

Revista Brasileira de
ESTUDOS CONSTITUCIONAIS

RBEC

ATIVIDADE DECISÓRIA DAS CORTES
CONSTITUCIONAIS



INSTITUTO BRASILEIRO DE
ESTUDOS CONSTITUCIONAIS



O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede internacional de cortes constitucionais

Roberto Dias

Mestre e Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação (especialização, mestrado e doutorado) na PUC-SP. Coordenador acadêmico do Curso de Especialização em Direito Constitucional da PUC-SP (Cogeae). Coordenador do curso de graduação da FGV DIREITO SP.

Michael Freitas Mohallem

Mestre e Doutorando em Direito Público e Direitos Humanos pela *University College London* (UCL). Especialista em Ciência Política pela UnB. Graduado em Direito pela PUC-SP. Pesquisador do projeto *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts*. Coordenador do Programa de *Moot Courts* FGV Direito Rio. Pesquisador do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da FGV Direito Rio.

Sumário: 1 Introdução – 2 Em busca do diálogo – O problema da metodologia do direito comparado – 3 O fenômeno do diálogo jurisdicional – Uma comunidade internacional de cortes? – 4 Dificuldades e avanços – 5 Breves considerações sobre o desenvolvimento dos diálogos jurisdicionais no Brasil – 6 Conclusões – Referências

1 Introdução

O progressivo entrelaçamento das esferas do direito internacional e doméstico é um fenômeno comum aos Estados modernos e impacta profundamente a estrutura de ambos. Embora essa constatação venha sendo reproduzida por diversos acadêmicos e juristas nos últimos anos, a plena compreensão do novo papel desempenhado por cortes constitucionais que operam “em uma zona mista — nem totalmente nacional, nem totalmente internacional”¹ — ainda é uma aspiração de internacionalistas e constitucionalistas. As práticas de consulta ao direito estrangeiro por cortes constitucionais, da operacionalização doméstica do direito internacional e da crescente interdependência global, em meio à expansão material dos direitos humanos e ampliação

¹ NOLLKAEMPER, André. *Domestic Courts and the Rule of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 1.

do “judiciário internacional”,² elevaram o tema da influência mútua entre sistemas jurídicos ao patamar de “um dos maiores desafios para o Direito no século à frente”.³

Este trabalho explorará um dos aspectos presentes neste intrincado cenário: o diálogo jurisdicional no campo dos direitos humanos entre diferentes cortes nacionais. A face visível do diálogo entre cortes consiste no uso recíproco de julgamentos de outras jurisdições como parte do processo decisório de casos próprios, além da introdução de dinâmicas de interação direta, como conferências, congressos e encontros temáticos entre cortes supremas.⁴ A influência entre ordens jurídicas é identificada de diversas formas na literatura jurídica. Significativa parte dos autores se refere genericamente ao diálogo entre cortes nacionais como forma de utilização do direito comparado. Paolo Carozza, por exemplo, trata do uso de jurisprudência estrangeira por juízes domésticos como “comparações interestatais”,⁵ Anne-Marie Slaughter cunhou o termo “comunicação transjudicial”⁶ e, posteriormente, “fertilização constitucional cruzada” (*constitutional cross-fertilization*).⁷ Outras abordagens se referiram ao fenômeno como “coordenação interjudicial”,⁸ “empréstimos constitucionais” (*constitutional borrowings*)⁹ ou ainda “diálogo transjudicial”.¹⁰ A multiplicidade de abordagens e terminologias empregadas evidencia, por um lado, a dificuldade teórica inaugurada por uma prática que se tornou “lugar comum”¹¹ em diversas cortes constitucionais mundo afora, mas revela, por outro lado, significativos avanços acadêmicos que serão objeto de análise neste artigo.

Independentemente de qual seja a terminologia utilizada para a definição do processo de comunicação, troca e influência recíproca entre cortes, é fundamental ressaltar que não se trata de um método de simples consulta ao direito estrangeiro

² O projeto PICT — Project on International Courts and Tribunals: The International Judiciary in Context — oferece uma excelente perspectiva da evolução e expansão de órgãos judiciais internacionais e órgãos semijudiciais, de implementação e controle e de resolução de disputas internacionais. Disponível em: <<http://www.pict-pcti.org/>>. Acesso em: 19 out. 2012.

³ KIRBY, Michael. International Law: The Impact on National Constitutions. *The American Society of International Law Annual Meeting*, 2005, p. 55.

⁴ Anne-Marie Slaughter aponta para a institucionalização de encontros entre cortes constitucionais desde os anos 1980 e discute a importância de encontros presenciais como instrumentos de “fertilização cruzada”, ampliação das perspectivas de aplicação do direito e criação de redes de solidariedade. SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 99.

⁵ CAROZZA, Paolo G. “Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights” *Notre Dame Law Review*, v. 73, 1997, p. 1218.

⁶ SLAUGHTER, Anne-Marie. Typology of Transjudicial Communication. *University of Richmond Law Review*, v. 29, 1994, p. 99.

⁷ SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*, p. 69.

⁸ BENVENISTI, Eyal; DOWNS, George W. Toward global checks and balances. *Constitutional Political Economy*, v. 20, 2009 p. 382.

⁹ EPSTEIN, Jack. Constitutional Borrowing and Nonborrowing. *International Journal of Constitutional Law*, v. 1, 2003, p. 197.

¹⁰ FERRARESE, Maria Rosaria. When National Actors Become Transnational: Transjudicial Dialogue between Democracy and Constitutionalism. *Global Jurist*, v. 9, 2009, p. 1.

¹¹ MCCRUDDEN, Christopher. Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 20, 2000, p. 501.

como aquele secularmente praticado.¹² O processo desenvolvido atualmente apresenta variações em relação à influência exercida na corte receptora, de modo que, por vezes, será mero uso acessório, mas na maior parte dos casos é marcado pelo uso como argumento persuasivo, ou ainda, em casos mais raros e certamente mais polêmicos, como parte da *ratio decidendi*, constituindo elemento conclusivo da decisão.¹³ O processo que vislumbramos é também caracterizado pela identificação e interação entre as cortes dialogantes, pela construção voluntária de novos canais de trocas e pela preocupação, por parte das cortes e magistrados, com a contextualização de suas interpretações sobre os direitos humanos no plano internacional.

Mas quais as razões que suscitam tanto interesse da comunidade jurídica em relação ao uso de precedentes estrangeiros em processos decisórios domésticos? Juízes nacionais encontram-se, mais do que nunca, expostos ao direito construído por cortes internacionais e de outros países, especialmente em relação às normas substancialmente semelhantes àquelas aplicáveis em suas jurisdições de modo que o fenômeno poderia ser compreendido como uma expansão natural dos horizontes comparativos.¹⁴ Afinal, se outras cortes buscam respostas para problemas relativamente semelhantes, por que não adotar novos referenciais, mesmo que transcendam as fronteiras nacionais? Entretanto, essa dinâmica pode se revelar ilegítima nas chamadas redes horizontais. Decisões judiciais não são revestidas de autoridade apenas em razão de sua coerência em relação às decisões de outras cortes quando tratam do mesmo tema, mas antes pela adequação às leis e à Constituição do país.

¹² A consulta ao direito estrangeiro era frequente no período colonial, particularmente na relação jurídica entre império e colônia. É prática formalmente estabelecida entre os países membros da Comunidade de Nações (*Commonwealth* ou *British Commonwealth*) e comum entre países que buscam referências na jurisprudência dos EUA desde o pós-Segunda Guerra Mundial, cf. SLAUGHTER. *A New World Order*, p. 71. Giuseppe De Vergottini, igualmente, afirma que “de fato sempre existiram casos nos quais uma corte utilizou como paradigma a sentença de outra, a qual se presta de modelo para corte imitante”, entretanto o “fenômeno da transferência de ideias e programas políticos”, bem como as “migrações de ideias constitucionais” se multiplicaram e aceleraram após a metade do século passado. DE VERGOTTINI. *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*. Milão: Il Mulino, 2010, p. 18.

¹³ Jeremy Waldron aponta como uma das questões centrais do debate envolvendo o uso de direito estrangeiro por cortes estadunidenses justamente a delimitação de autoridade que exercem na jurisdição nacional, como elemento persuasivo ou conclusivo. WALDRON, Jeremy. *Foreign Law and the Modern *Ius Gentium**. *Harvard Law Review*, v. 119, 2005, p. 130. Na mesma direção argumenta Christopher McCrudden, para quem tal distinção entre “autoridade persuasiva” e “autoridade vinculante” deve ser feita quando se debate o papel contemporâneo do diálogo jurisdicional. Para este último autor, autoridade vinculante é aquela que deve ser aplicada pelo juiz, enquanto a autoridade persuasiva é o material relevante à decisão, mas não vinculante em sentido hierárquico. MCCRUDDEN. *Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*, p. 502. Gustavo Cardoso bem identifica a transformação no uso do direito comparado na jurisprudência brasileira ao notar que “atualmente, a argumentação comparada faz-se presente na racionalidade das decisões dos tribunais superiores de vários países, notadamente daqueles tribunais que precipuamente devem zelar pelo texto constitucional”. CARDOSO, Gustavo Vitorino. *O direito comparado na jurisdição constitucional*. *Revista de Direito GV*, São Paulo, v. 6, 2010, p. 470.

¹⁴ Harold Koh se refere à “emergência e crescimento de um extenso corpo de direito transnacional que é fundamentalmente público em seu caráter”. Dentre diversas áreas, destacam-se os direitos humanos. “Transnational legal processes illuminated”. In: LIKOSKY, Michael. *Transnational Legal Processes: Globalisation and Power Disparities*. Londres: Butterworths, 2002, p. 331.

A decisão judicial, como parece óbvio, não pode se fundar em um *survey* de cortes estrangeiras com as quais há identidade cultural e proximidade política. A concepção tradicional de Estado de Direito, fundada no respeito de todos à lei, exige que o magistrado indique o conjunto de normas jurídicas nas quais se baseia a decisão judicial.¹⁵ Portanto a utilização, pelas cortes, de quaisquer materiais criados fora do âmbito decisório sobre o qual o povo exerce poder democrático deve ser justificada, notadamente quando se torna clara sua influência no processo de convencimento de magistrados.

Nesse contexto, sobressaem indagações sobre o grau de influência que decisões estrangeiras exercem na construção do direito nacional, sobre as razões da adesão a tal método e, sobretudo, sobre o significado do diálogo jurisdicional de direitos humanos na construção de um sistema global de precedentes. Assim, este artigo apresentará os elementos compreendidos pelo diálogo horizontal de direitos humanos entre cortes nacionais e argumentará que a progressiva expansão de tal prática é fundada no processo de internalização do direito internacional bem como na construção de espaços permanentes de troca, sejam eles virtuais ou presenciais.

2 Em busca do diálogo – O problema da metodologia do direito comparado

O estabelecimento de um diálogo, obviamente, dependerá de ao menos duas partes envolvidas construtivamente em uma troca de ideias. O diálogo se construirá com o advento da reciprocidade, estruturação dos canais de comunicação e substantivo impacto transformador. A comparação entre sistemas jurídicos, apesar de comum, não é atividade singela. A primeira dificuldade do comparatista é a escolha do objeto. Como veremos adiante, essa é uma questão central posta ao magistrado, afinal o mundo globalizado e a facilitação de acesso a decisões judiciais estrangeiras ampliaram o espectro de possibilidades a serem consideradas. Mas, independentemente das escolhas feitas e da quantidade de material considerado, o comparatista nunca terá a sua disposição “o quadro completo” e deverá se conformar com o conhecimento parcial.¹⁶

Os desafios do método comparativo, evidentemente, não se restringem aos órgãos jurisdicionais. Comparações entre sistemas jurídicos em geral e entre instrumentos normativos específicos sempre fizeram parte das práticas comuns de casas

¹⁵ Geraldo Ataliba, ao tratar do princípio da legalidade como uma das premissas do regime republicano no direito positivo brasileiro, menciona que o “Judiciário, aplicando a lei aos dissídios e controvérsias processualmente deduzidas perante seus órgãos, não faz outra coisa senão dar eficácia à vontade do povo, traduzida na legislação emanada por seus representantes” (ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 96).

