

DIÁLOGO HORIZONTAL SOBRE DIREITOS HUMANOS NAS CORTES CONSTITUCIONAIS DA AMÉRICA DO SUL¹

MICHAEL FREITAS MOHALLEM

1 Introdução

A referência feita por tribunais a sentenças estrangeiras não é um fenômeno exclusivo de nenhuma região, país ou tradição jurídica.² Este artigo acrescenta à literatura existente sobre esta prática, concentrando-se em países que atraíram pouca atenção até este momento. O foco desta pesquisa é o envolvimento dos tribunais constitucionais – ou cortes no ápice do Judiciário dos respectivos países – com o diálogo jurisdicional horizontal em casos envolvendo direitos humanos na Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela.

O propósito é avaliar até que ponto tribunais nacionais contam com material estrangeiro para tomar certas decisões, o método pelo qual

¹ Versão estendida deste artigo foi publicada em inglês, em MOHALLEM, Michael Freitas. Horizontal judicial dialogue on human rights: the practice of constitutional courts in South America. In: MÜLLER, Amrei; KJOS, Hege Elisabeth (Org.). *Judicial dialogue and human rights*. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. v. 1. p. 67-113.

² Sobre jurisdições de *common law*, ver e.g. FLANAGAN, B; AHERN, S. Judicial decision-making and transnational law: a survey of common law supreme court judges. *Int'l and Comp. L. Quarterly*, n. 60, v. 1, p. 1-28, 2011. Para a visão canadense, ver ROY, B. An empirical survey of foreign jurisprudence and international instruments in charter litigation. *University of Toronto Fac. L. Rev.*, v. 99, n. 62, p. 99-148, 2004; Para a visão do Reino Unido e Países Baixos, veja MAK, E. Why do Dutch and UK judges cite foreign law?. *Cambridge L. J.*, v. 2, n. 70, 2011; POSNER, E. A.; SUNSTEIN, C. R. The law of other states. *Stanford L. Rev.*, v. 1, n. 59, 2006. Para diferentes jurisdições, ver ÖRÜCÜ, E. (Ed.). *Judicial comparativism in human rights cases*. London: British Institute of International and Comparative Law, 2003.

fazem isso e o objetivo deste compromisso com o uso do diálogo na área dos direitos humanos. O termo “diálogo jurisdicional” refere-se ao uso de conteúdo jurídico como elemento de persuasão ou influência na interpretação e aplicação do direito e “diálogo jurisdicional horizontal” é referente à interação entre diferentes ordens jurídicas domésticas.³

Nos últimos anos, a prática do diálogo jurisdicional, como dinâmica recíproca, tornou-se frequente à medida que os países se afastaram dos processos de mera recepção unilateral da lei estrangeira. “Recepção” implica, em geral, haver relações entre estados em que os tribunais de um país estão exclusivamente no polo receptor quando se trata do uso e do envolvimento com a jurisprudência estrangeira. Esse tem sido o caso de ex-colônias.⁴ Em contrapartida, “diálogo jurisdicional” descreve a consideração recíproca – ainda que em momentos distintos – da jurisprudência e conteúdo legal entre dois ou mais países.⁵ A Argentina é um bom exemplo de país que, apesar de “ter se distanciado da tradição espanhola”, está simultaneamente envolvido em outra relação de “recepção” com os Estados Unidos.⁶ A adesão a uma nova fonte de influência legal estrangeira foi baseada na “convicção de que a Constituição dos EUA incutiu o germe do progresso político e econômico nos Estados Unidos, e supunha-se que o mesmo germe penetrasse na Argentina”.⁷

Ademais deste exemplo, o processo de comunicação entre cortes na América do Sul e o intercâmbio entre tribunais é mais precisamente definido como “diálogo jurisdicional” – ao contrário de “recepção” – uma vez que ocorre em várias direções, por parte de todos os países da região e porque caracteriza-se pela adoção voluntária de padrões de raciocínio externos. O fenômeno do diálogo jurisdicional pode ser

³ Rejeições de decisões de outras cortes por um ou mais juízes devem ser incluídas nesse entendimento de “diálogo”. Ver, e.g., WEBB, P. *Immunities and human rights: dissecting the dialogue in national courts*. London: King’s College London, 2012. Ver também FAUCHALD, O. K.; NOLLAEMPER, A. (Ed.). *The practice of international and national courts and the (de-)fragmentation of international law*. Oxford: Hart Publishing, 2012. p. 245. Ver também a introdução deste livro, subseção 1.2.1.

