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BASTARACHE, Michel. The globalisation of the law and the work of the Supreme Court of Canada. In: MULLER, Sam; RICHARDS, Sidney (Eds.). *Highest courts and globalisation*. Hague: Hague Academic Press, 2010.

BASTARACHE, Michel. How internationalization of the law has materialized in Canadá. *University of New Brunswick Law Journal*, U.N.B.L.J., v. 59, 2009.

BATES, Ed. *The evolution of the European Convention of Human Rights: from its inception to the creation of a Permanent Court of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

BAUDRILLARD, Jean. *À sombra das maiorias silenciosas: o fim do social e o surgimento das massas. (l'ombre des majorités silencieuses ou la fin du social)*. São Paulo: Brasiliense, 1985.

BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. Internacionalización del derecho y metodología jurídica. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Coord.). *Internacionalização do direito no novo século*. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. (Studia iuridica 94).

BECK, Ulrich. *Qué es la globalización?* Barcelona: Paidós, 2008.

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel; GONZÁLEZ GARCÍA, Júlío V. Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

BENVENISTI, Eyal; DOWNS, George W. Going global to preserve domestic accountability: the new role of national courts. In: MULLER, Sam; RICHARDS, Sidney (Eds.). *Highest courts and globalisation*. Hague: Hague Academic Press, 2010.

BENVENUTO, Jayme; SILVA, Rodrigo Deodato de Souza. Normas e decisões do Tribunal Europeu e da Corte Interamericana de Direitos Humanos: aproximações comparativas em matéria de direitos económicos, sociais e culturais. In: SANTOS, Ana Cristina; SANTOS, Cecília MacDowell dos (Orgs.). *A mobilização internacional do direito: Portugal e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2012.

BERNAL PULIDO, Carlos. Refutación y defensa del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

BIN, Roberto; CARETTI, Paolo. *Profili costituzionali dell'Unione europea*. 2.ed. Bologna: Il Mulino, 2008.

BIRKENMAIER, Werner. El Estado de derecho de la República Federal de Alemania. In: THESING, Josej (Ed.). *Estado de derecho y democracia*. 2. ed. Madrid: CIEDLA, 1999.

BJORGE, Eirik. Bottom-up shaping of rights. In: BREMS, Eva; GERARDS, Janneke (Eds.). *Shaping rights in the ECHR: the role of the European Court of Human Rights in determining the scope of human rights*. Edited by Eva Brems and Janneke Gerards. New York: Cambridge University Press, 2013.

BODIN, Jean. *De la République ou Traité du Gouvernement*. Paris: Renû für l'Édition Latine de Francfort, 1591.

BOGDANDY, Armin von. Constitutionalism in international law: comment on a proposal from Germany. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 47, n. 1, p. 223-242, 2006.

\_\_\_\_\_; VENZKE, Ingo. Beyond dispute: international judicial institutions as lawmakers. In: BOGDANDY, Armin von; VENZKE, Ingo (Eds.). *International judicial lawmaking: on public authority and democratic legitimation in global governance*. Heidelberg: Springer, 2012. (Max-Planck – Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Band 236).

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. En nombre de quién? Un estudio sobre la autoridad pública de los tribunales internacionales y su justificación democrática. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coords.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Teoria da razão pura*. 4. ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOROWSKI, Martin. La estructura de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. (Serie de Teoria Juridica y Filosofia del Derecho, n. 25).

BREYER, Stephen. *The Court and the world: american law and the new global realities*. New York: Vintage Books, 2016.

BRONZE, Fernando José. Breves considerações sobre o estado actual da questão metodonomológica. In: BRONZE, Fernando José. *Analogias*. Coimbra: Coimbra Ed., 2012.

\_\_\_\_\_. O direito, a internacionalização e a comparação de sistemas jurídicos (ou a pessoalização como tarefa realizanda, a universalização como objectivo utópico e a relativização como coordenada metódica). In: BRONZE, Fernando José. *Analogias*. Coimbra: Coimbra Ed., 2012.

\_\_\_\_\_. A problemática da reflexão juscomparatística. In: BRONZE, Fernando José. *Analogias*. Coimbra: Coimbra Ed., 2012.

BÚRCA, Gráinne de; GERSTENBERG, Oliver. The denationalization of constitutional law. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 47, n. 1, p. 243-262, 2006.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coords.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

BUSTOS GISBERT, Rafael. XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coords.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANEY, Simon. *Justice beyond borders*. New York: Oxford University Press, 2005.

CANIVET, Guy. Trans-judicial dialogue in a global world. In: MULLER, Sam; RICHARDS, Sidney (Eds.). *Highest courts and globalisation*. Hague: Hague Academic Press, 2010.

CANO PALOMARES, Guillem. La coherencia jurisprudencial en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. In: LÓPEZ GUERRA, Luis; MORTE GÓMEZ, Carmen; MENGUAL I MALLOL, Anna Maria; CANO PALOMARES, Guillem (Eds.). *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una visión desde dentro*. 1. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRILHO SANTARELLI, Nicolás; ESPÓSITO, Carlos. Los jueces nacionales como garantes de bienes jurídicos humanitarios. *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, v. 63, n. 2, p. 51-85, 2011.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Curso de derecho internacional público*. Madrid: Tecnos, 1996.

CASSESE, Antonio. *Diritto internazionale*. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 2013.