¹⁶ Cf. FRANKENBERG, Günter. Comparing constitutions: Ideas, ideals, and ideology: toward a layered narrative. *International Journal of Constitutional Law*, v. 4, 2006, p. 441.

legislativas.¹⁷ Particularmente em relação à elaboração de novos textos constitucionais, o direito comparado apresenta-se como um cardápio amplo. A ausência de limites jurídicos explícitos nos trabalhos de assembleias constituintes enseja o uso abundante da comparação,¹⁸ sem criar relevantes problemas de legitimidade de tal utilização. Ademais, o processo de ruptura constitucional geralmente se dá como resultado de transformações políticas que, no mais das vezes, são internalizadas pelo novo texto constitucional. Nesse contexto, a prática de comparação é recurso essencial na busca de elementos complementares e inovadores para os sistemas nacionais. Da mesma forma, a legislação infraconstitucional não é imune à busca por referências externas. A prática comparativa possibilita ao legislador situar-se no espectro de possibilidades existentes no cenário global e selecionar práticas relevantes e potencialmente transplantáveis e úteis ao contexto doméstico.¹⁹

Porém, o uso difundido do direito comparado não esconde a arbitrariedade do processo. Günter Frankenberg argumenta que a comparação constitucional é, afinal, “um processo seletivo e divergente de leitura e escrita” que deveria, idealmente, envolver duas etapas: a primeira é a seleção criteriosa de estruturas constitucionais que estejam contidas na maior parte dos documentos constitucionais existentes, como direitos humanos e normas relativas à organização do Estado. A segunda etapa envolveria a seleção dos detalhes, nuances e lacunas não disponíveis no “mercado global” de ideias do constitucionalismo transnacional. Ainda que tais peculiaridades revelem-se como informações exóticas ou com as quais o receptor não esteja familiarizado, elas são fontes de conceitos locais, conflitos sociais e questões de identidade comunitária. Seria este o caminho para evitar a cristalização de modelos constitucionais pretensamente a-históricos.²⁰

¹⁷ A elaboração legislativa, com muita frequência, vale-se do direito comparado. Para Ivo Dantas, o direito comparado é um método profissional “ligado à Técnica e Política Jurídica ou mesmo Política Legislativa, oferecendo os elementos necessários à análise, por parte dos operadores do Direito, para melhor compreensão de institutos jurídicos — sobretudo aqueles que foram recepcionados pelo sistema nacional — existentes em outros ordenamentos, exatamente porque, queiramos ou não, assistimos, nos dias atuais, a uma tendência de universalização dos conceitos no campo da Ciência Jurídica”. DANTAS, Ivo. *Direito constitucional comparado: introdução, teoria e metodologia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 62.

¹⁸ É notável, por exemplo, a influência do direito comparado na elaboração da Constituição da África do Sul pós-apartheid, em cujo processo foram extremamente influentes as constituições dos EUA, Canadá, Alemanha e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, cf. D. M. Davis, *Constitutional Borrowing: The Influence of Legal Culture and Local History in the Reconstitution of Comparative Influence: The South African Experience*. *International Journal of Constitutional Law*, v. 1, 2003, p. 186. A influência internacional também é identificada por KLUG, Heinz. *Participating in the Design: Constitution-Making in South Africa*. *Review of Constitutional Studies*, v. 3, 1996, p. 22. No Brasil, podemos lembrar, dentre outras passagens, a redação original do art. 62 da Constituição Federal, que criou a possibilidade de edição de medidas provisórias, e a previsão do art. 77 da Constituição italiana do pós-guerra.

¹⁹ O Congresso Nacional brasileiro utiliza-se com muita frequência do método comparativo ao elaborar ou reformar legislações. Parte desse debate é reproduzida e muitas vezes alimentada por estudos técnicos voltados às diversas áreas da atuação parlamentar, como se nota pelo trabalho das Consultorias Legislativas de cada casa do Parlamento Federal, em particular da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

²⁰ FRANKENBERG, Günter. Comparing constitutions: ideas, ideals, and ideology: toward a layered narrative, p. 442.

Não pretendemos discutir neste trabalho as diferentes abordagens metodológicas nem mesmo avançar sobre entendimentos epistemológicos acerca do direito comparado, mas apenas reiterar a complexidade da comparação do direito e suas interpretações no plano internacional.²¹ O uso da comparação jurisprudencial e do direito estrangeiro desacompanhado de critérios dificulta a tarefa de avaliar sua adequação e mesmo de estabelecer hipóteses nas quais deva ser rejeitado. Como consequência, é provável que o uso de comparações, no âmbito do trabalho legislativo ou do judiciário, permaneça vulnerável à crítica “por trazer uma agenda oculta, variáveis restritivas e seletivas, ou apresentar viés por padrões de diferenciação de maneira a antecipar suas conclusões”.²²

Embora a legítima aplicação do direito comparado exija método e critérios transparentes, é forçoso notar que o desenvolvimento dos direitos humanos, atualmente, tem lugar de destaque nas cortes nacionais e recebe significativa contribuição da jurisprudência internacional e da interpretação construída por cortes constitucionais estrangeiras no enfrentamento de questões semelhantes. Portanto, diante da crescente e impositiva agenda de cortes nacionais, acadêmicos têm buscado situar o fenômeno, dentre as opções oferecidas pela doutrina, como partícipes de um processo descritivo, uma transição da “prática” para a “doutrina”, muitas vezes “construindo a legitimidade segundo um caminho de experiência ao invés de um caminho normativo”.²³

3 O fenômeno do diálogo jurisdicional – Uma comunidade internacional de cortes?

Em matéria de direitos humanos, é necessário considerarmos elementos específicos que tornam a prática da comparação um autêntico diálogo entre diversos atores internacionais, além de mostrarem a superação teórica de algumas dificuldades inerentes à comparação entre pares não hierarquizados inseridos numa rede horizontal de intérpretes. Assim, discutiremos em seguida a construção dos diálogos

²¹ Em relação à comparação legislativa, por exemplo, aponta-se para práticas não observadas usualmente, como a consideração das “causas que motivaram a produção de determinada norma ou instituto, bem como a realidade sociológica em que nasceu, sua análise prática, além das causas que fundamentam seu sucesso ou fracasso”. CARVALHO, Weliton. Funções do Direito Comparado. *Revista de Informação Legislativa*, v. 44, 2007, p. 144. No que se refere à comparação jurídica pelas cortes brasileiras, é notável a ausência de oposição ou debate em relação ao seu uso. Cf. CARDOSO, Gustavo. O direito comparado na jurisdição constitucional, p. 486.

²² Cf. CHODOSH, Hiram. *Global Justice Reform: A Comparative Methodology*. Nova Iorque: NYU Press, 2005, p. 19.

²³ Cf. FERRARESE. When National Actors Become Transnational: Transjudicial Dialogue between Democracy and Constitutionalism, p. 4. No mesmo sentido, Esin Örüçü observa a ausência de normatização e pouca contestação da prática dentre magistrados e advogados: “o debate sobre uso ou não-uso da experiência comparada parece permanecer teórico” em “Whither comparativism in human rights cases?”. In: ÖRÜCÜ, Esin. *Judicial comparativism in human rights cases*. Londres: United Kingdom National Committee of Comparative Law, 2003, p. 235.

jurisdicionais de direitos humanos como fenômeno articulado, inserido no contexto de expansão do sistema internacional de direitos humanos e da redefinição do papel de cortes constitucionais na era de globalização e transnacionalização do direito.

3.1 Delimitação do diálogo horizontal

O chamado diálogo jurisdicional ocorre de diferentes maneiras, com diferentes atores e em múltiplas direções. Anne-Marie Slaughter descreve as redes horizontais (*horizontal networks*) de maneira abrangente, como sendo componentes de uma ordem mundial desagregada, a qual inclui agentes públicos encarregados da proteção e aplicação dos direitos humanos (entre outras atribuições), e podem tanto ser informais e flexíveis como institucionalizadas.²⁴ As redes horizontais foram formadas com as demandas da globalização e se instrumentalizaram com o avanço da tecnologia, particularmente a possibilidade de “globalização judicial” introduzida pela *internet* através da disponibilização *on-line* da jurisprudência e legislação de inúmeros países.²⁵ As redes se estreitaram ainda mais e deram espaço a uma espécie de harmonia entre cortes nacionais, um entendimento de respeito mútuo pelas respectivas parcelas de autoridade e aceitação recíproca da possibilidade de desentendimentos sobre a lei.²⁶

Portanto, são redes que operam sem hierarquia e sem vinculação jurídica formal. Interessante observar que, nesse contexto, juízes dialogam com as razões produzidas pelos seus pares de rede e as acolhem ou rejeitam com base em seus próprios entendimentos do sentido da lei e da justiça.²⁷ A consolidação de tais redes — e, portanto, do diálogo entre seus membros — conta ainda com significativa contribuição dos encontros presenciais. Não se trata mais de encontros protocolares. A institucionalização de tais agendas contribui para a aproximação e solidariedade de magistrados que compartilham desafios profissionais e, principalmente, ampliam suas perspectivas jurídicas.²⁸

A diferença entre as redes horizontais e verticais é o elemento da autoridade. Redes verticais são redes de imposição (*enforcement*) que podem operar também como redes de harmonização, “no sentido de que aproximam regras nacionais e supranacionais”.²⁹ Já os diálogos horizontais, segundo Valerio Mazzuoli, são “aqueles

²⁴ Cf. SLAUGHTER. *A New World Order*, p. 19.

²⁵ *Ibid*, p. 72.

²⁶ O termo cunhado pela autora é “judicial comity” e envolve o paradoxo de uma “maior predisposição ao choque com outras cortes quando necessário, como parte inerente do engajamento como iguais em um projeto comum”. *Ibid*, p. 87.

²⁷ *Ibid*, p. 91.

²⁸ *Ibid*, p. 99.

²⁹ As redes verticais se formam primariamente por meio de atos soberanos estatais de sujeição à autoridade de determinada corte ou instituição de direito internacional. *Ibid*, p. 21.

em que o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno [...] guardam ou relação de complementaridade ou de integração”.³⁰ O elemento marcante desta definição é a ausência de antinomia entre a norma internacional e a norma doméstica a ser complementada pelas interpretações e inspirações que partem da leitura do direito internacional.³¹ Para o mesmo autor, o diálogo horizontal pode ser também “rogatório de integração” quando busca “suprimir as lacunas apresentadas no direito interno”.³² Em ambas as hipóteses, não há conflito normativo, mas sim a busca por complementação e ampliação normativa, como forma de “preencher vazios” legislativos e tornar a aplicação do direito mais eficaz.³³

Marcelo Neves, por seu turno, identifica diferentes orientações do diálogo entre as ordens jurídicas internacionais, supranacionais, estatais e extraestatais (nacionais ou transnacionais) inseridas em uma mesma lógica operacional do direito, que denomina transconstitucionalismo.³⁴ Para Neves a essência do conceito está na inter-relação reflexiva entre as ordens jurídicas, “que são autovinculantes e dispõem de primazia”.³⁵ Neves rejeita a influência entre sistemas baseada na autoridade hierárquica, na medida em que os sentidos de uma norma ou respectiva interpretação por órgão internacional ou estrangeiro não se impõe, mas são reconstruídos “à luz da ordem receptora”.³⁶

Os diálogos jurisdicionais podem ser concebidos como elemento central ou parcial da inter-relação entre sistemas jurídicos que estabelecem entre si vínculos formais ou informais, hierárquicos ou persuasivos. Na visão de Harold Koh, os diálogos formam apenas uma parcela de um fenômeno mais abrangente definido como *Transnational Public Law Litigation*. A litigância transnacional mencionada por Koh combina os dois modelos clássicos de litígios: o primeiro é o modelo doméstico, em que indivíduos buscam cortes nacionais competentes para resolução de conflitos com outras pessoas, físicas ou jurídicas, também nacionais. Já o tradicional modelo de litigância internacional se caracteriza pela disputa jurídica entre Estados nacionais soberanos, com base no direito dos tratados ou direito costumeiro internacional, perante tribunais internacionais aos quais tais Estados concedam autoridade jurisdicional.³⁷ Assim, ao unir os dois modelos, “indivíduos, agentes públicos e Estados processam uns aos outros diretamente, em uma variedade de fóruns judiciais, proeminentemente cortes nacionais”. Nesse contexto, o autor observa a construção dos

³⁰ Cf. MAZZUOLI, Valerio. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 154.