⁴ L’HEUREUX- DUBE, C. The importance of dialogue: globalization and the international impact of the Rehnquist Court. *Tulsa L. J.*, v. 15, n. 34, 1998. p. 17; 21.

⁵ L’HEUREUX- DUBE, C. The importance of dialogue: globalization and the international impact of the Rehnquist Court. *Tulsa L. J.*, v. 15, n. 34, 1998. p. 17; 21.

⁶ ROSENKRANTZ, C. F. Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law. *Int’l J. Constitutional L.*, v. 269, n. 1, 2003. p. 272.

⁷ ROSENKRANTZ, C. F. Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law. *Int’l J. Constitutional L.*, v. 269, n. 1, 2003. p. 271.

entendido como uma expansão de horizontes comparativos⁸ que produz resultados originais quando comparado com o método centenário de recepção de leis estrangeiras.⁹ Esta é também a abordagem dos tribunais da América do Sul quando buscam, além das suas fronteiras, por soluções adotadas em casos relativos à interpretação e aplicação dos mesmos tratados internacionais e disposições de direito nacional semelhantes. Essa prática é facilitada por um maior acesso às decisões judiciais estrangeiras *inter alia* através de publicações de decisões selecionadas em inglês. No entanto, os horizontes comparativos também crescem a partir da cooperação direta criada por tribunais e juízes na região, que pode ser vista em conferências, reuniões bilaterais, debates temáticos e acordos institucionais.¹⁰ Estes não são mais (unicamente) eventos cerimoniais, mas podem ser descritos como processos de institucionalização do diálogo jurisdicional, que não só ampliam as perspectivas jurídicas dos juízes da América do Sul, mas também contribuem para uma maior afinidade e solidariedade entre os juízes que compartilham desafios profissionais semelhantes.¹¹

O argumento é que a extensão desse diálogo horizontal na região está relacionada com a forte posição dos tratados internacionais de direitos humanos no direito constitucional de muitos estados latino-americanos, bem como com a construção de espaços permanentes

⁸ Harold Koh se refere à “emergência e expansão do extenso corpo de leis transnacionais que têm caráter essencialmente público”. Leis de direitos humanos têm um importante papel no corpo das leis transnacionais. Ver KOH, H. H. *Transnational legal processes illuminated*. In: LIKOSKY, M. (Ed.). *Transnational legal processes: globalisation and power disparities*. London: Butterworths, 2002. p. 331.

⁹ A análise de leis e jurisprudências estrangeiras era comum no período colonial, particularmente entre as metrópoles e suas colônias. Além disso, essa era uma prática consolidada entre os Estados que integravam a Comunidade das Nações (ou a Comunidade Britânica) e comum também entre Estados que informalmente elegeram a jurisprudência Pós-Segunda Guerra Mundial, dos Estados Unidos. Como referência, ver SLAUGHTER, A. M. *A new world order*. Princeton: Princeton University Press, 2005. p. 71. Giuseppe De Vergottini, da mesma forma, reconhece que “de fato, sempre há casos em que uma corte usa como paradigma a decisão de outra corte, o que acaba servindo como um modelo para a corte de empréstimo”. Ainda o “o fenômeno de transferir ideias e programas políticos” como o de “migração das ideias constitucionais” se tornaram mais frequentes e rápidos na segunda metade do último século. Ver DE VERGOTTINI, G. *Oltre il dialogo tra le corti*. Giudici, diritto straniero, comparazione. Bologna: Il Mulino, 2010. p. 18.

¹⁰ Slaughter notou a ocorrência e institucionalização dos encontros entre cortes constitucionais desde a década de 1980, e chamou atenção para encontros pessoais entre juízes, como instrumentos de *cross-fertilisation*, capazes de ampliar as perspectivas legais de juízes participantes e contribuir para o desenvolvimento de redes solidárias (SLAUGHTER, A. M. *A new world order*. Princeton: Princeton University Press, 2005. p. 99).