\_\_\_\_\_. *I diritti umani oggi*. Roma: Editori Laterza, 2012.

CASSESE, Sabino. La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, n. 3, p. 609-626, 2007.

\_\_\_\_\_. A proposito di The Law of Global Governance di Eyal Benvenisti. *Diritto globale o “polity” globale?* *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, n. 4, p. 911-915, 2014.

CASSESE, Sabino. *I Tribunali di Babele: i giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*. Roma: Donzelli Editore, 2009.

\_\_\_\_\_. *When legal orders collide: the role of courts*. Sevilha: Global Law Press, 2010.

CATANIA, Alfonso. *Metamorfosi del diritto: decisione e norma nell'età globale*. Roma: Editori Laterza, 2010.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição Federal brasileira (1891)*. Brasília-DF: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002.

CINELLI, Claudia. Corte Europea dei Diritti dell'uomo, Corte Costituzionale Italiana e margine di apprezzamento. *Rivista di Diritto Internazionale*, Milano, v. 97, n. 3, p. 787-810, set. 2014.

CLAVERO, Bartolomé. *Derecho global: por una historia verosímil de los derechos humanos*. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

COHEN, Jean L. Globalization and sovereignty: rethinking legality, legitimacy e constitutionalism. New York: Cambridge University Press, 2012.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena, BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Mexico: Universidad Iberoamericana A.C., 1996.

COSTA, António Manuel de Almeida. *O funcionalismo sistémico de N. Luhmann e os seus reflexos no universo jurídico*. Coimbra: Almedina, 2018.

CHANG, Wen-Chen; YEH, Jiunn-Rong. Internationalization of constitution law. In: ROSENFELD, Michael; SAJÓ, András (Eds.). *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

CHEMILLIER-GENDREAU, Monique. *Humanité et souverainetés: essai sur la fonction du droit international*. Paris: Éditions la Découverte, 1995.

DE DOMINICIS, Mario; NATALI, Antonio. *Il Percorso Costituzionale italiano dell'ordinamento comunitario*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2001.

DE VERGOTTINI, Giuseppe. El diálogo entre tribunales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coords.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

\_\_\_\_\_. *Oltre il dialogo tra le corti*. Bologna: Il Mulino, 2010.

DELLAVALLE, Sergio. *Una Costituzione senza popolo?: la Costituzione europea alla luce delle concezioni del popolo come "potere costituente"*. Milano: Giuffrè, 2002.

DESPAGNET, Frantz. *Cours de droit international public*. Paris: Recueil Sirey, 1910.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIPPEL, Horst. *Constitucionalismo moderno*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

DI STASI, Angela. *Il diritto all'equo processo nella CEDU e nella Convenzione Americana sui Diritti Umani*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012.

DOMINGO OSLÉ, Rafael. *Qué es el derecho global?* 2. ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2008.

DOUGLAS PRICE, Jorge Eduardo. *La decisión judicial*. Buenos Aires: Culzuoni Editores, 2012.

DUARTE, Maria Luísa. *Direito internacional público e ordem jurídica global do século XXI*. Coimbra: Coimbra Ed., 2014.

DULITZKY, Ariel E. An inter-american constitutional court? The invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, v. 50, n. 1, p. 45-93, 2015. Disponível em: <https://law.utexas.edu/faculty/publications/2015-An-Inter-American-Constitutional-Court-The-Invention-of-the-Conventionality-Control-by-the/download>.

DUPUY, René-Jean. *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*. Paris: UNESCO, 1986.

DZEHTSIAROU, Kanstantsin. *European consensus and the legitimacy of the European Court of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

EICHENBERGER, Kurt. El Estado de derecho como sistema garante de los derechos humanos. In: THESING, Josej (Ed.). *Estado de derecho y democracia*. 2. ed. Madrid: CIEDLA, 1999.

EMENDA de TRIPs permite licença compulsória para exportar medicamentos. *INPI Notícias*, 16 fev. 2017. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/noticias/emenda-de-trips-permite-licenca-compulsoria-para-exportar-medicamentos>. Acesso em: 09 jul. 2019.

ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts: rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen-und Interpretationslehre*. Tübingen: Mohr, 1956. v. XX.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. 2.ed. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999.

FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. La comisión de derecho internacional y la proliferación de tribunales. In: FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. (Coord.). *Tribunales internacionales y espacio iberoamericano*. Navarra: Thompson Reuters & Civitas, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

FERRARESE, Maria Rosario. *Diritto sconfinato*. Roma: Editori Laterza, 2006.

\_\_\_\_\_. Transjudicial dialogue and constitutionalism: a risk or an opportunity for democracy? *Sociologia del Diritto*, Milano, v. 2, p. 113-138, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FEYTER, Koen de. Introduction. In: BENEDEK, Wolfgang; FEYTER, Koen de; MANELLA, Fabrizio (Eds.). *Economic globalization and human rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. *Regime-Kollisionen: Zur Fragmentierung des globalen Rechts*. Frankfurt am Main: hrkamp, 2006.

FOERSTER, Heinz von. *Sistemi che osservano*. A cura di Mauro Ceruti e Umberta Telfner. Roma: Casa Editrice Astrolabio, 1987.