³¹ *Ibid.*, p. 157.

³² *Ibid.*, p. 160.

³³ *Ibid.*, p. 154-165.

³⁴ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, capítulo 3.

³⁵ *Ibid.*, p. 118.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Cf. KOH, Harold. *Transnational Public Law Litigation*. *Yale Law Journal*, v. 100, 1990, p. 2348.

diálogos institucionais entre os diversos níveis normativos como um dos elementos essenciais para solução de tais litígios transnacionais.³⁸

Como se nota, não há apenas um tipo de diálogo jurisdicional. O termo é utilizado para definir a comunicação e troca de influências entre sistemas jurídicos de diversos tipos e em diversos planos (nacionais, supranacionais e internacional). Diante dos múltiplos caminhos possíveis, o propósito deste trabalho é certamente modesto. Trataremos, exclusivamente, da interação entre cortes nacionais como elemento integrante do processo decisório de casos nacionais envolvendo direitos humanos. Portanto, o termo “diálogo” nos parece particularmente adequado quando considerado o paradigma de órgãos não escalonados, cortes nacionais de diferentes países que se colocam como pares horizontais, em cujo processo de troca jurídica “prevalece a lógica da coordenação e da coexistência de interesses, ao invés da obrigatoriedade do triunfo de uma tese sobre a outra (ou de uma fonte sobre a outra), como se dá na dialética”.³⁹

3.2 A prática dos diálogos horizontais

Em recente julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF), a corte foi provocada a se manifestar sobre a inconstitucionalidade da interpretação da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), que entendia se tratar de crime de apologia ao uso de entorpecentes a participação em manifestações públicas conhecidas como “marchas da maconha”.⁴⁰ Ao proferir seu voto, buscando definir se manifestações coletivas em favor da descriminalização das drogas constituem ilícito penal ou mero exercício de liberdades constitucionais, o relator da matéria valeu-se de decisões da Corte de Ontário, no Canadá, e da Suprema Corte dos Estados Unidos da América para então concluir que, tal como nas jurisdições consultadas, o direito de reunião protegido pela Constituição brasileira autoriza manifestações ou debates públicos sobre a descriminalização do uso de drogas.⁴¹

³⁸ *Ibid.*, p. 2371.

³⁹ MAZZUOLI. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, p. 130. Cumpre notar que a obra de Valerio Mazzuoli não tem como escopo o estudo do diálogo entre cortes constitucionais por meio do uso de jurisprudência comparada, mas sim da relação entre cortes nacionais e internacionais no âmbito dos direitos humanos.

⁴⁰ ADI nº 4.274-DF de 23.11.2011, Rel. Min. Ayres Britto. Para uma breve análise sobre a controvérsia, antes da decisão do STF, conferir: DIAS, Roberto. Democracia e liberdade de reunião: a inconstitucional proibição da marcha da maconha. *Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP*, v. 8, p. 76-81, 2011. Disponível em: <www.esaoabsp.edu.br/revista/edicao08/index.swf>. Acesso em: 10 nov. 2012.

⁴¹ A decisão julgou procedente o pedido do Ministério Público Federal e deu ao §2º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 interpretação conforme a Constituição “para dele excluir qualquer significado que enseje a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou legalização do uso de drogas ou de qualquer substância que leve o ser humano ao entorpecimento episódico, ou então viciado, das suas faculdades psicofísicas”. A decisão canadense citada discutia a proibição de distribuição de obra literária sobre o uso ilícito de droga, sobre a qual a Corte concluiu que *a garantia de liberdade de expressão serve também para que condutas proibidas* “estejam sujeitas a constantes revisões mediante debates e discussões”. Já a decisão da Corte estadunidense seguiu

No mesmo ano, o STF reconheceu, por unanimidade, a união homoafetiva como entidade familiar ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, dando interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do Código Civil. Na ocasião, vários ministros fizeram referência à disciplina legal de países estrangeiros sobre a união homoafetiva.⁴² Mas Gilmar Mendes, para justificar, no caso, a adoção da interpretação conforme a Constituição, citou as experiências das “Cortes Constitucionais europeias — destacando-se, nesse sentido, a *Corte Costituzionale italiana*”. Com isso, o ministro buscou fundamentar o uso de “decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos da norma” como, em certos casos, “a única solução viável para que a Corte Constitucional enfrente a inconstitucionalidade existente no caso concreto”.

Em relação à questão de fundo, o próprio ministro Gilmar Mendes afirmou que a “tendência mundial” é a “crescente afirmação dos direitos das uniões homoafetivas”, lembrando que “o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ainda que não tenha reconhecido nenhuma espécie de direito para casais do mesmo sexo, já indicou que os parâmetros para sua aceitação devem ser desenvolvidos nos Estados europeus”. O ministro Marco Aurélio, por sua vez, fundamentou parte de seu voto a favor do reconhecimento da união estável homoafetiva na proteção jurídica conferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao projeto de vida, que comporia o “núcleo existencial da dignidade da pessoa humana”.⁴³ E Celso de Mello, ao embasar seu voto no direito à busca da felicidade, fez referência a vários precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América.⁴⁴

sua jurisprudência que interpreta a Primeira Emenda à Constituição em favor da liberdade de expressão radical, garantindo, assim, o “direito de discutir a legislação nacional, seus benefícios, vantagens e as oportunidades fornecidas aos cidadãos a partir dali”.

⁴² Por exemplo, o Ministro Ayres Britto, mencionou Resolução do Parlamento Europeu, de fevereiro 1994, que impõe a realização do princípio da igualdade de tratamento das pessoas, independentemente de suas tendências sexuais. Fez referência, também, à resolução a respeito dos Direitos do Homem na União Europeia, de março 2000, que incita os Estados-Membros a adotar políticas de equiparação entre uniões heterossexuais e homossexuais. Luiz Fux relatou o caso da Lei nº 13/2005, da Espanha, que alterou o Código Civil e consagrou a união homoafetiva. Gilmar Mendes tratou da disciplina legal sobre tema na Dinamarca, Holanda, Alemanha. Celso de Mello, ao discorrer sobre o direito à busca da felicidade, fez referência à Constituição dos Estados Unidos da América, do Japão, da França e do Butão.

⁴³ Os casos citados pelo ministro são: Loayza Tamayo *versus* Peru, Cantoral Benavides *versus* Peru e Gutiérrez Soler *versus* Colômbia.

⁴⁴ Segue a passagem do voto do ministro sobre a questão: “Desnecessário referir a circunstância de que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América tem aplicado esse princípio [princípio constitucional implícito da busca da felicidade] em alguns precedentes — como *In Re Slaughter-House Cases* (83 U.S. 36, 1872), *Butchers’ Union Co. v. Crescent City Co.* (111 U.S. 746, 1884), *Yick Wo v. Hopkins* (118 U.S. 356, 1886), *Meyer v. Nebraska* (262 U.S. 390, 1923), *Pierce v. Society of Sisters* (268 U.S. 510, 1925), *Griswold v. Connecticut* (381 U.S. 479, 1965), *Loving v. Virginia* (388 U.S. 1, 1967), *Zablocki v. Redhail* (434 U.S. 374, 1978), *v.g.* —, nos quais esse Alto Tribunal, ao apoiar os seus ‘rulings’ no conceito de busca da felicidade (*‘pursuit of happiness’*), imprimiu-lhe significativa expansão, para, a partir da exegese da cláusula consubstanciadora desse direito inalienável, estendê-lo a situações envolvendo a proteção da intimidade e a garantia dos direitos de casar-se com pessoa de outra etnia, de ter a custódia dos filhos menores, de aprender línguas estrangeiras, de casar-se novamente, de exercer atividade empresarial e de utilizar anticoncepcionais”.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, em 2008, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por maioria de votos, a constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005), admitindo o uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos. Na ocasião, a Suprema Corte brasileira entendeu que não havia violação do direito à vida, nem a caracterização do aborto.

Alguns ministros — tanto os que compuseram a maioria quanto os que fizeram parte da minoria — buscaram referência na legislação de outros países e em tratados internacionais para fundamentar seus votos.⁴⁵ Por exemplo, Ricardo Lewandowski, ao votar pela procedência parcial da ação — divergindo da maioria — lembrou a regulamentação do assunto nos Países Baixos, França, Alemanha, Espanha, Suíça e Canadá, e também fez referência a declarações internacionais, como a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da Unesco. Mas ressaltou que não estava interpretando a norma impugnada com base no direito estrangeiro. Procurava extrair, segundo ele, “a partir da disciplina que o mundo civilizado e a corporação médica brasileira emprestam ao tema, o conteúdo ético-normativo dos comandos constitucionais que regem a espécie”.⁴⁶

Mas foi o Ministro Marco Aurélio que fez uma analogia com o caso *Roe versus Wade*, decidido em 1973, pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Apesar de reconhecer que o aborto não estava na pauta do Supremo Tribunal Federal, argumentou que “para efeito de proteção da vida em potencial, a Suprema Corte americana assentou que o ponto revelador de interesse obrigatório a ser protegido surge com a capacidade do feto de sobreviver fora do útero. Considerou, sim, a presença do interesse em garantir a saúde materna antes desse período, autorizando a realização do aborto apenas nos três primeiros meses de gravidez, pois, a partir desse momento, a intervenção faz-se mais perigosa que o próprio parto. Vale frisar que esse precedente tornou irrelevante a discussão, na América, sobre a constitucionalidade da pesquisa em células-tronco em face de suposta transgressão ao direito à vida, havendo tão-somente questionamentos sobre o financiamento público federal em tal campo”.⁴⁷

⁴⁵ Por exemplo, o ministro relator Ayres Britto — que proferiu o voto condutor da maioria do Tribunal pela constitucionalidade da lei e a admissão das pesquisas com células-tronco — mencionou a disciplina legal sobre a matéria na Itália, nos Estados Unidos e na Alemanha. O ministro Marco Aurélio, que acompanhou a maioria, faz rápidas referências às normas sobre o tema na África do Sul, Alemanha, Austrália, China, Cingapura, Coreia do Sul, Espanha, Estados Unidos da América, França, Índia, Israel, Itália, Japão, México, Reino Unido, Rússia, Suíça e Turquia.

⁴⁶ A referência a legislações de outros países também foi feita por Gilmar Mendes na mesma ADI nº 3.410. Depois de citar a legislação da Alemanha, Austrália, França, Espanha e México, o ministro deu ao art. 5º da Lei de Biossegurança interpretação com efeitos aditivos e julgou improcedente a ação para declarar a constitucionalidade do referido dispositivo legal, desde que as pesquisas e terapias com células-tronco embrionárias tivessem prévia autorização e aprovação por Comitê Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Justiça.

⁴⁷ Voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510.

Os casos discutidos ilustram a dimensão do uso da jurisprudência estrangeira pela principal corte brasileira em anos recentes. Mas a adoção do diálogo não é uma preferência exclusiva brasileira. Por exemplo, em caso que discutia matéria de direitos humanos, desta vez no Uruguai, o Tribunal de Apelações de Família de Montevideu manteve a sentença apelada contra a argumentação do Ministério Público que sustentava que o direito positivo uruguaio proíbe a mudança de identidade de indivíduos, ainda que se trate de caso de mudança de sexo, salvo em casos de falsidade ou erro. O Tribunal, no entanto, debateu extensivamente o direito de mudança de identidade à luz da jurisprudência e leis de Argentina, Itália, México, Espanha e da Corte Europeia de Direitos Humanos para então concluir que “o direito é uma disciplina social e a norma tende a regular relações entre os seres humanos; por isso a questão não se refere à tutela da identidade genética da autora e sim o seu aspecto e identidade social, como se apresenta em sociedade”, de modo que “a mudança de nome é permitida quando causa um prejuízo moral ou material mediante razões de ordem privada ou de interesse geral”.⁴⁸

Em 2009, naquele que foi o primeiro caso decidido pela então recém-instituída Suprema Corte do Reino Unido,⁴⁹ o apelante buscava a revisão da decisão de uma escola judaica que negou sua matrícula com fundamento em política de admissões própria que priorizava crianças judias ortodoxas. A Corte concluiu que judeus são um grupo racial (seja por origem étnica ou conversão) de modo que a discriminação em razão do pertencimento ou não ao judaísmo constitui discriminação racial e que, portanto, violava a legislação. A decisão foi fundada majoritariamente na jurisprudência doméstica, mas a Corte utilizou-se de decisão da Corte Suprema de Israel que concluiu de modo semelhante que, ainda que afiliação religiosa como base para tratamento diferenciado de estudantes fosse reconhecida pela lei de Israel, não poderia prevalecer sobre o direito de igualdade.⁵⁰

Em todos os casos discutidos, a interpretação definitiva dada pelas cortes às respectivas legislações nacionais e constituições contou com nítida influência da jurisprudência estrangeira e, em alguns casos, até mesmo com o texto da lei de países estrangeiros. Como esses casos há inúmeros na América Latina e em cortes constitucionais dispersas, pois se trata de fenômeno amplo, que sofre influência da intensificação da agenda global de direitos humanos e dos processos de internalização dos tratados de direitos humanos, que discutiremos a seguir.