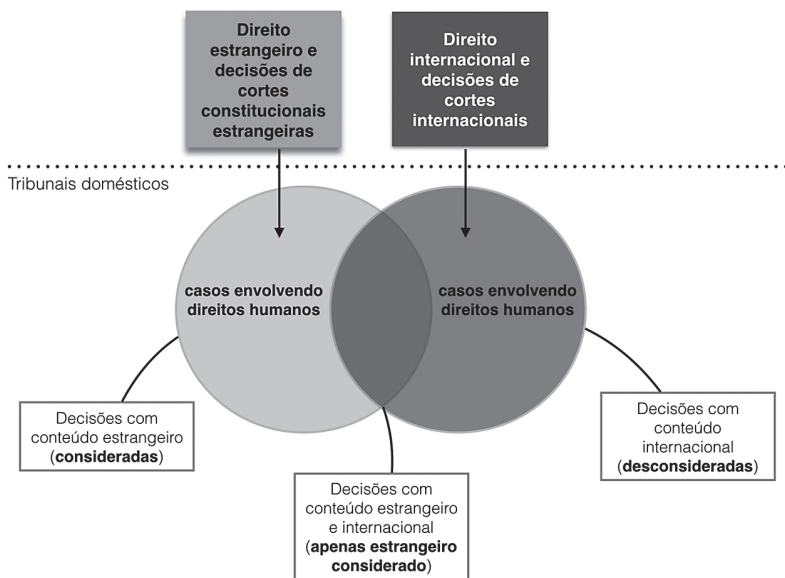
¹¹ SLAUGHTER, A. M. *A new world order*. Princeton: Princeton University Press, 2005. p. 91.

para a troca de ideias jurídicas (na forma de instituições regionais) no Cone Sul. Além disso, a prática na América do Sul é facilitada por semelhanças culturais, linguísticas e jurídicas, e por processos de integração política regional em andamento. Isso favorece não apenas o compartilhamento de disposições legais, mas também a comunicação constante entre os tribunais.

Este artigo é estruturado da seguinte forma: a seção 2 apresenta o contexto em que os resultados da pesquisa são analisados bem como se apresenta o argumento que considera os efeitos da evolução constitucional na região. Salienta-se a relação entre o aumento do diálogo jurisdicional e a tendência recente nos países sul-americanos para incorporar leis de direitos humanos no direito interno, ao nível das constituições nacionais. A seção 3 analisa a amplitude do diálogo jurisdicional horizontal na América do Sul. Utiliza metodologia quantitativa para explorar a frequência com que o material estrangeiro é referido nos casos de direitos humanos nacionais, a evolução de tal prática entre os anos de 1990 e 2012, e a ocorrência de citações estrangeiras nas opiniões majoritárias ou minoritárias dos diferentes tribunais, e avalia se a adjudicação de direitos específicos atrai mais citações estrangeiras do que outros. A seção 4 explora os métodos através dos quais juízes e tribunais entram em diálogo na região e a seção 5 avalia os propósitos e motivações de tribunais e juízes que exercem o diálogo jurisdicional na América do Sul.

Primeiro, no entanto, uma explicação sobre o escopo e a metodologia. Este artigo avalia casos de tribunais constitucionais ou de cortes supremas da Argentina, Brasil, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela. Esse grupo de casos é mais abrangente que uma amostra representativa aleatória, mas não inclui todos os casos em que o direito estrangeiro foi considerado em casos domésticos. O foco está no uso de referências a material estrangeiro (decisões de tribunais estrangeiros ou leis nacionais estrangeiras) nos casos que envolvem tratados de direitos humanos. Isso inclui referências a decisões de tribunais nacionais estrangeiros que interpretam e aplicam tratados internacionais de direitos humanos. Foi excluído da análise, no entanto, o envolvimento dos tribunais sul-americanos no diálogo jurisdicional vertical com tribunais internacionais ou órgãos regionais de direitos humanos, ou a mera referência a textos internacionais ou regionais de direitos humanos ou de tratados de direitos humanos. A figura 1 ilustra esse escopo: o artigo está preocupado com a análise das decisões dos tribunais conforme representado pelo círculo à esquerda.