FREYHOLD, Hanno von, GESSNER, Volkmar; OLGATI, Vittorio Olgiati. The role of courts in global legal interaction. In: GESSNER, Volkmar (Ed.). *Foreign courts-civil litigation: foreign legal cultures*. Dartmouth, 1996. (Onati International Series in Law and Society).

FRISHMAN, Olga. Transnational judicial dialogue as an organisational field. *European Law Journal*, v. 19, n. 6, Nov. 2013.

FRYDMAN, Benoit. *Le dialogue international des juges et la perspective idéale d'une justice universelle*. Disponível em: [http://www.philodroit.be/IMG/pdf/B.\\_FRYDMAN\\_-\\_Conclusion\\_-\\_Le\\_dialogue\\_international\\_des\\_juges\\_-\\_30\\_mars\\_2007.pdf](http://www.philodroit.be/IMG/pdf/B._FRYDMAN_-_Conclusion_-_Le_dialogue_international_des_juges_-_30_mars_2007.pdf).

FURA, Elisabet; MARUSTE, Rait. Time to take the next (bold) step – the European Court of Human Rights as a constitutional court on human rights in Europe. In: LÓPEZ GUERRA, Luis; MORTE GÓMEZ, Carmen; MENGUAL I MALLOL, Anna Maria; CANO PALOMARES, Guillem (Eds.). *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una visión desde dentro*. 1. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Dialogando na multiplicação: uma aproximação. *Revista de Direito Internacional*, Brasília-DF, v. 9, n. 2, p. 1-9, jul./dez. 2012.

GARAPON, Antoine. *Lo Stato minimo: il neoliberalismo e la giustizia*. Milano: Raffaello Cortina Editore, 2012.

GARCÍA ROCA, Javier. El diálogo entre el Tribunal de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales y otros órganos jurisdiccionales en el espacio convencional europeo. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coords.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

GARRIDO GÓMEZ, M. Isabel. Niveles de juridicidad y modalidades del derecho en la era de la globalización. *Sociologia del Diritto*, Milano, v. 38, n. 3, p. 45-64, 2011.

GENEUS, Julia. Obstacles to cross-fertilisation: the international criminal tribunals' 'unique context' and the flexibility of the European Court of Human Rights' Case Law. *Nordic Journal of International Law*, Leiden, v. 84, n. 3, p. 404-427, July 2015.

GESSNER, Volkmar. The institutional framework of cross-border interaction. In: GESSNER, Volkmar (Ed.). *Foreign courts: civil litigation in foreign legal cultures*. The Oñati International Institute for the Sociology of Law. Aldershot: Dartmouth, 1996.

GIL DOMINGUEZ, Andres. *Escritos sobre neoconstitucionalismo*. Buenos Aires: Ediar, 2009.

GINSBURG, Tom. Constitutional Courts in East Asia. In: DIXON, Rosalind; GISBURG, Tom (Ed.). *Comparative constitutional law in Asia*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2014.

GLENN, H. Patrick. Accommodating unity. In: MULLER, Sam; RICHARDS, Sidney (Eds.). *Highest courts and globalisation*. Hague: Hague Academic Press, 2010.

GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. *The limits of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

GORLERO, Maurizio Pedrazza. L'ordine delle fonti del diritto fra crisi del 'sistema' e rischio casistico. *Diritto e Società*, Padova, n. 2-3, p. 301-306, 2011.

GREENHOUSE, Linda. *The U.S. Supreme Court: a very short introduction*. New York: Oxford University Press, 2012.



GRIMM, Dieter. The achievement of constitutionalism and its prospects in a changed world. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Eds.). *The twilight of constitutionalism?* New York: Oxford University Press, 2010.

\_\_\_\_\_. Types of Constitutions. In: ROSENFELD, Michael; SAJÓ, András (Eds.). *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

GROPPI, Tania; COCCO-ORTU, Anna Maria Lecis. Cour européenne et Cour interaméricaine des droits de l’homme: de l’influence ou dialogue? *Revue française de Droit Constitutionnel*, Paris, n. 100, p. 971-979, Déc. 2014. N. spécial: 25 ans de Droit Constitutionnel.

GROTE, Rainer; MARAUHN. Thilo (Hrsg.). *EMRK/GG Konkordanz-Kommentar*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

GUASTINI, Riccardo. La “Constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

HÄBERLE, Peter. *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Königstein: Athenäum, 1980.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *L’inclusione dell’altro*. Milano: Feltrinelli Editore, 2013.

\_\_\_\_\_. *Theorie des kommunikativen Handelns: Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*. Band II. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.

\_\_\_\_\_; BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *A theory of constitutional rights*. Trad. Julian Rivers. Oxford: University Press, 2004.

HALMAI, Gábor. The use of foreign law in constitutional interpretation. In: ROSENFELD, Michael; SAJÓ, András (Eds.). *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HAYEK, F. A. *The Constitution of liberty*. Chicago: The University of Chicago Press, 2011.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Berlin: Nicolaischen Buchhandlung, 1821.

HERDEGEN, Mattias. *Internationalisierung der Verfassungsordnung*. In: *Verfassungstheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

\_\_\_\_\_. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HIRSCHL, Ran. *Comparative matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

HOBBS, Thomas. *Leviatán*. Madrid: Alianza Editorial, 2009.

HÖFFE, Otfried. *Vernunft und Recht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

HOL, Antoine. Highest courts and transnational interaction: introduction and concluding remarks. *Utrecht Law Review*, v. 8, n. 2, p. 1-7, May 2012. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2062331](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2062331).