⁴⁸ Uruguai, Tribunal de Apelaciones de Familia del 1er. turno de Montevideo, 28.07.2004, UY/JUR/161/2004.

⁴⁹ A Suprema Corte do Reino Unido iniciou seus trabalhos em outubro de 2009, assumindo as funções judiciais da Câmara Alta do Parlamento Britânico (House of Lords). No Reino Unido prevalece a doutrina de soberania do parlamento, de modo que a Corte não exerce controle de constitucionalidade em relação à chamada legislação primária criada pelo Parlamento.

⁵⁰ Cf. R (E) v Governing Body of JFS and the Admissions Appeal Panel of JFS and others. Disponível em: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2009/15.html>>. Acesso em: 23 out. 2012.

3.3 A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos e a expansão do diálogo jurisdicional

A expansão do diálogo jurisdicional no campo dos direitos humanos tem profunda relação com a ampliação do número de tratados e sua incorporação aos sistemas nacionais. Quando assinados, ratificados e depositados na respectiva instituição de direito internacional (em caso de documentos multilaterais), os tratados vinculam os estados-partes aos seus termos.⁵¹ Ainda que os tratados sejam primariamente adotados para garantir adesões recíprocas aos seus termos e para exteriorizar compromisso internacional com seus objetivos, eles podem ser elaborados de modo que sejam exigíveis no plano doméstico. Em verdade, estados raramente apoiam tratados impondo exigibilidade doméstica porque, em geral, são interessados em “garantir que apenas obrigações substanciais sejam observadas, deixando para cada estado a decisão sobre como tal obrigação deva ser executada no plano doméstico”.⁵²

Entretanto, ainda que tratados contenham remédios e garantias específicas para indivíduos e grupos, nem sempre são efetivos. Por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos garante aos indivíduos, grupos ou organizações não governamentais o direito de submeter petições à Comissão Interamericana de Direitos Humanos,⁵³ mas apenas uma pequena parte é transferida à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.⁵⁴ Contextos como este, em que há uma lacuna entre direitos e garantias, pressionam para que a adjudicação doméstica se torne uma opção viável de proteção.⁵⁵ Diante da expansão de tratados envolvendo relações verticais entre governos e população, como em regra são os tratados de direitos humanos, o papel de cortes nacionais pode se tornar proporcionalmente maior. Neste sentido, David Sloss argumenta que “na medida em que tratados criam direitos individuais sem que garantam aos beneficiários o acesso aos tribunais internacionais,

⁵¹ As regras formais de adesão aos tratados internacionais variam de acordo com a jurisdição nos termos do que determina cada Constituição. LOWE, Vaughan. *International law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 67. Há países que reservam somente ao Poder Executivo o poder de submeter o estado de modo que os efeitos jurídicos de um tratado nem sempre dependem de sua ratificação. Em estados como o Brasil, cuja condição para entrada em vigor é a ratificação pelo Congresso Nacional, “a assinatura constitui um passo intermediário, indicando que os delegados concordaram com o texto e intencionam aceitá-lo”. FITZMAURICE, Malgosia. *The practical working of the law of treaties*. In: EVANS, Malcom. *International law*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 177.

⁵² BUERGENTHAL, Thomas. Self-executing and non-self-executing treaties in national and international law. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 36, 1998, p. 320.

⁵³ Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 44: Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-parte.

⁵⁴ Em 2010 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos analisou 1.676 pedidos. Em 275 casos houve decisões de processamento no ano de 2010. Dentre tais casos, apenas 16 foram submetidos à Corte Interamericana. Inter-American Commission on Human Rights, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 2010*.

⁵⁵ Cf. SLOSS, David. *The role of domestic courts in treaty enforcement: a comparative study*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 2.

a exigibilidade efetiva de tratados transnacionais e verticais pode depender da voluntariedade de cortes domésticas para implementá-los em favor de particulares”.⁵⁶

Portanto, diversas constituições nacionais passaram a prever a incorporação de tratados de direitos humanos. Segundo Luiz Guilherme Arcaro Conci, na América Latina, desde a década de 1980, nota-se uma “abertura constitucional para o direito internacional dos direitos humanos”, surgindo “um novo status no direito constitucional da região fruto da onda de democracia e de centralização da pessoa humana nos sistemas constitucionais”.⁵⁷ Conci recorda que a Argentina, desde 1994, por força do art. 75, inciso 22, de sua Constituição, estabeleceu que os tratados internacionais têm hierarquia supralegal e, também, constitucionalizou alguns tratados de direitos humanos. O art. 23 da Constituição da Venezuela confere hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, impondo sua prevalência sobre Constituição e as leis do país caso sejam mais favoráveis à pessoa humana do que as disposições do direito interno. Desde 1991, a Constituição colombiana consagra a prevalência dos tratados de direitos humanos sobre a ordem interna (art. 93). Recentemente, o México alterou o art. 1º de sua Constituição para adotar o princípio *pro homine* na relação entre o direito interno e os tratados internacionais, de modo a impor a prevalência da norma mais favorável à pessoa humana, no caso de conflito entre a disposição normativa interna e internacional.⁵⁸

No Brasil, o §2º do art. 5º da Constituição Federal estabelece 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”. A Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescentou o §3º ao referido artigo, prevendo que 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”. Desde 2008, rompendo com entendimento firmado em 1997 — que punha num mesmo nível hierárquico os tratados e a lei federal —, o Supremo Tribunal Federal, com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343, aderiu à tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos, exceto se aprovado pelo quórum do §3º do art. 5º, quando assume a hierarquia de norma constitucional.⁵⁹

Em seu trabalho seminal sobre o direito internacional e as constituições, Antonio Cassese concluiu que as constituições modernas poderiam ser alocadas em quatro grupos:

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Luiz Guilherme Arcaro Conci. *Controle da convencionalidade e constitucionalismo latino-americano*. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2012, p. 17.

⁵⁸ *Ibid* p. 18.

⁵⁹ Sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil, ver, por todos, PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 95-163.

(1) aquelas que não dizem nada sobre a implementação dos tratados internacionais; (2) as que estabelecem que as obrigações do tratado devem ser cumpridas por todos os cidadãos e autoridades públicas dentro do Estado, mas não atribuem aos tratados *status* mais elevado do que a legislação ordinária; (3) aquelas que dão um passo à frente e estabelecem o princípio de que os tratados prevalecem sobre leis ordinárias, com as consequências de que os legisladores nacionais não podem alterar ou substituir as disposições dos tratados ao promulgar novas leis; e (4) as que vão ao extremo de permitir que os tratados modifiquem ou revisem disposições constitucionais.⁶⁰

As categorias três e quatro são definidas como “mais internacionalmente orientadas”⁶¹ ou “regimes fortes de incorporação doméstica”,⁶² consideradas como mais capazes de oferecer garantias constitucionais em conformidade com os tratados internacionais. Além da incorporação direta de tratados, outra forma de proteger os direitos humanos em sistemas jurídicos nacionais é a adoção de regras que dão um *status* normativo superior ao direito internacional em geral. Neste sentido, Thomas Buergenthal descreve “a promulgação de emendas constitucionais e decisões de supremos tribunais nacionais conferindo um grau normativo maior aos tratados do que à legislação nacional”⁶³ como uma tendência iniciada no período após a Segunda Guerra Mundial e que dura até hoje.⁶⁴

Nota-se que as práticas compreendidas pelo diálogo jurisdicional podem se ater a circunstâncias estabelecidas na relação entre as jurisdições domésticas — nas quais reinam as interpretações das respectivas cortes constitucionais — e as diversas e fracionadas jurisdições internacionais.⁶⁵ Por um lado, a expansão dos tratados e a proliferação dos tribunais internacionais ampliam a jurisdição e a aplicação do

⁶⁰ CASSESE, Antonio. *Modern Constitutions and International Law*. In: *Recueil des Cours*, v. 192, Hague Academy of International Law, Martinus Nijhoff, 1986, p. 394.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² POSNER, Eric. *The perils of global legalism*. Chicago: University of Chicago Press 2009, p. 111.

⁶³ Cf. BUERGENTHAL, Thomas. *Modern Constitutions and Human Rights Treaties*. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 36, 1998, p. 215.

⁶⁴ A onda de novas constituições no período pós-Segunda Guerra Mundial não só difundiu o modelo de incorporação com hierarquia superior de tratados (ou apenas aos tratados de direitos humanos), mas também foi responsável pela divulgação de um modelo conceitual de constituição atribuindo a algumas normas superioridade em relação aos demais artigos. SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. *The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe*. In: LEVINSON, S. *Responding to imperfection: the theory and practice of constitutional amendment*. Princeton: Princeton University Press, 1995, p. 290.

⁶⁵ Alguns exemplos envolvendo a relação entre as jurisdições da Corte Europeia de Direitos Humanos e do Tribunal de Justiça da União Europeia são discutidos por Marcelo Neves, p. 229. Outra abordagem possível sobre o fracionamento na ordem internacional se refere às dificuldades decorrentes da emergência de diversos subsistemas de direito internacional público, cada qual com instituições e normas substantivas próprias. Inevitavelmente, tais instituições recorrem não apenas às normas compreendidas em subsistemas baseados em *leges specialia*, mas também ao quadro normativo geral da ordem jurídica internacional, potencializando, assim, o desenvolvimento de um espectro de conflito normativo ou diálogo. DUPUY, Pierre-Marie. *A Doctrinal Debate in the Globalisation Era: On the “Fragmentation” of International Law*. *European Journal of Legal Studies*, v. 1, p. 4, 2007.

direito internacional, fazendo com que os Estados nacionais, mais do que nunca, estejam vinculados aos mais diversos compromissos globais.⁶⁶ Ademais, a aplicação do direito internacional torna-se atribuição não apenas de tribunais internacionais como também de cortes nacionais.⁶⁷

Nesse contexto, juízes nacionais não apenas decidem casos com fundamento em suas respectivas constituições e leis, mas também com base no direito internacional aos quais seus respectivos Estados estão vinculados. O elo jurídico entre as cortes nacionais, portanto, é justamente a sujeição voluntária à mesma norma de direito internacional, interpretada à luz dos respectivos ordenamentos jurídicos nacionais. Esta configuração estimula a consulta à jurisprudência estrangeira para decidir casos paradigmáticos cuja fonte de direito, muitas vezes, é literalmente a mesma norma jurídica (por exemplo, um mesmo artigo de um mesmo tratado) internalizada com roupagem híbrida de norma internacional e doméstica positivada pelo processo de ratificação. Juízes “emprestam” fundamentos de decisões selecionadas de tribunais domésticos estrangeiros para decidir seus próprios casos.⁶⁸ Juízes nacionais passam a fazer parte de um âmbito decisório que inclui o direito internacional e as cortes internacionais. Tais fenômenos contribuem para que o chamado “Estado Constitucional” e o direito internacional atravessem limites anteriormente estabelecidos, criando uma espécie de “direito comum de cooperação”.⁶⁹

Portanto, o cenário de expansão do direito internacional e sua progressiva assimilação em sistemas domésticos favorecem o diálogo jurisdicional. O fenômeno tenderá a ser intensificado em relação aos sistemas jurídicos, como o brasileiro, que passaram por transformações constitucionais que possibilitam a incorporação de direitos humanos em patamar hierárquico superior à legislação ordinária, como mencionado acima.