Figura 1



Os casos analisados foram obtidos do banco de dados de cada tribunal constitucional ou supremo no respectivo *site* por meio de pesquisas de palavras-chave. A pesquisa principal conduzida na jurisprudência de cada jurisdição foi feita utilizando-se do termo “direitos humanos” no texto das decisões. Quando a pesquisa produziu um número excessivo de resultados, outros filtros foram adicionados, como “interamericana” e “tratados”. Outros casos foram encontrados com as palavras-chave “hierarquia”, “jurisprudência internacional”, “jurisprudência estrangeira”, “direito estrangeiro”, “tribunais internacionais”, “tribunais constitucionais”, “tribunais estrangeiros” e “cooperação judiciária”. Onde o tribunal supremo ou constitucional é dividido em câmaras ou salas temáticas, os casos considerados foram aqueles da câmara ou sala constitucional.¹² Da mesma forma, quando o *site* de um tribunal permitia a pesquisa de acordo com a classificação interna

¹² Esse foi o caso da Venezuela. Em relação a este país, as pesquisas foram feitas apenas para casos da Sala Constitucional dentro do Supremo Tribunal de Justiça e voltado para o texto completo.

dos respectivos processos judiciais, a opção “questões constitucionais” era escolhida.¹³ Em outros casos, a busca foi feita no banco de dados geral disponível no *site* do tribunal.¹⁴ Quando disponíveis, as decisões adotadas no período entre 1990 e 2012 foram analisadas; caso contrário, a análise começou a partir da data depois de 1990, quando os casos se tornaram disponíveis.¹⁵

O número total de casos resultantes das buscas por palavras-chave foi 1.173 para todos os 10 estados.¹⁶ Cada caso foi avaliado individualmente e aqueles capturados pelos filtros de palavra-chave que não eram casos de direitos humanos (ou seja, não lidavam ou consideravam a lei internacional de direitos humanos ou seu equivalente no direito constitucional interno) foram excluídos da etapa seguinte, resultando num total de 562 casos. A segunda etapa da análise foi a codificação dos casos. Entre muitas variáveis codificadas, as relevantes para este artigo são as seguintes: (a) o ano da decisão; (b) o país de origem do material citado (exclusivamente a citação de lei estrangeira ou de decisões estrangeiras, não incluindo referências factuais a estados estrangeiros ou políticas externas); (c) o direito legal considerado; (d) se o material estrangeiro era “verificável” ou apenas “superficialmente” considerado;¹⁷ e (e) se o material estrangeiro foi usado pela maioria, por opinião separada ou dissidente. Do total de casos relevantes, 236 (42%) continham pelo menos uma referência a material estrangeiro.

¹³ Os casos chilenos foram selecionados do banco de dados da Corte Suprema de Justiça, mas foram restritos à matéria constitucional. Para o Paraguai, os casos foram pesquisados no *website* da Corte Suprema de Justiça, mas foram igualmente restritos à matéria constitucional. Para o Uruguai, os casos foram restritos ao *derecho constitucional* (direito constitucional) contidos no banco de dados da Corte Suprema.

¹⁴ Os casos da Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador e Peru foram selecionados por meio do banco de dados geral de cada corte suprema ou constitucional.

¹⁵ Nem todas as cortes constitucionais têm seus casos de antes de 1990 disponíveis. Porém, todas as jurisdições foram consideradas até o fim de 2012, as datas de início foram: Argentina (1990), Bolívia (1994), Brasil (1990), Chile (1990), Colômbia (1992), Equador (2008), Paraguai (1995), Peru (1996), Uruguai (1990), Venezuela (2000).

¹⁶ Argentina (86), Bolívia (154), Brasil (107), Chile (87), Colômbia (99), Equador (144), Paraguai (104), Peru (74), Uruguai (173), Venezuela (145).

¹⁷ Por “verificável” entenda-se os casos em que a citação transcreve a seção da lei estrangeira ou jurisprudência ou identifica a fonte, como o número do caso ou do nome da lei ou artigo relevante. A classificação “superficial” se refere ao material estrangeiro mencionado genericamente como parte de um grupo de estados que tem entendimento similar sobre o tema. Como quando uma decisão se refere a um grupo de constituições que possuem normas similares relativas a uma matéria específica, ou quando se refere a um grupo de estados cujas cortes adotam certa interpretação, sem mencionar artigos relevantes ou nome de casos.