HORN, Norbert. *Introdução à ciência do direito e à filosofia jurídica*. Tradução: Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

HURRELL, Andrew. *On global order*. New York: Oxford University Press, 2009.

IRTI, Natalino. *Norma e luoghi: problemi di geo-diritto*. Roma: Editori Laterza, 2006.

ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el common law*. Madrid: Civitas, 1995.

JACKSON, Vicki C. Comparative constitutional law: methodologies. In: ROSENFELD, Michael; SAJÓ, András (Eds.). *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

JACOB, Marc. Precedents: lawmaking through international adjudication. In: BOGDANDY, Armin von; VENZKE, Ingo (Eds.). *International judicial lawmaking: on public authority and democratic legitimation in global governance*. Heidelberg: Springer, 2012. (Max-Planck – Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Band 236).

JAYAWCKRAMA, Nihal. *The judicial application of human rights law*. New York: Cambridge University Press, 2006.

JURISPRUDÊNCIA da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Direito à integridade pessoal*. Brasília-DF: Ministério da Justiça. Comissão de Anistia. Secretaria Nacional de Justiça, 2014. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/4-direito-a-integridade-pessoal.pdf>.

JURISPRUDÊNCIA da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Direito à liberdade de expressão*. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Brasília-DF: Ministério da Justiça. Comissão de Anistia. Secretaria Nacional de Justiça, 2014. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/6-direito-a-liberdade-de-expressao.pdf>.

\_\_\_\_\_. *Direito à vida, anistias e direito à verdade*. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília-DF: Ministério da Justiça. Comissão de Anistia. Secretaria Nacional de Justiça, 2014. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/1-direito-a-vida-anistias-e-direito-a-verdade.pdf/view>.

JUSTIÇA FEDERAL. Conselho da Justiça Federal. *Jurisprudência Unificada*. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada>. Acesso em: 17 jul. 2019.

KARPEN, Ulrich. Condiciones de la eficiencia del Estado de derecho - especialmente en los países en desarrollo y en despegue. In: THESING, Josej (Ed.). *Estado de derecho y democracia*. 2. ed. Madrid: CIEDLA, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KLABBERS, Jan. Setting the scene. In: KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. *The constitutionalization of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

\_\_\_\_\_; PIIPARINEM, Touko. Normative pluralism: an exploration. In: KLABBERS, Jan; PIIPARINEN, Touko (Eds.). *Normative pluralism and international law: exploring global governance*. New York: Cambridge University Press, 2013.

KOLB, Robert. La détermination du concept de jus cogens. *Revue Générale de Droit International Public*, Paris, v. 118, n. 1, p. 5-29, 2014.

KOMÁREK, Jan. Reasoning with previous decisions. In: ADAMS, Maurice (Ed.). *Practice and theory in comparative law*. New York: Cambridge University Press, 2014.

KRIELE, Martin. Derechos humanos y división de poderes. In: THESING, Josej (Ed.). *Estado de derecho y democracia*. 2. ed. Madrid: CIEDLA, 1999.

KRISCH, Nico. *Beyond constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

KROTOSZYNSKI JR., Ronald J. "I'd like to teach the world to sing (in perfect harmony)": international judicial dialogue and the muses — reflections on the perils and the promise of international judicial dialogue. In: BADINTER, Robert; BREYER, Stephen (Eds.). *Judges in contemporary democracy: an international conversation*. New York: New York University Press, 2004.

KUO, Ming-Sung. Discovering sovereignty in dialogue: is judicial dialogue the answer to constitutional conflict in the pluralist legal landscape. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 26, n. 2, p. 341-376, July 2013.

LAFER, Celso. Apontamentos sobre a internacionalização do direito constitucional brasileiro. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (Coords.). *Direito internacional contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2014.

LAGE, Délber Andrade. *A jurisdicionalização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LASSER, Mitchel de S.-O.-l'E. Is the separation of powers the basis for the legitimacy of an internationalised judiciary? In: MULLER, Sam; RICHARDS, Sidney (Eds.). *Highest courts and globalisation*. Hague: Hague Academic Press, 2010.

LAW, David S.; CHANG, Wen-Chen. The limits of global judicial dialogue. *Washington Law Review*, v. 86, p. 528-529, 2011.

LAZEGA, Emmanuel. Mapping judicial dialogue across national borders: an exploratory network study of learning from lobbying among european intellectual property judges. *Utrecht Law Review*, v. 8, n. 2, May 2012.

LECKEY, Robert. *Bills of rights in the common law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

LEE, Jack Tsen-Ta. Foreign precedents in constitutional adjudication by the Supreme Court of Singapore, 1963-2013. *Washington International Law Journal*, v. 24, n. 2, p. 253-288, Apr. 2015.

LEGG, Andrew. *The margin of appreciation in international human rights law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

LHUILIER, Gilles. *Le droit transnational*. Paris: Dalloz, 2016.

LINDAHL, Hans. *Fault lines of globalization: legal order and the politics of a-legality*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

LIPARI, Nicolò. "Concorrenza" fra ordinamenti e sistema delle fonti. In: ZOPPINI, Andrea (a cura di). *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*. Roma: Editori Laterza, 2004.