3.4 Os encontros presenciais e a construção das redes de cortes internacionais e regionais

O diálogo entre cortes não se realiza apenas no plano das decisões judiciais, por meio das menções à jurisprudência estrangeira. A América do Sul vem assistindo a um intenso processo de aproximação que se concretiza, em plano físico, com encontros e trocas de visões sobre questões jurídicas comuns. No plano internacional,

⁶⁶ KIRBY, Michael. International Law: The Impact on National Constitutions. *The American Society of International Law Annual Meeting*, p. 55.

⁶⁷ SHANY, Yuval. No Longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary. *European Journal of International Law*, v. 20, p. 73, 2009.

⁶⁸ Cf. BINGHAM, Tom. *Widening horizons: the influence of comparative law and international law on domestic law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 32; MCCRUDDEN, Christopher. *Common Law of Human Rights?*: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights, p. 501.

⁶⁹ HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 12.

foi criada a Conferência Mundial sobre Justiça Constitucional⁷⁰ cujo segundo encontro se deu na cidade do Rio de Janeiro no ano de 2011.⁷¹ No plano regional há o já tradicional Fórum Permanente de Cortes Supremas do Mercosul, cujo próximo encontro será o décimo desde 2013.⁷² No que tange aos países de língua portuguesa, instituiu-se a Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa.⁷³ Tais encontros resultaram, no caso brasileiro, na criação do Portal Internacional do STF com a disponibilização de selecionada parcela da jurisprudência constitucional brasileira em inglês e espanhol, bem como da divulgação de temas relacionados à cooperação internacional no campo judicial.⁷⁴ Há ainda um informativo eletrônico periódico (*MercoJur*) que divulga informações relativas à jurisprudência dos países do Mercosul, além de repositórios de jurisprudência estrangeira.⁷⁵

Como se nota, os efeitos de tais encontros presenciais se concretizam tanto na produção de materiais pelo Poder Judiciário que facilitam a consulta ao direito e jurisprudência brasileiros por meio de traduções e divulgação segmentada, como também repercutem na assimilação do direito estrangeiro através do acompanhamento do dia a dia de decisões judiciais de cortes integrantes de tais redes. Vergottini, ao analisar a expansão dos encontros entre cortes, ressalta que são “iniciativas que racionalizam as relações entre cortes e que, através da discussão e o estudo, contribuem para reforçar o contexto cultural comum que tende à homogeneização entre sistemas de justiça constitucional, ao menos em certas áreas geográficas. Nestes restritos termos é definitivamente correto falar em diálogo”.⁷⁶

A consolidação de tais redes de cortes tem o potencial de criar laços entre os magistrados que muitas vezes extrapolam o âmbito de suas decisões. Há casos em que juízes recebem apoio de cortes constitucionais de outros países quando se

⁷⁰ A Conferência Mundial sobre Justiça Constitucional (*The World Conference on Constitutional Justice*) reúne 59 cortes constitucionais, conselhos e cortes supremas. O objetivo é “promover a justiça constitucional — entendida como controle de constitucionalidade, incluindo casos de direitos humanos — como elemento chave para a democracia, proteção dos direitos humanos e o estado de direito” (artigo 1º do estatuto da Conferência). Disponível em: <<http://www.venice.coe.int/WCCJ/>>. Acesso em: 20 out. 2012.

⁷¹ O Segundo Congresso teve como tema a “Separação dos Poderes e a Independência de Cortes Constitucionais e Órgãos Equivalentes”, Rio de Janeiro, 16 a 18 de janeiro de 2011, e contou com a participação de oitenta e oito cortes constitucionais e cortes supremas, além de dez grupos regionais. Detalhes disponíveis em: <http://www.venice.coe.int/WCCJ/WCCJ_Rio_E.asp>. Acesso em: 20 nov. 2012.

⁷² O Fórum Permanente de Cortes Supremas do Mercosul foi institucionalizado com a Carta de Brasília, em novembro de 2004. O documento e demais informações sobre a organização estão disponíveis em: <<http://www.cortesmercosul.jus.br>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

⁷³ A Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa (CJCLP) é formada pelos tribunais constitucionais de Angola e de Portugal, o Supremo Tribunal Federal do Brasil, os Supremos Tribunais de Justiça de Cabo Verde, da Guiné-Bissau e de S. Tomé e Príncipe, o Conselho Constitucional de Moçambique e o Tribunal de Recurso de Timor-Leste. Os detalhes estão disponíveis em: <<http://www2.stf.jus.br/cjclp/>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

⁷⁴ O portal internacional do STF está disponível em: <www.stf.jus.br/internacional>. Acesso em: 13 nov. 2012.

⁷⁵ O informe jurídico sobre decisões e notícias das Cortes Supremas e Constitucionais dos Estados-Partes do Mercosul e Associados está disponível em <www.stf.jus.br/internacional>. Acesso em: 13 nov. 2012.

⁷⁶ DE VERGOTTINI. *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, p. 100.

encontram sob pressão ou coação por parte do próprio executivo ou legislativo nacionais.⁷⁷ No caso sul-americano, potencializam-se os laços com a criação de acordos de intercâmbio de magistrados de instâncias inferiores e funcionários dos poderes judiciários dos países do Mercosul.⁷⁸

A tendência parece ter vindo para ficar. Na agenda do STF, de janeiro de 2013 até meados de 2014, constam nada menos do que sete compromissos presenciais internacionais.⁷⁹ Os poderes judiciários, tradicionalmente fechados em seus processos decisórios endógenos, parecem ter sido, finalmente, absorvidos pela globalização.

3.5 O uso de precedentes nos sistemas de *civil law* e *common law*

O uso de precedentes como fonte do direito figura como uma das marcantes diferenças entre os sistemas ou “famílias” da *common law* e da *civil law*.⁸⁰ Em jurisdições cujos sistemas jurídicos são organizados sob a tradição da *common law*, o direito nasce também de decisões precedentes (*case law*), de modo que os juízes, em casos subsequentes, “devem considerar tais matérias; eles [precedentes] não são, como em outros sistemas jurídicos, meros materiais os quais eles [juízes] podem levar em consideração”.⁸¹ Precedentes podem, inclusive, compor parte da Constituição, quando não escrita.⁸²

Já em sistemas jurídicos que se desenvolveram sob as tradições da *civil law*, o “status do precedente judicial é naturalmente menor do que em sistemas de *common*

⁷⁷ SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*, p. 99. O caso específico mencionado pela autora se refere a pressões e ameaças do governo do Zimbábue sobre o presidente da Corte Suprema daquele país.

⁷⁸ O Programa de Cooperação e Intercâmbio de Magistrados e Servidores Judiciais foi estabelecido através de acordo firmado em 2010 entre as cortes de países do Mercosul “para fins de conhecimento do Poder Judiciário do país anfitrião em todas as suas instâncias”, além de prever o intercâmbio de magistrados e servidores da Justiça de cada um dos países signatários e organizar atividades direcionadas à interação dos magistrados estrangeiros com o Poder Judiciário do país receptor.

⁷⁹ Dentre os compromissos há quatro sessões da Comissão de Veneza, o XI e XII Encontros de Cortes Supremas do Mercosul e o III Congresso da Conferência Mundial sobre Justiça Constitucional. Disponível em: <www.stf.jus.br/internacional>. Acesso em: 13 nov. 2012.

⁸⁰ O termo “sistema jurídico” é rejeitado por acadêmicos que entendem que seu uso deve se referir apenas aos “conjunto de regras compondo uma ordem jurídica fechada, com normas específicas fundindo suas instituições e leis” e o termo apropriado seria “famílias jurídicas”. Entretanto, como o objeto deste artigo não se volta ao estudo ou comparação entre sistemas ou famílias jurídicas além do uso de precedentes, adotaremos os termos “sistema” ou “família” sem maior rigor conceitual. Cf. MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 1.

⁸¹ CROSS, Rupert; HARRIS, J. *Precedent in English law*. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 3.

⁸² No Reino Unido, por exemplo, onde não há um texto único incorporando as normas constitucionais, é possível reconhecer que algumas normas da Constituição sequer são escritas e podem inclusive incluir jurisprudências: “Constituição [britânica] é o corpo de regras que define os aspectos essenciais do sistema britânico de governo. Algumas dessas regras têm força de lei: podem ser legislação aprovada pelo parlamento, *common law* (i.e. direito dos costumes do território tal como “definido” por juízes) ou *case law* (i.e. interpretação judicial de legislações)”. RIDLEY, F. Defining Constitutional Law in Britain. *Anglo-American Law Review*, v. 20, p. 101.

law. Não é que o precedente seja pouco importante na prática, mas em teoria sua validade deriva das palavras da lei”, de modo que “um conjunto de precedentes é considerado como boa evidência do verdadeiro significado da lei”.⁸³ A jurisprudência citada como parte de uma decisão judicial, “ainda que não seja propriamente uma fonte do direito, é posicionada em patamar tão elevado quanto [...] o precedente judicial, como guia para interpretação dos códigos. Onde a lei é codificada, o código é a fonte definitiva”.⁸⁴

Portanto, sem a necessidade de nos aprofundarmos nas distinções entre as duas principais famílias jurídicas modernas, é possível compreender as diferentes reações provocadas pelo uso do direito comparado em decisões judiciais de acordo com a relevância atribuída ao precedente judicial no sistema de fontes e seu papel na construção da decisão judicial. Por exemplo, nos Estados Unidos da América (EUA), particularmente no período seguinte à decisão da Suprema Corte no caso *Roper v. Simmons*,⁸⁵ lançaram-se inúmeras críticas ao uso da jurisprudência estrangeira por cortes estadunidenses, além de impulsionar o lançamento de proposições de resoluções da Câmara dos Deputados e do Senado declarando que “determinações judiciais considerando o significado da Constituição dos EUA não devem ser baseadas [em precedentes estrangeiros] exceto se trazer um entendimento do significado original da Constituição”.⁸⁶

Em debate organizado pela Associação de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América (*U.S. Association of Constitutional Law*) e pela *American University* de Washington, dois dos Ministros (*Justices*) da Corte Suprema que detinham posições antagônicas a respeito do uso de decisões e outros materiais estrangeiros em suas decisões manifestaram suas ideias fora de um processo judicial, em ambiente acadêmico. Os trechos ilustram muito bem os elementos que circundam o debate de modo geral e notadamente aquele gerado em países da *common law*, como os EUA:⁸⁷

Stephen Gerald Breyer: “[...] quando eu me refiro ao direito estrangeiro em casos envolvendo uma questão de constitucionalidade, eu tenho ciência

⁸³ FARRAR, John Hynes; DUGDALE, Anthony M. *Introduction to legal method, Introduction to legal method*, Sweet & Maxwell, 1990, p. 248.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 248.

⁸⁵ A decisão, que discutia a constitucionalidade da pena capital a menores de 18 anos, contou com o voto do Justice Anthony Kennedy que se utilizou da jurisprudência estrangeira como “elemento confirmatório” na análise constitucional e declarou que “o reconhecimento de que a expressa afirmação de certos direitos fundamentais por outras nações e povos não diminui nossa fidelidade à Constituição, mas simplesmente ressalta a centralidade daqueles mesmos direitos dentro de nossa herança de liberdade”. Estados Unidos da América, Suprema Corte, *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), p. 25.

⁸⁶ Além das reações no Congresso, o debate provocou notícias na imprensa, blogs e meio acadêmico. WATERS, Melissa A. Getting Beyond the Crossfire Phenomenon: A Militant Moderate’s Take on the Role of Foreign Authority in Constitutional Interpretation. *Fordham Law Review* 635, p. 102. Reação também observada por CARDOSO, Gustavo Vitorino. O direito comparado na jurisdição constitucional, p. 474.