A seção 3 examina a extensão do diálogo, analisando os dados coletados (com base no cruzamento dos códigos supramencionados) qualitativa e quantitativamente. A avaliação quantitativa dos casos constitucionais elucida a importância do diálogo jurisdicional horizontal na região sul-americana, pois dá uma visão geral da prática em relação ao número total de casos de direitos humanos. Além disso, o método quantitativo oferece uma visão da evolução da prática ao longo do tempo, possibilitando encontrar associações com determinados momentos legais, como reformas constitucionais específicas. A abordagem qualitativa na segunda parte da seção 3 é usada para identificar se a maioria ou a minoria do tribunal utilizou material estrangeiro, e também para avaliar se a dependência de material estrangeiro pode estar associada a direitos humanos específicos. As seções 4 e 5 analisam os métodos empregados por juízes e tribunais para tratar sobre a lei estrangeira e jurisprudência relevante, além de discutir os propósitos do diálogo.

2 Diálogo jurisdicional e evolução constitucional na América do Sul

O diálogo jurisdicional na América do Sul tem sido influenciado pela tendência na região, iniciada na década anterior, de criar regras de incorporação da legislação internacional de direitos humanos em nível constitucional ou supralegal. Como Vicki Jackson aponta, “a idéia de uma constituição é em si algo que pode indicar uma resistência ou indiferença ao direito estrangeiro ou internacional”.¹⁸ Constituições são documentos associados com histórias nacionais, carregadas de identificadores e objetivos locais, e os “componentes expressivos” das constituições, além de qualquer finalidade retórica, podem servir como diferenciais.¹⁹ O argumento se desenvolve na seguinte direção: “se parte do seu propósito é... expressar como um grupo nacional difere de todos os outros”, a resistência a referências externas pode ser uma consequência.²⁰ No entanto, nem todas as constituições se desenvolvem isoladas de influência. Pelo contrário, existem constituições que são explicitamente desenvolvidas com a influência de outros documentos

¹⁸ JACKSON, V. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 20.

¹⁹ JACKSON, V. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 19.

²⁰ JACKSON, V. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 19.

constitucionais ou do direito internacional dos direitos humanos. Uma vez estabelecidas, estas constituições podem ser mais receptivas à jurisprudência interpretada no estado “exportador”, pelos tribunais internacionais de direitos humanos ou por órgãos quase judiciais.²¹ Inversamente, antigas escolas tradicionais e constitucionais podem ser mais propensas a adotar teorias interpretativas, como o originalismo, e podem, conseqüentemente, exibir maior resistência à influência estrangeira.²²

A influência das constituições espanhola, portuguesa (no caso do Brasil) e estadunidense foi particularmente importante no desenvolvimento do constitucionalismo na América do Sul nos primeiros anos após a independência, no século XIX. Em alguns casos, essa influência permanece relevante até hoje. Além disso, transformações recentes, seja através de alterações ou através da adoção de constituições inteiramente novas, força os intérpretes constitucionais a expandir seus horizontes. Essas transformações levaram à incorporação de tratados internacionais e regionais de direitos humanos ao nível da constituição nacional, em cada um dos dez sistemas legais examinados neste artigo. Essas incorporações representam uma transformação significativa do modo como o direito internacional e a lei estrangeira são percebidos nesses sistemas legais.²³

A incorporação direta do direito internacional dos direitos humanos requer interpretação das convenções internacionais e regionais pertinentes, notadamente a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).²⁴ Para isso, os juízes sul-americanos usam abertamente a comparação jurídica como método de interpretação legal.²⁵

²¹ ROSENKRANTZ, C. F. Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law. *Int'l J. Constitutional L.*, v. 269, n. 1, 2003. p. 278.

²² JACKSON, V. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 20. Algumas escolas sustentam a ideia de que o comparativismo pode até diminuir os padrões de direitos humanos em países que já possuem uma tradição de conformidade com os direitos humanos. Ver, e.g., ALFORD, R. P. Misusing international sources to interpret the Constitution. *Am. J. Int'l of L.*, v. 1, n. 98, 2004. p. 67.

²³ O engajamento em diálogo jurisdicional tem sido associado à postura de juízes que buscam aderir a “uma maior atitude internacionalista” e sua disposição em “assimilar os interesses internacionais e nacionais” e à “procura por conversar com o público internacional” (SHANY, Y. National courts as international actors: jurisdictional implications. *Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comunitario e Comparato*, v. 1, n. 15, 2009. p. 30).

²⁴ Convenção Americana de Direitos Humanos (20.11.1969). 1144 UNTS 123, entrou em vigor em 18.7.1978.

²⁵ Ver FORURIA, E. V. Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, v. 1, n. 13, 2010.