\_\_\_\_\_. The global dimension of multilevel constitutionalism. a legal response to the challenges of globalisation. In: DUPUY, Pierre M.; FASSBENDER, Bardo; SHAW, Malcolm N. (Hrsg.). *Völkerrecht als Wertordnung /Common values in international law: Festschrift für Christian Tomuschat /Essays in honour of Christian Tomuschat*. Estrasburgo: Festschrift für Christina Tomuschar, 2006.

LOLLINI, Andrea. Il diritto straniero nella giurisprudenza costituzionale: metodi 'forte' e 'debole' a confronto. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, n. 4, p. 973-1017, 2012.

\_\_\_\_\_. The South African Constitutional Court experience: reasoning patterns based on foreign law. *Utrecht Law Review*, v. 8, n. 2, p. 55-87, May 2012. DOI: <http://doi.org/10.18352/ulr.195>.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

\_\_\_\_\_; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. O uso de precedentes estrangeiros e a declaração de Estado de Coisas Inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 117, p. 219-273, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/download/550/497>.

LÓPEZ GUERRA, Luiz. El carácter dinámico del Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coords.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

LORENZETTI, Luis. *Teoria da decisão judicial*. Tradução: Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. Tradução: Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2.

LOUGHLIN, Martin. What is constitutionalisation? In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Eds.). *The twilight of constitutionalism?* New York: Oxford University Press, 2010.

LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1993.

\_\_\_\_\_. *Organisation und Entscheidung*. Opladen/Wiesbaden: Westdeutscher Verlag, 2000.

\_\_\_\_\_. *Organización y decisión: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Rubí-Barcelona: Anthropos Editorial, 2005.

\_\_\_\_\_; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. Milano: Franco Angeli, 2003.

MacCORMICK, Neil. Estado de derecho y *rule of law*. In: Thesing, Josej (Ed.). *Estado de derecho y democracia*. 2. ed. Madrid: CIEDLA, 1999.

MACKENZIE, Ruth; ROMANO, Cesare P. R.; SHANY, Yuval; SANS, Philippe. *Manual on international courts and tribunals*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.

MACULAN, Elena. Judicial definition of torture as a paradigm of cross-fertilisation: combining harmonisation and expansion. *Nordic Journal of International Law*, Leiden, v. 84, n. 3, p. 456-481, July 2015.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Direito internacional: do paradigma clássico ao Pós-11 de setembro*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

\_\_\_\_\_. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

\_\_\_\_\_. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública do sistema social*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2002. (Stvdia Ivridica 65).

MADISON, James; MADISON, Hamilton; JAY, John. *O federalista*. Tradutor Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

MAK, Elaine. Justice at a new scale: introducing a conceptual framework for the analysis of highest courts' role in a globalised context. In: MULLER, Sam; RICHARDS, Sidney (Eds.). *Highest courts and globalisation*. Hague: Hague Academic Press, 2010.

MARCELLI, Fabio. Verso una terza parte del diritto internazionale? Il ruolo dei movimenti sociali e delle autorità locali nell'attuazione del principio di cooperazione. In: MARCELLI, Fabio (a cura di). *Diritto internazionale, movimenti globali e cooperazione fra comunità*. Milano: FrancoAngeli, 2007. (Collana di Diritto e Società).

MARCHEGIANI, Maura. Tendenze evolutive nel ricorso al principio della protezione equivalente da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. *Rivista di Diritto Internazionale*, Milano, v. 100, n. 2, p. 447-473, 2017.

MARKESINIS, Basil; FEDTKE, Jörg. *Giudici e diritto straniero: la pratica del diritto comparato*. Bologna: Il Mulino, 2009. (Collezione di testi e di studi).

MARTÍN Y PERES DE NANCLARES, José. El TJUE como actor de la Constitucionalidad en el espacio jurídico europeo: la importancia del diálogo judicial leal con los tribunales constitucionales y con el TEDH. *Teoría e Realidad Constitucional*, UNED, n. 39, p. 235-269, 2017. DOI: <https://doi.org/10.5944/trc.39.2017.19160>.

MARTINICO, Filippo Fontanelli-Giuseppe. Alla ricerca della coerenza: le tecniche del 'Dialogo Nascosto' fra il giudici nell'ordinamento costituzionale multi-livello. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, n. 2, p. 351-387, 2008.

MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direito internacional dos direitos humanos*. Coimbra: Almedina, 2016.

McCRUDDEN, Christopher. A common law of human rights?: transnational judicial conversations on constitutional rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 20, n. 4, p. 499-532, 2000.

McILWAIN, Charles Howard. *Costituzionalismo antico e moderno*. A cura di Nicola Matteucci. Bologna: Il Mulino, 1990.

MEUWESE, Anne; SNEL, Marnix. ‘Constitutional Dialogue’: an overview. *Ulrecht Law Review*, v. 9, n. 2, p. 123-140, Mar. 2013.

MILL, John Stuart. *Da liberdade de pensamento e expressão*. Alfragide: Leya, 2010.

MITCHELL, Sara McLaughlin; POWELL, Emilia Justyna. The creation and expansion of international courts. In: MITCHELL, Sara McLaughlin; POWELL, Emilia Justyna (Ed.). *Domestic law goes global: legal traditions and international courts*. New York: Cambridge University Press, 2011.

MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat. *O Espirito das Leis*. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2004. (Coleção Clássicos do Direito).