⁸⁷ DORSEN, Norman. The Relevance of Foreign Legal Materials in U.S. Constitutional Cases: A Conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, 2005, p. 519.

completa de que as decisões de cortes estrangeiras não vinculam as cortes americanas. Claro que não. Mas esses casos, às vezes, envolvem [...] um problema jurídico frequentemente similar aos problemas que surgem aqui, problemas que envolvem a aplicação de um diploma legal, frequentemente similar ao texto da nossa Constituição, buscando proteger certos direitos humanos básicos, frequentemente similares aos direitos que nossa Constituição busca proteger. [...] Nós devemos confiar na integridade judicial para garantir uma leitura imparcial e abrangente de todos os materiais estrangeiros relevantes. [...] Claro, espero que eu, ou qualquer outro juiz, se refira a materiais que suportem posições com as quais esteja em desacordo, tanto quanto aquelas com as quais concorde. [...] Em respeito ao uso de direito estrangeiro propriamente, eu entendo que um juiz não possa ler tudo. Mas se advogados encontram um caso estrangeiro interessante e útil, e se eles o mencionam, os juízes provavelmente o lerão e o usarão como alimento para o pensamento, não como precedente vinculante”.⁸⁸

Antonin Scalia: “Mas você está falando em usar o direito estrangeiro para determinar o conteúdo do Direito Constitucional americano, para ter certeza de que estamos no caminho certo, que temos a mesma estrutura moral e legal do resto do mundo. Mas não temos a mesma estrutura moral e legal do resto do mundo, e nunca teremos. [...] Considere nossa jurisprudência sobre o aborto: nós somos um de apenas seis países do mundo que permitem o aborto em qualquer momento anterior a sua viabilidade. Devemos mudar isso porque outros países pensam diferentemente? [...] Ou utilizamos o direito estrangeiro seletivamente? Quando [a jurisprudência estrangeira] concorda com o que os *Justices* gostariam que o caso dissesse, usamos a lei estrangeira, e quando ele não concorda, não usamos. [...] Duvido que alguém diria: ‘sim, nós queremos ser regidos pelas opiniões de estrangeiros.’ [...] Por que é que o direito estrangeiro seria relevante para que um juiz americano interprete — interprete, não escreva — a Constituição?”⁸⁹

Nesse segmento do debate emergem os três pontos centrais do debate doutrinário sobre o uso da jurisprudência estrangeira: primeiramente, a preocupação com a autoridade, ou influência da citação, na composição da sentença. Ainda que se concorde com o elemento de ampliação de horizontes jurídicos trazidos pelo direito estrangeiro, tal como defendido por Breyer, nos sistemas de *common law* haverá sempre a necessidade de diferenciar a jurisprudência estrangeira daquela doméstica, pois esta compõe o direito a ser observado pelo magistrado e tem autoridade sobre a corte, enquanto que aquela é mero “alimento para o pensamento”, nos termos utilizados por ele. O segundo elemento chave é o uso aparentemente aleatório de casos estrangeiros. Scalia aponta para a ausência de critérios claros para justificar o

⁸⁸ *Ibid.* p. 522-524.

⁸⁹ *Ibid.* p. 521-525.

método e crítica a arbitrariedade seletiva. Por fim, o terceiro elemento que sobressai no debate é a preocupação com a legitimidade da prática. Afinal, ainda que a decisão estrangeira não vincule a corte, a interpretação da Constituição a ser estabelecida pela decisão judicial vale-se, em maior ou menor grau, de elementos externos ao direito pátrio elaborado e controlado por instituições democráticas nacionais.

Embora relevantes, as diferenças entre as famílias do *common law* e *civil law* em relação à receptividade do diálogo jurisdicional são geralmente superdimensionadas.⁹⁰ Países de *common law* progressivamente adotam novas legislações, seja como consequência de compromissos internacionais a exigir que se internalizem normas previstas em tratados internacionais, seja pela agenda política complexa dos estados modernos e a tecnicidade crescente das matérias que demandam regulação.⁹¹ Ademais, o sistema da *common law* se manteve aberto ao diálogo com o direito estrangeiro, por séculos, como “um tipo de debate institucional perpétuo com outras leis” e apenas no final do século XIX tornou-se hermético com a adoção do princípio do *stare decisis*.⁹²

Os sistemas de *civil law* também vêm sofrendo transformações. O papel do precedente na resolução de litígios vem se ampliando em diversas jurisdições, de modo que hoje, também em jurisdições da *civil law*, “não é mais controverso incluir precedentes de decisões judiciais dentre as fontes do direito”.⁹³ O caso do Brasil é emblemático. A Reforma do Judiciário de 2004⁹⁴ introduziu o princípio do *stare decisis* através do instrumento da repercussão geral e das súmulas vinculantes.⁹⁵ A interpretação concretista do mandado de injunção⁹⁶ e a transformação do sistema de controle

⁹⁰ Neste sentido, na clássica obra de Zweigert and Kötz, os autores afirmam que “não se pode negar que existem diferenças neste tópico, mas elas têm sido geralmente exageradas. Para o direito comparado como um todo e para a teoria das famílias jurídicas em particular, a questão de fontes do direito é de menor importância”. ZWIEGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to comparative law*. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 71.

⁹¹ John Merryman se refere a tendência de codificação da legislação em países do *common law*, por exemplo, no caso da adoção do Código Comercial Uniforme nos EUA. MERRYMAN, John. *The loneliness of the comparative lawyer: and other essays in foreign and comparative law*. Londres: Kluwer Law International, 1999.

⁹² Cf. GLENN, Patrick. *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 256-57.

⁹³ Ao menos em relação à realidade dos países da *civil law* na Europa continental, o pensamento jurídico “continua a apresentar decisões anteriores, pelo menos, como ‘vinculantes na prática’, o que pode ser visto como resposta ao problema democrático do juiz legislador”. KOMAREK, Jan. Reasoning with Previous Decisions: Beyond the Doctrine of Precedence. LSE Legal Studies Working Paper nº 8/2012. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2150133>>. Acesso em: 26 nov. 2012.

⁹⁴ Trata-se da reforma constitucional implantada pela Emenda nº 45/2004.

⁹⁵ Em recente pesquisa sobre os processos e mudança de perfil do STF, constatou-se que “a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 criou alguns diques de contenção com a repercussão geral e a súmula vinculante. Isso não retirou do Supremo sua função de corte recursal, mas criou um mecanismo de seleção das demandas, em princípio automático, que inclusive reforça a posição hierárquica de sua jurisprudência no processo decisório da magistratura”. FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo; ARGUELHES, Diego. *Relatório Supremo em Números: O Múltiplo Supremo* (FGV-Rio). Disponível em <<http://www.supremoemnumeros.com.br>>. Acesso em: 14 nov. 2012, p. 58.

⁹⁶ Sobre a evolução do entendimento do STF sobre os efeitos da decisão no mandado de injunção, ver BARROSO, Luis Roberto. *O controle da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 165 a 174.

de constitucionalidade, que privilegia a via concentrada também são evidências da crescente importância do sistema de precedentes.⁹⁷ Portanto, parece-nos adequado falar de um processo de convergência entre as famílias jurídicas aqui discutidas.⁹⁸

4 Dificuldades e avanços

Ao longo deste artigo, foram discutidos casos onde há a utilização da jurisprudência estrangeira por cortes constitucionais e contextualizados os problemas inerentes ao diálogo. Sistematizaremos aqui, à luz da discussão doutrinária e dos casos considerados, o debate em relação ao uso da jurisprudência estrangeira em torno de três pontos: a existência ou não de critérios para seleção de jurisdições, a legitimidade da fonte estrangeira e o grau de influência nas ordens jurídicas nacionais receptoras.

4.1 Critérios para seleção de jurisdições

A aparente ausência de critérios no uso de jurisprudência estrangeira por juízes, quando da construção de decisões, certamente torna o método vulnerável a críticas. A oposição ao uso da jurisprudência estrangeira aponta os riscos do ecletismo: “pode ser que a pesquisa comparativa seja adotada para mostrar que ainda que um problema seja universal, há, de fato, diferentes soluções. Contudo, há o risco do ecletismo, pois juízes podem escolher a solução que preferirem”.⁹⁹ Há quem até mesmo questione se a crescente disponibilidade de informações não tornará a prática da comparação supérflua.¹⁰⁰

A contribuição de Jeremy Waldron traz luz ao problema e indica um caminho que nos convence. O autor faz uma analogia com o processo de evolução das ciências e argumenta que “ninguém no mundo moderno levaria a sério reivindicações

⁹⁷ Para uma breve análise dos aspectos históricos do controle da constitucionalidade no Brasil, conferir TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 301 *et seq.*, em especial p. 308-311. Tavares assinala a “tendência que, a partir de 1988, manifesta-se no Direito brasileiro no sentido de intensificar o controle concentrado da constitucionalidade, sem prejuízo do método difuso. Denotam essa tendência, no texto original de 1988, a ampliação da legitimidade ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e a ampliação dos próprios instrumentos e controle abstrato-concentrado da constitucionalidade. Essa inclinação vai se intensificar com a EC nº 3/93, que criou a ação declaratória de constitucionalidade, e a EC nº 45/2004, que ampliou a legitimidade ativa desta última ação e criou a súmula vinculante” (p. 308-309). No mesmo sentido, ver também BARROSO, Luis Roberto. *O controle da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 84 *et seq.* Este autor constata “uma nítida tendência no Brasil ao alargamento da jurisdição constitucional abstrata e concentrada” (p. 89).

⁹⁸ Patrick Glenn enfatiza o aspecto misto dos sistemas jurídicos atuais: “O caráter misto de todas as jurisdições, entretanto, é camuflado atualmente por instituições de Estado, por metodologias de direito comparado taxativas que estabelecem distintas ‘famílias’ de direito, e por historiografias nacionalistas que enfatizam aquilo que talvez seja distintivo em sistemas jurídicos nacionais. GLENN, Patrick. *Persuasive Authority*. *McGILL Law Journal*, v. 32, p. 264.

⁹⁹ ÖRÜCÜ, Esin. *Whither comparativism in human rights cases?*, p. 235.

¹⁰⁰ MARKESINIS, Basil; FEDTKE, Jörg. *Engaging with foreign law*. Oxford: Hart Publishing, 2009, p. 369.

inovadoras sobre energia ou gravidade que não fizesse referência aos trabalhos da comunidade científica de modo geral”.¹⁰¹ O conhecimento jurídico é também produzido através do trabalho de juízes e legisladores ao lidar com problemas reais, e a sua acumulação não se dá apenas no sentido de adição, “mas no sentido de sobreposição, duplicação, elaboração mútua, e a verificação e reverificação de resultados, que é característica da verdadeira ciência”.¹⁰² Assim, segue o autor, a solução jurídica por trás de uma jurisprudência não deve ser interpretada como sendo de um ou de outro país, mas sim “a sabedoria sobre direitos e justiça acumulada no mundo”.¹⁰³

4.2 Legitimidade

No que se refere à legitimidade do uso de jurisprudências estrangeiras, é recorrente a observação de que juízes têm autoridade, pois sua atividade tem um grau de legitimidade democrática que não pode ser estendida ao magistrado de outra jurisdição.¹⁰⁴ Para Richard Posner, seria problemático o uso de decisão oriunda de corte de Estados não democráticos. Seria, ainda, necessário “identificar o processo de nomeação/eleição de juízes de todas as jurisdições citadas”.¹⁰⁵ A questão da legitimidade relaciona-se também com a contextualização da fonte citada, pois a corte estrangeira que “exportou” a decisão “não interpretou o mesmo texto constitucional ou leis ou precedentes que enquadrariam e guiariam a análise” tal como faria a corte receptora.¹⁰⁶ Nesse sentido, diante das variações internas de cada sistema jurídico, “abrem-se oportunidades promíscuas”.¹⁰⁷

Apesar da relevância da crítica, vale ressaltar que em matéria de direitos humanos a questão da legitimidade recebe contornos diferenciados. No caso de países signatários dos mesmos tratados de direitos humanos, há que se considerar que a construção da jurisprudência doméstica também será influenciada pelas normas e jurisprudência internacionais. Ademais, as normas de direitos humanos possuem, geralmente, níveis elevados de abstração de modo que, “mais do que em outras áreas do direito, é provável que se ganhe mais do que se perca com o uso de fontes estrangeiras”.¹⁰⁸ Por fim, cortes nacionais, ao interpretar casos que envolvem direitos

¹⁰¹ WALDRON, Jeremy. *Foreign Law and the Modern *Ius Gentium**, p. 138.

¹⁰² *Ibid.*, p. 138.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ POSNER. No Thanks, We Already Have Our Own Laws 22.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ ÖRÜCÜ, Esin. “Whither comparativism in human rights cases?”, p. 229. No mesmo sentido Tom Bingham observa que “há algumas áreas do direito — por exemplo, tributário e previdenciário — nas quais a tarefa das cortes é essencialmente interpretar e aplicar os extremamente detalhados e complexos esquemas jurídicos elaborados pelo Parlamento. É improvável que o juiz ganhe muita ajuda para resolver um problema apresentado à corte com considerações de esquemas análogos na Alemanha ou Austrália ou os Estados Unidos”. *Widening horizons the influence of comparative law and international law on domestic law*, p. 2.

humanos, buscam evitar o constrangimento de conclusões discrepantes em relação aos seus pares de outros países, preocupação que “serve como poderoso incentivo a que prestem cuidadosa atenção aos requisitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos”.¹⁰⁹

4.3 Influência

Talvez o principal debate que acompanha a prática do uso de fontes estrangeiras se refira a sua efetiva influência na jurisprudência do país receptor. Afinal, se determinada análise parte da premissa de que a referência estrangeira é meramente retórica, pouca ou nenhuma importância será dirigida às questões da legitimidade da fonte e dos critérios adotados para sua escolha. Porém, a análise dos casos mostra que não é adequada a conclusão de que a jurisprudência estrangeira compõe a decisão da corte, ou o voto individual de Ministros, apenas como elemento retórico.¹¹⁰ Tampouco é correta a afirmação de que citações de decisões estrangeiras integram substancialmente as fontes normativas nas quais a decisão se fundamenta.¹¹¹ A nosso ver, a jurisprudência estrangeira exerce significativa influência, notadamente em casos nos quais o direito nacional aponta para solução que pareça “inapropriada ou injusta” ou ainda quando não há aparente resposta para o problema no direito pátrio.¹¹²

Outro ponto a ser considerado é como a Constituição, as leis e os costumes do país concebem a prática da citação. Há estados em que a prática é admitida pelo direito constitucional, por exemplo, na África do Sul, que expressamente autoriza a

¹⁰⁹ SHANY, Yuval. How Supreme Is the Supreme Law of the Land – Comparative Analysis of the Influence of International Human Rights Treaties upon the Interpretation of Constitutional Texts by Domestic Courts. *Brook International Law Journal*, v. 31, p. 375, 2005.

¹¹⁰ Os resultados de um *survey* sobre os termos utilizados por cortes em referência à jurisprudência estrangeira concluem que é “óbvio que o direito estrangeiro é utilizado ‘transnacionalmente como uma fonte interpretativa’ ao invés de fonte de aplicação direta”. ÖRÜCÜ, Esin. Whither comparativism in human rights cases?, p. 237.

¹¹¹ Em estudo comparado envolvendo o Brasil, concluiu-se que “o produto da comparação não perfaz o argumento nuclear da decisão. Ainda assim, a comparação tem altíssimo valor para a tarefa inesgotável de abertura do espírito a novas culturas e de expansão do horizonte cultural dos juízes, bem como para manter a abertura das possibilidades interpretativas da norma constitucional, fornecendo meios para sua própria evolução, o que permite concluir que, ainda que o juiz encontre inspiração no direito estrangeiro, no Brasil as razões persuasivas continuam atadas a fontes domésticas, de maneira que os argumentos provenientes da comparação influenciam a interpretação da lei constitucional, mas não de maneira a serem valorados como verdadeiramente decisivos para concretização da Constituição no âmbito judicial”. CARDOSO, Gustavo. O direito comparado na jurisdição constitucional, p. 486.

¹¹² Cf. Tom Bingham, *Widening horizons: the influence of comparative law and international law on domestic law*, p. 8. Também o exemplo da Argentina nos parece relevante: “Em momentos cruciais de sua história, a Argentina buscou o direito estrangeiro como forma de forçar o diálogo que suas instituições não podiam produzir por si próprias. Após as acentuadas violações de direitos nos anos 1970 e a impossibilidade permanente de construir a democracia por mais de cem anos, a Argentina procurou novamente outras legislações e decisões judiciais, buscando por textos que a nossa incapacidade não deixaria produzir”. BOHMER, Martin. Use of Foreign Law as a Strategy to Build Constitutional and Democratic Authority. *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, v. 77, p. 430, 2008.

consideração da lei estrangeira como método de interpretação da Constituição.¹¹³ Será igualmente relevante observar como são concebidos os métodos de elaboração da decisão judicial. Há sistemas, como o brasileiro, em que a apresentação de votos individuais por parte de ministros da corte suprema permite maior liberdade individual quanto ao estilo e critérios a serem adotados. Em outros sistemas, os votos das cortes constitucionais ou superiores são formados colegiadamente como voto de maioria e minoria, de modo que o voto final terá que compor diferentes visões sobre diversas questões, entre as quais o uso de jurisprudência estrangeira.

Em reflexão sobre a prática do uso de direito comparado na França, o presidente da *Cour de Cassation* reconhece as dificuldades do método em um sistema “estruturalmente inibido pelo estilo tradicional de escrita, que não faz menção de precedentes referentes ao direito estrangeiro no corpo da decisão”.¹¹⁴ Entretanto, não obstante a aparente ausência de influência do direito comparado, Guy Canivet identifica a introdução de princípios legais originados em diferentes sistemas jurídicos através da observação por cortes nacionais das decisões tomadas pelas cortes supranacionais a cujas jurisdições a França se submete. A transformação do sistema jurídico doméstico, em casos como o francês, decorre de uma relação hierarquizada e vertical em relação ao sistema jurídico internacional do qual faz parte.¹¹⁵ Assim, a influência exercida pelo direito estrangeiro nem sempre será explícita. É possível, inclusive, que “juízes tenham que fazer suas referências aos sistemas jurídicos estrangeiros aparentemente ser não mais do que ornamentais, mesmo quando estão sendo, na verdade, utilizadas como modelos”.¹¹⁶

5 Breves considerações sobre o desenvolvimento dos diálogos jurisdicionais no Brasil

O desenvolvimento da prática do diálogo jurisdicional em matéria de direitos humanos no Brasil deve ser contextualizado no quadro de evolução dos direitos humanos na América Latina. A adesão da região ao princípio do Estado de Direito Internacional (*international rule of law*) tem origens no “distintivo e forte comprometimento da América Latina com a ideia de direitos humanos”¹¹⁷ explicitada nas

¹¹³ Constituição da África do Sul, art. 39: “Interpretação da Carta de Direitos – (1) Quando interpretar a Carta de Direitos, cortes, tribunais ou fóruns: (a) devem promover os valores que estão na base de uma sociedade aberta e democrática, baseada na dignidade humana, igualdade e liberdade; (b) devem considerar o direito internacional, e (c) podem considerar leis estrangeiras”.

¹¹⁴ CANIVET, Guy. The use of Comparative Law before the French Private Law Courts. In: CANIVET, Guy *et al.* *Comparative Law Before the Courts*. Londres: British Institute of International and Comparative Law, 2005, p. 187.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 189.

¹¹⁶ ÖRÜCÜ, Esin; NELKEN, David. *Comparative law: a handbook*. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 37.

¹¹⁷ Cf. CAROZZA, Paolo G. “From Conquest to Constitutions: Retrieving a Latin American Tradition of the Idea of Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, v. 25, 2003, p. 287. Ver também CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. *Controle da convencionalidade e constitucionalismo latino-americano*. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2012.

deliberações da Declaração Universal dos Direitos Humanos na Assembleia Geral das Nações Unidas. Na visão de observadores internacionais, “a região exibiu dedicação aos direitos humanos internacionais em um período em que a ideia ainda era vista com relutância ou mesmo hostilidade pela maior parte dos estados”.¹¹⁸

Mas além da relevância histórica do tema, é possível identificar outras quatro razões contemporâneas relacionadas com o desenvolvimento e consolidação da intensa comunicação entre o STF e outras cortes constitucionais. Primeiramente, o advento da Constituição de 1988 representou um processo de “hiperconstitucionalização da vida contemporânea”,¹¹⁹ particularmente com a ampliação da carta de direitos e a inclusão de amplo rol de direitos sociais. Ademais, a conjunção do vasto mandato constitucional em matéria de direitos fundamentais e humanos a um sistema de controle de constitucionalidade compreensivo estimulou a ampliação de horizontes por parte do STF.¹²⁰

Em segundo lugar, o Brasil é circundado por países de idioma e cultura similares. Em relação ao desenho das constituições e da cultura jurídica e política, semelhanças são perceptíveis, como os movimentos cíclicos de ditadura e democracia, a existência de sistemas presidencialistas com persistente fortalecimento do Poder Executivo, a ampliação dos mecanismos de participação democrática do povo, o incremento da independência do Poder Judiciário, a existência de constituições analíticas e a abertura delas, recentemente, aos direitos humanos internacionais.¹²¹ Tudo isso facilita a prática do “empréstimo” de ideias e normas.¹²²

¹¹⁸ CAROZZA, Paolo G. *From Conquest to Constitutions: Retrieving a Latin American Tradition of the Idea of Human Rights*, p. 287.

¹¹⁹ No dizer de Oscar Vilhena Vieira, a Constituição transcendeu os temas propriamente constitucionais e regulamentou pormenorizada e obsessivamente um amplo campo das relações sociais, econômicas e públicas, em uma espécie de compromisso maximizador. Este processo, chamado por muitos colegas de constitucionalização do direito, liderado pelo Texto de 1988, criou, no entanto, uma enorme esfera de tensão constitucional e, conseqüentemente, gerou uma explosão da litigiosidade constitucional. A equação é simples: se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia. Revista de Direito GV*, São Paulo, v. 4, p. 443, 2008.

¹²⁰ Em relação ao sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, Luis Roberto Barroso aponta que ele “combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas — as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais — podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF”. BARROSO, Luís R. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista eletrônica do Conselho Federal da OAB*, ano 1, v. 4, p. 4, 2009.

¹²¹ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. *Controle da convencionalidade e constitucionalismo latino-americano*, p. 11 a 31.

¹²² Muitas vezes o processo de citações judiciais recíprocas reflete um “projeto mais amplo de integração econômica ou social, ou como uma continuação de uma história comum”. MCCRUDDEN, Christopher. *Human rights and judicial use of comparative law. In: ÖRÜCÜ, Esin. Judicial comparativism in human rights cases*. Londres: United Kingdom National Committee of Comparative Law, 2003, p. 12.

Uma terceira razão, relacionada ao ponto anterior, é o processo de integração regional. Por exemplo, o Mercosul foi originalmente concebido como um projeto de união aduaneira, mas suas ambições de expandiram para a esfera política, resultando o Parlamento do Mercosul.¹²³

Por fim, a quarta razão a contribuir com os diálogos jurisdicionais em direitos humanos no Brasil é a transformação da Constituição e da jurisprudência constitucional resultantes da Emenda Constitucional nº 45, como exposto acima.

Ainda que se note uma acentuação da prática em tempos recentes, em virtude dos inúmeros elementos já discutidos, não se pode deixar de mencionar um rastro histórico a sugerir a abertura do direito brasileiro às fontes estrangeiras antes ainda que se pudesse definir propriamente como “brasileiro”. Mesmo após o advento do centralismo jurídico em Portugal no período dos descobrimentos, prevaleceu o raciocínio segundo o qual os direitos romano e canônico eram “direito subsidiário”, ou seja, eram normas aplicáveis quando não houvesse previsão nas Ordenações Afonsinas.¹²⁴ A regra da subsidiariedade foi mantida em Portugal e no Brasil com a chamada Lei da Boa Razão, que “fez com que muitos juristas observassem, com interesse, as ideias dos juristas e das legislações estrangeiras” em busca das “verdades essenciais, intrínsecas, inalteráveis” da boa razão.¹²⁵ No dizer do autor,

Guardadas as proporções, eram esses princípios, como se vê, uma “cláusula geral” permitindo que a jurisprudência agisse com maior liberdade. Ficou, de tudo, o gosto — maior talvez em Portugal que no Brasil e ainda em pleno vigor em nossos dias — em argumentar com as opiniões de autores e textos estrangeiros em confronto e complementação do direito nacional. Esse intercâmbio de ideias pode ser considerado como uma permanente recepção do direito estrangeiro, com o que se supera o fatal imobilismo dos códigos.¹²⁶

Ainda que essas considerações ajudem a entender a adesão da Corte Suprema brasileira à prática de consulta ao direito estrangeiro, há ainda uma grande subjetividade na prática. Mas é interessante notar que, atualmente, há uma adesão generalizada, que se confirma muitas vezes pelo simples fato de não haver resistência aberta ao método por parte de ministros que não o utilizam.