MORAES, Guilherme Peña de. *Constitucionalismo multinacional: uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2015.

MOREMEN, Philip M. National Court decisions as State practice: a transnational judicial dialogue? *North Carolina Journal of International Law*, v. 32, n. 2, p. 259-310, 2006. Disponível em: <https://www.law.unc.edu/journals/ncilj/issues/volume32/number-2-winter-2006/national-court-decisions-as-state-practice-a-transnational-judicial-dialogue/>.

MOTOC, Iulia. Dialogue between Courts: the case of Romania. In: LÓPEZ GUERRA, Luis; MORTE GÓMEZ, Carmen; MENGUAL I MALLOL, Anna Maria; CANO PALOMARES, Guillem (Eds.). *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una visión desde dentro*. 1. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

MUBIALA, Mutoy. *Le Système Régional Africain de Protection des Droits de L’homme*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 2005.

MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*. Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis. Berlin: Duncker & Humblot, 2009. v. 1.

MULLER, Sam; RICHARDS, Sidney. Introduction: globalisation and highest courts. In: MULLER, Sam; RICHARDS, Sidney (Eds.). *Highest courts and globalisation*. Hague: Hague Academic Press, 2010.

MURRAY, Rachel. *The African Commission on Human and People’s Rights & international law*. Oxford: Hart Publishing, 2000.

NEVES, Castanheira António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz”, ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: NEVES, Castanheira A. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. v. 3.

NEVES, Castanheira António. Fontes do direito. In: NEVES, Castanheira A. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. v. 2.

\_\_\_\_\_. O funcionalismo jurídico. In: NEVES, Castanheira A. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. v. 3.

\_\_\_\_\_. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.

\_\_\_\_\_. O problema da universalidade do direito – ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas. In: NEVES, Castanheira A. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. v. 3.

NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica*. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

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

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno. *Estudios Constitucionales*, año 9, n. 2, p. 17-76, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra Ed., 2012.

OTEIZA, Eduardo. L'uso del precedente nel dialogo tra Corti nazionali e transnazionali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano 69, n. 2, p. 463-484, giug. 2015.

PANZERA, Claudio. Il Bello dell'essere diversi: Corte costituzionale e Corti europee ad una volta. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, n. 1, p. 1-43, 2009.

PEGORARO, Lucio. Estudio introductorio: trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del derecho comparado. In: MACGREGOR, Eduardo Ferrer; HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coords.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 8.ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2003.

PERJU, Vlad. Constitutional transplants, borrowing and migrations. In: ROSENFELD, Michael; SAJÓ, Andrés (Eds.). *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.



PERNICE, I. European constitutionalism and the national Constitutions of the member states: implications for Brexit. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 93, n. 1, p. 211-244, 2017.

PETERS, Anne. Dual democracy. In: KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. *The constitutionalization of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

\_\_\_\_\_. Membership in the global constitutional community. In: KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. *The constitutionalization of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

\_\_\_\_\_. The refinement of international law: from fragmentation to regime interaction and politicization. *International Journal of Constitutional Law*, New York, v. 15, n. 3, p. 671-704, July 2017.

PICARDI, Nicola. Le trasformazioni della giustizia nell'età della globalizzazione. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 67, n. 5, p. 1153-1165, sett./ott. 2012.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução: António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIIPARINEN, Touko. Exploring the methodology of normative pluralism in the global age. In: KLABBERS, Jan; PIIPARINEN, Touko (Eds.). *Normative pluralism and international law: exploring global governance*. New York: Cambridge University Press, 2013.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. Diálogo entre Cortes: a “interamericanização” do sistema europeu e a “europeização” do sistema interamericano. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PIOVESAN, Flávia. O direito internacional dos direitos humanos e a redefinição da cidadania no Brasil. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PISANESCHI, Andrea. Costituzione e diritto internazionale. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, n. 3, p. 791-811, 2016.

PISARELLO PRADOS, Gerardo. Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría do neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

PLATÃO. *República*. 14. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

PLUCKNETT, Theodore F. T. *A concise history of the common law*. Indianapolis: Liberty Fund, 2010.

POLI, Maria Daniela. Der justizielle Pluralismus der europäischen Verfassungsgemeinschaft: “Babylonische Gerichte” oder “Gerichte für Babylon”? *Der Staat*, v. 55, n. 3, p. 373-391, 2016.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Ed. Cultrix, 2010.

POSNER, Richard A. *Fronteiras da teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

POUND, Roscoe. *The spirit of the common law*. Boston: Marshall Jones Company, 1925.

POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa*, n. 21, p. 355-370, 1998.

PREUSS, Ulrich K. Disconnecting Constitutions from Statehood: is global constitutionalism a viable concept? In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Eds.). *The twilight of constitutionalism?* New York: Oxford University Press, 2010.

PRIBÁN, Jirí. A questão da soberania no pluralismo jurídico global. In: SCHWARTZ, Germano; PRIBÁN, Jirí; ROCHA, Leonel Severo. *Sociologia Sistêmico-autopoiética das Constituições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015.

PRIETO SANCHÍS, Luis. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

PROENÇA, Carlos Carranho. *Tutela jurisdiccional efetiva no direito da União Europeia: dimensões teóricas e práticas*. Lisboa: Petrony, 2017.

- QUEIROZ, Cristina. *Direito constitucional internacional*. Lisboa: Petrony Ed., 2016.
- QUERALT JIMÉNEZ, Angelia. *El Tribunal de Estrasburgo: una Jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- RAMIRES, Maurício. *Diálogo judicial internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- RAMOS, Rui Manuel Moura. Le recours aux précédents étrangers par le juge constitutionnel. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 90, n. 1, p. 31-54, 2014.
- RAUTENBACH, Christa; DU PLESSIS, Lourens. In the name of comparative constitutional jurisprudence: the consideration of german precedents by South African Constitutional Court Judges (August 16, 2013). *German Law Journal*, v. 14, n. 8, p. 1539-1577, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2313038>.
- RAZ, Joseph. *El concepto de sistema jurídico*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1986.
- REMOTI CARBONELL, José Carlos. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Barcelona: Instituto Europeo de Derecho, 2003.
- RICASENS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del derecho*. México: Editorial Porrúa, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Tratado general de filosofía del derecho*. México: Editorial Porrúa, 2008.
- RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.
- RIPOL CARULLA, Santiago. Un nuevo marco de relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, v. 66, n. 1, p. 11-53, 2014.
- ROBBERS, Gerhard. El Estado de derecho y sus bases éticas. In: THESING, Josej (Ed.). *Estado de derecho y democracia*. 2. ed. Madrid: CIEDLA, 1999.
- ROBLES, Gregorio. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid: Editorial Civitas, 1992.
- ROCHA, Joaquim Freitas da. *Constituição, ordenamento e conflitos normativos*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.
- ROMBOLI, Roberto. La Giustizia nella Carta dei Diritti di Nizza: Osservazioni sull'art. 47. *Rassegna di Diritto Pubblico Europeo*, Napoli, anno 2, n. 1, p. 9-43, genn./giug. 2003.

ROSENFELD, Michel. Comparative constitutional analysis in United States adjudication and scholarship. In: ROSENFELD, Michael; SAJÓ, András (Eds.). *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

SADAT, Leila. Transjudicial dialogue and the rwandan genocide: aspects of antagonism and complementary. *Leiden Journal of International Law*, v. 22, p. 543-562, 2009.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Diálogos entre juízes e direitos humanos: a legitimidade e a atratividade entre novas formas de autoridade. In: GOMES, Alexandre Fernandes; BERTOLDI, Marcia Rodrigues; CARDOSO, Simone Tassiari (Orgs.). *Direitos fundamentais e vulnerabilidade social: em homenagem ao Professor Ingo Wolfgang Sarlet* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina, 2015.

SARFATI, Gilberto. *Teorias de relações internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2006.

SAUL, Matthew. Identifying jus cogens norms: the interaction of scholars and international judges. *Asian Journal of International Law*, v. 5, n. 1, p. 26-54, 2015.

SCHAHMANECHE, Aurélia. *La motivation des décisions de la Cour Européenne des Droits de L'Homme*. Paris: A. Pedone, 2014.

SCHEININ, Martin. European Human Rights as universal rights. In: BREMS, Eva; GERARDS, Janneke (Eds.). *Shaping rights in the ECHR: the role of the European Court of Human Rights in determining the scope of human rights*. Edited by Eva Brems and Janneke Gerards. New York: Cambridge University Press, 2013.

SCHILLING, Theodor. *Internationaler Menschenrechts-schutz*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.

SCHNEIDERS, Benedikt. *Die Grundrechte der EU und die EMRK: Das Verhältnis zwischen ungeschriebenen Grundrechten, Grundrechtecharta und Europäischer Menschenrechtskonvention*. Baden-Baden: Nomos, 2010.

SCHWARTZ, Osnat Grady. Changing the rules of the (international) game: how international law is turning national courts into international political actors. *Washington International Law Journal*, v. 24, n. 1, p. 99-135, Jan. 2015.

SEN, Amartya. *The idea of justice*. London: Penguin Books, 2010.

SHAH, Ajit Prakash. Judicial globalisation: Supreme Court of India. In: MULLER, Sam; RICHARDS, Sidney (Eds.). *Highest courts and globalisation*. Hague: Hague Academic Press, 2010.

SILVA, Artur Stamford da. Teoria reflexiva da decisão jurídica: observações a partir da teoria dos sistemas que observam. In: SCHWARTZ, Germano (Ed.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SINGER, Peter. *Um só mundo: a ética da globalização*. Tradução de Maria de Fátima St. Aubyn. Lisboa: Gradiva, 2004.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 44, n. 1, 2003.

SLAUGHTER, Anne-Marie. *A new world order*. New Jersey: Princeton University Press, 2004.

SPEECH by Judge Silvia Fernández de Gurmendi President of the International Criminal Court. Complementarities and convergences between international criminal justice and human rights law. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Speech\\_20170127\\_Fernandez\\_de\\_Gurmendi\\_JY\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20170127_Fernandez_de_Gurmendi_JY_ENG.pdf). Acesso em: 10 jul. 2019.

STARK, Christian. *Verfassungen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. Tradutores: Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TARUFFO, Michele. La giurisprudenza tra casistica e uniformità. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, anno 68, n. 1, p. 35-45, mar. 2014.

\_\_\_\_\_. Note sparse sul precedente giudiziale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, anno 72, n. 1, p. 111-129, mar. 2018.