¹²³ Cf. VERVAELE, John. Mercosur and Regional Integration in South America. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 54, p. 387, 2005.

¹²⁴ COUTO E SILVA, Clovis do. O Direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 25, n. 97, p. 165-66, jan./mar. 1988.

¹²⁵ *Ibid*, p. 171. O impacto da Lei da Boa Razão no direito brasileiro é também discutido por KLEINHEISTERKAMP, Jan. Development of Comparative Law in Latin America. In: ZIMMERMANN, Reinhard; REIMANN, Mathias. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press 2006, p. 266.

¹²⁶ COUTO E SILVA, Clovis do. O Direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro, p. 171-72.

6 Conclusões

Juízes nacionais parecem reagir ao processo de internacionalização do direito doméstico. Por um lado são pressionados pela exigência imposta com crescente adjudicação de casos que não se limitam mais ao direito pátrio e, por outro, assimilam a ampliação de suas competências materiais fruto da ratificação de tratados internacionais aplicáveis nas jurisdições nacionais. Tomam parte no processo de criação de princípios, regras e conceitos jurídicos “enraizados em normas nacionais compartilhadas e normas emergentes de direito internacional com significado idêntico ou semelhante em todos os sistemas jurídicos”.¹²⁷

Este artigo apresentou o debate sobre o uso da jurisprudência estrangeira por cortes nacionais em seus processos de deliberação sobre casos que envolvam direitos humanos. Foram exploradas as dificuldades que acompanham o uso do direito comparado em uma dinâmica dialógica, particularmente quando não são claros os critérios por trás da seleção de casos e jurisdições. Embora os questionamentos em relação à prática sejam mais comuns em jurisdições desenvolvidas sob as tradições jurídicas da *common law*, vimos que há um processo de aproximação relativa entre os sistemas jurídicos e também a transformação do papel que o precedente tradicionalmente exercia em sistemas da *civil law*.

O fenômeno é também marcado pela consolidação de redes presenciais de cortes e juízes. Os encontros se realizam periodicamente em planos internacional e regional e estimulam a troca de informações, auxiliam a compreensão recíproca do contexto judicial de cada país, além de contribuir para o desenvolvimento de uma noção de deferência à autoridade das demais cortes constitucionais enquanto pares inseridos no processo de diálogo jurisdicional transnacional.¹²⁸ Esse processo de internacionalização avança intensamente no Brasil como reflexo do desenho constitucional, das transformações implantadas com a Emenda Constitucional nº 45 e em razão de uma longa cultura de consulta ao direito estrangeiro.

A consolidação do diálogo jurisdicional no campo dos direitos humanos, no Brasil e no mundo, provoca dúvidas também em relação à legitimidade da fonte estrangeira e o grau de influência nas ordens jurídicas nacionais receptoras. Ainda que juízes e cortes não adotem referências estrangeiras como fonte de direito ou autoridade que os vincule em suas próprias decisões, é notável a influência exercida, principalmente quando há ausência de jurisprudência e normas nacionais bem desenvolvidas no tema em questão, ou ainda quando a corte vislumbra a necessidade de alterar entendimento já consolidado no direito pátrio. A jurisprudência estrangeira

¹²⁷ KOH, Harold. Transnational legal processes illuminated, p. 331.

¹²⁸ WATERS, Melissa. Getting Beyond the Crossfire Phenomenon: A Militant Moderate's Take on the Role of Foreign Authority in Constitutional Interpretation. *Fordham Law Review*, v. 77, p. 105, 2008.

“ajuda a resgatar juízes de um sentimento de nudez intelectual”¹²⁹ ao tempo que os transfere para o plano internacional, como colaboradores de um processo coletivo de busca por “soluções internacionais consensuais”.¹³⁰

Referências

- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- AUST, Anthony. *Modern treaty law and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista eletrônica do Conselho Federal da OAB*, ano 1, v. 4, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle da constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BENVENISTI, Eyal; DOWNS, George. Toward global checks and balances. *Constitutional Political Economy*, v. 20, p. 366, 2009.
- BINGHAM, Tom. *Widening horizons: the influence of comparative law and international law on domestic law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- BOHMER, Martin. Use of Foreign Law as a Strategy to Build Constitutional and Democratic Authority. *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, v. 77, p. 411, 2008.
- BUERGENTHAL, Thomas. Modern Constitutions and Human Rights Treaties. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 36, p. 211, 1998.
- BUERGENTHAL, Thomas. Self-executing and non-self-executing treaties in national and international law. In: *Recueil des Cours*, v. 235, Hague Academy of International law, Martinus Nijhoff, 1993.
- CANIVET, Guy. The use of Comparative Law before the French Private Law Courts. In: CANIVET, Guy *et al. Comparative Law before the Courts*. Londres: British Institute of International and Comparative Law, 2005.
- CARDOSO, Gustavo Vitorino. O direito comparado na jurisdição constitucional. *Revista de Direito GV*. São Paulo, v. 6, p. 469, 2010.
- CAROZZA Paolo G. From Conquest to Constitutions: Retrieving a Latin American Tradition of the Idea of Human Rights. *Human Rights Quarterly*, v. 25, p. 281, 2003.
- CAROZZA Paolo G. Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights. *Notre Dame Law Review*, v. 73, p. 1217, 1997.
- CARVALHO, Weliton. Funções do Direito Comparado. *Revista de Informação Legislativa*, v. 44, p. 139, 2007.
- CASSESE, Antonio. Modern Constitutions and International Law. In: *Recueil des Cours*, v. 192, Hague Academy of International law, Martinus Nijhoff, 1986.
- CHODOSH, Hiram. *Global Justice Reform: A Comparative Methodology*. Nova Iorque: NYU Press, 2005.
- CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. *Controle da convencionalidade e constitucionalismo latino-americano*. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2012

¹²⁹ WALDRON, Jeremy. Foreign Law and the Modern *Ius Gentium*, p. 138.

¹³⁰ BINGHAM, Tom. *Widening horizons: the influence of comparative law and international law on domestic law*, p. 44.

- CROSS, Rupert; HARRIS, JW. *Precedent in English Law*. Clarendon Law Series, Oxford: Clarendon Press, 1991.
- DANTAS, Ivo. *Direito constitucional comparado: introdução, teoria e metodologia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- DAVIS, DM. Constitutional Borrowing: The Influence of Legal Culture and Local History in the Reconstitution of Comparative Influence: The South African Experience. *International Journal of Constitutional Law*, v. 1 p. 181, 2003.
- DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*. Milão: Il Mulino, 2010.
- DIAS, Roberto. Democracia e liberdade de reunião: a inconstitucional proibição da marcha da maconha. *Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP*, v. 8, p. 76-81, 2011.
- DORSEN, Norman. The Relevance of Foreign Legal Materials in U.S. Constitutional Cases: A Conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, p. 519, 2005.
- DUPUY, Pierre-Marie. A Doctrinal Debate in the Globalisation Era: On the “Fragmentation” of International Law. *European Journal of Legal Studies*, v. 1, 2007.
- EPSTEIN, Jack. Constitutional Borrowing and Nonborrowing. *International Journal of Constitutional Law*, v. 1, p. 196, 2003.
- FARRAR, John; DUGDALE, Anthony. *Introduction to legal method*, Sweet & Maxwell, 1990.
- FERRARESE, Maria Rosaria. When National Actors Become Transnational: Transjudicial Dialogue between Democracy and Constitutionalism. *Global Jurist*, v. 9, p. 1, 2009.
- FITZMAURICE, Malgosia. The practical working of the law of treaties. In: EVANS, Malcon. *International law*, Oxford: Oxford University Press, 2010.
- FRANKENBERG, Günter. Comparing constitutions: ideas, ideals, and ideology: toward a layered narrative. *International Journal of Constitutional Law*, v. 4, p. 439, 2006.
- GLENN, Patrick. *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- GLENN, Patrick. Persuasive Authority. *McGILL Law Journal*, v. 32, p. 261.
- HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk da edição de 1978. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- Inter-American Commission on Human Rights. *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 2010, 2011*.
- KIRBY, Michael. International Law: The Impact on National Constitutions. *The American Society of International Law Annual Meeting*, 2005.
- KLEINHEISTERKAMP, Jan. Development of Comparative Law in Latin America. In: ZIMMERMANN, Reinhard; REIMANN, Mathias. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press 2006.
- KLUG, Heinz. Participating in the Design: Constitution-Making in South Africa. *Review of Constitutional Studies*, v. 3, p. 18, 1996.
- KOH, Harold. Transnational legal processes illuminated. In: Likosky, Michael. *Transnational Legal Processes: Globalisation and Power Disparities*. Londres: Butterworths, 2002.
- KOH, Harold. Transnational Public Law Litigation. *Yale Law Journal*, v. 100, p. 2347, 1990.

- KOMAREK, Jan. Reasoning with Previous Decisions: Beyond the Doctrine of Precedence. LSE Legal Studies Working Paper No. 8/2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2150133>>.
- LOWE, Vaughan. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- MARKESINIS, Basil e FEDTKE, Jörg. *Engaging with Foreign Law*. Oxford: Hart Publishing, 2009.
- MAZZUOLI, Valerio. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MCCRUDDEN, Christopher. Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 20, p. 499-532, 2000.
- MCCRUDDEN, Christopher. Human rights and judicial use of comparative law. In: ÖRÜCÜ, Esin. *Judicial comparativism in human rights cases*. Londres: United Kingdom National Committee of Comparative Law, 2003.
- MERRYMAN, John. *The loneliness of the comparative lawyer: and other essays in foreign and comparative law*. Londres: Kluwer Law International, 1999.
- MERRYMAN, John; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 2007.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- NOLLAEMPER, André. *Domestic Courts and the Rule of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- ÖRÜCÜ, Esin. Whither comparativism in human rights cases?. In: ÖRÜCÜ, Esin. *Judicial comparativism in human rights cases*. Londres: United Kingdom National Committee of Comparative Law, 2003.
- ÖRÜCÜ, Esin; NELKEN, David. *Comparative law: a handbook*. Oxford: Hart Publishing, 2007.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direitos constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- POSNER, Eric. *The perils of global legalism*, Chicago: University of Chicago Press 2009
- Relatório Supremo em Números: O Múltiplo Supremo* (FGV-Rio). Disponível em: <<http://www.supremoemnumeros.com.br>>.
- RIDLEY, F. Defining Constitutional Law in Britain. *Anglo-American Law Review*, v. 20, p. 101.
- SHANY, Yuval. How Supreme Is the Supreme Law of the Land – Comparative Analysis of the Influence of International Human Rights Treaties upon the Interpretation of Constitutional Texts by Domestic Courts. *Brook International Law Journal*, v. 31, p. 341, 2005.
- SHANY, Yuval. No Longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary. *European Journal of International Law*, v. 20, p. 73-91, 2009.
- SILVA, Clovis do Couto. O Direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 25, n. 97, p. 163-180, jan./mar. de 1988.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. “Typology of Transjudicial Communication”, *University of Richmond Law Review*, v. 29, p. 99, 1994.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*. Princeton: Princeton University Press, 2004.
- SLOSS, David. *The role of domestic courts in treaty enforcement: a comparative study*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- SUNSTEIN, Cass; HOMES, Stephen. The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe”. In: LEVINSON, S. *Responding to imperfection: the theory and practice of constitutional amendment*. Princeton: Princeton University Press, 1995.

- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- VERVAELE, John. Mercosur and Regional Integration in South America. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 54, p. 387, 2005.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito GV*, São Paulo, v. 4, p. 441, 2008.
- WALDRON, Jeremy. Foreign Law and the Modern *Ius Gentium*. *Harvard Law Review*, v. 119, p. 129, 2005.
- WATERS, Melissa. Getting Beyond the Crossfire Phenomenon: A Militant Moderate's Take on the Role of Foreign Authority in Constitutional Interpretation. *Fordham Law Review*, v. 77, p. 101, 2008.
- ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to Comparative Law*. Oxford: Clarendon Press, 1998.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede internacional de cortes constitucionais. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 8, n. 29, p. 371-402, maio/ago. 2014.