TEUBNER, Günther. *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

\_\_\_\_\_. *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Ed. Carlos Gómez-Jara Díez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación em Filosofía y Derecho, 2005.

TORCOL, Sylvia. Le droit constitutionnel européen, droit de la conciliation des ordres juridiques. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, Paris, n. 105, p. 101-126, Mar. 2016.

TRIBE, Lawrence. *The invisible Constitution*. New York: Oxford University Press, 2008.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. La búsqueda de la realización de la justicia en la era de los Tribunales Internacionales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coords.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

\_\_\_\_\_. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. 2. ed. actual. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.

TRIPATHI, Pradyumna K. Foreign precedents and constitutional law. *Columbia Law Review*. Columbia, v. 57, 1957.

TRUYOL Y SERRA, Antonio. *La sociedad internacional*. Madrid: Alianza Editorial, 2008.

TUSHNET, Mark. The inevitable globalisation of constitutional law. In: MULLER, Sam; RICHARDS, Sidney (Eds.). *Highest courts and globalisation*. Hague: Hague Academic Press, 2010.

ULFSTEIN, Geir. Institutions and competences. In: KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. *The constitutionalization of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

\_\_\_\_\_. The international Judiciary. In: KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. *The constitutionalization of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

VALDRON, Jeremy. Treating like cases alike in the world: the theoretical basis of the demand for legal unity. In: MULLER, Sam; RICHARDS, Sidney (Eds.). *Highest courts and globalisation*. Hague: Hague Academic Press, 2010.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria geral do direito: teoria da norma jurídica*. São Paulo: Malheiros, 1993.

VASILIEV, Sergey. International criminal tribunals in the shadow of Strasbourg and politics of cross-fertilisation. *Nordic Journal of International Law*, v. 84, n. 3, p. 371-403, 2015.

VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho. A adesão da União Europeia à Convenção Europeia de direitos do homem: desafios e perspectivas da proteção aos direitos humanos na Europa. In: VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho (Coord.). *Direito internacional em contexto*. São Paulo: Saraiva, 2012.

VENZKE, Ingo, MENDES, Joana. The idea of relative authority in European and International law. *International Journal of Constitutional Law*, v. 16, n. 1, p. 75-100, 2018.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução da 5. ed. alemão: Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. O poder de julgar e a norma. In: VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. Brasília-DF: IBET, 2003. v. 1.

VILLÁN DURÁN, Carlos. *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

VINCENTI, Umberto. *Diritto senza identità: la crisi delle categorie giuridiche tradizionali*. Roma: Editori Laterza, 2007.

VONDUNG, Julia. *Die Architektur des europäischen Grundrechts-schutzes nach dem Beitritt der EU zur EMRK*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.

WAHL, Rainer. In defense of “Constitution”. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Eds.). *The twilight of constitutionalism?* New York: Oxford University Press, 2010.

WALTERS, Melissa A. Mediating norms and identity: the role of transnational judicial dialogue in creating and enforcing international law. *Georgetown Law Journal*, v. 93, n. 2, 2005.

WENDEL, Mattias. Richterliche Rechtsvergleichung als Dialogform: Die Integrationsrechtsprechung nationaler Verfassungsgerichte in gemeineuropäischer Perspektive. *Der Staat*, Berlin, v. 52, n. 3, p. 339-370, 2013.

WIENER, Antze; LISTE, Philip. Lost without translation? cross-referencing and a new global community of courts. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 21, n. 1, p. 263-296, Jan. 2014.

WILLIAMS, Bob; HUMMELBRUNNER, Richard. *Systems concepts in action?: a practitioner’s tollkit*. Stanford: Stanford University Press, 2010.

WOLFRUM, Rüdiger. *Constitutionalism in Islamic Countries*. New York: Oxford University Press, 2012.

ZACCARIA, Roberto. La libertà d’espressione e giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo. In: Ruggeri, Lucia (Ed.). *Giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e influenza sul diritto interno*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Corti costituzionali e diritti universali. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, n. 2, p. 297-312, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

\_\_\_\_\_. *La legge e la sua giustizia*. Bologna: Il Mulino, 2008.

ZALAR, Boštjan. *Basic values, judicial dialogues and the rule of law in the light of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: judges playing by the rules of the game*. ERA Forum. New York: Springer, 2013.

ZARING, David. The use of foreign decisions by federal courts: an empirical analysis. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 3, n. 2, p. 297-331, July 2006.

ZIEMELE, Ineta. How International Law matters for the European Court of Human Rights. In: LÓPEZ GUERRA, Luis; MORTE GÓMEZ, Carmen; MENGUAL I MALLOL, Anna Maria; CANO PALOMARES, Guillem (Eds.). *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una visión desde dentro*. 1. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

ZOPPINI, Andrea. La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici. In: ZOPPINI, Andrea (a cura di). *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*. Roma: Editori Laterza, 2004.

ZUMBANSEN, Peer. Carving out typologies and accounting for differences across systems: toward a methodology of transnational Constitutionalism. In: ROSENFELD, Michael; SAJÓ, Andrés (Eds.). *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

ZÜRN, Michael; DEITELHOFF, Nicole. Internationalization and the State: sovereignty as the external side of modern Statehood. In: LEIBFRIED, Stephan et al. (Eds.). *The Oxford handbook of transformations of the State*. Oxford: Oxford University Press, 2015.