Por outras palavras, os juízes nacionais parecem reagir ao processo de internacionalização do direito interno através do engajamento no diálogo jurisdicional. Eles precisam decidir questões que não são mais exclusivamente parte do direito interno, assumindo uma função internacional de adjudicação de direitos humanos, que assimilam entre suas competências legais. Os tribunais sul-americanos participam da criação de princípios, regras e conceitos jurídicos “enraizados em normas de programas nacionais e normas internacionais emergentes, que têm similar ou idêntico significado em todos os sistemas nacionais”.²⁶

A incorporação de tratados regionais e internacionais de direitos humanos nos sistemas jurídicos internos da América do Sul é acompanhada pelo aumento do número desses tratados após o fim da Guerra Fria. Isso também contribuiu para a expansão do diálogo jurisdicional horizontal no campo dos direitos humanos na região, especialmente considerando que, frequentemente, tratados de direitos humanos devem ser executados como lei nacional,²⁷ deixando um papel complementar ou subsidiário para as instâncias regionais e internacionais.²⁸ Por exemplo, no nível regional, a CADH reconhece direitos aos indivíduos, grupos ou entidades não governamentais para apresentar petições perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Apenas uma pequena parte das queixas é transferida para a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).²⁹ Neste contexto, os tribunais nacionais são cruciais para garantir os direitos estabelecidos em tratados regionais e internacionais de direitos humanos. Quando os tribunais domésticos se mostram dispostos a assumir a tarefa de

²⁶ KOH, H. H. The globalization of freedom. *Yale J. Int'l L.*, v. 305, n. 26, 2001. p. 306.

²⁷ E.g., art. 2(2) do PIDCP; art. 2(1) do PIDESC; art. 2 da CADH.

²⁸ Esse papel complementar/subsidiário das cortes regionais de direitos humanos em relação às cortes domésticas também flui da exaustão dos remédios constitucionais domésticos encontrados, por exemplo, nos arts. 35(1) e CEDH e 46(1)(a) da CADH.

²⁹ Em 2010, a Corte IDH avaliou 1676 petições. Desses casos, 275 foram declarados admissíveis. Nesse mesmo ano, 16 casos foram submetidos à Comissão IDH, disponível em: IACHR. *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 2010* (2011), OEA/Ser. L/V/II. Doc. 5, rev. 1. A média anual foi ainda menor do que nos anos anteriores, como “a Corte não recebeu nenhum caso de 1979 a 1986, nos primeiros sete anos de sua operação. Ela recebeu sete casos entre 1986 e 1993, e trinta e dois casos entre 1994 e 2001. Nos três anos entre 2001 e 2004, a Corte recebeu vinte e nove casos, o dobro do número imediatamente anterior à emenda de 2000 às Regras da Comissão”. Ver: MELISH, T. J. *The Inter-American Court of Human Rights: beyond progressivity*. In: LANGFORD, M. (Ed.). *Social rights jurisprudence: emerging trends in international and comparative law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 185; e SLOSS, D. *The role of domestic courts in treaty enforcement: a comparative study*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 2.

cumprir os tratados e capazes disso, o alcance de suas referências legais aumentará inevitavelmente. Isso favorecerá a busca por jurisprudências de democracias desenvolvidas ou paradigmáticas em jurisdições nas quais a lei nacional relevante já foi interpretada com mais detalhes durante um período mais longo.

Em resumo, o modelo constitucional pode orientar a abertura dos sistemas legais nacionais para o mundo e, assim, estimular o uso de material legal estrangeiro na interpretação doméstica do direito internacional ratificado. Nos países da América do Sul, isso é particularmente notável já que os tratados de direitos humanos vêm sendo incorporados ao direito interno no nível constitucional ou equivalente, de modo que a interpretação e aplicação do direito internacional venha progressivamente se tornando parte do mandato de cortes constitucionais da região. Isso estimula juízes a procurar referências estrangeiras de interpretação doméstica do direito internacional dos direitos humanos. Não obstante, a capacidade limitada da Corte IDH para absorver queixas individuais convida os tribunais supremos e constitucionais da região a agir de forma mais internacionalizada. Como se verá na análise a seguir, os tribunais superiores e constitucionais sul-americanos, com frequência, buscam inserir suas decisões no contexto dos direitos humanos da região, e o fazem através da comparação e referência à jurisprudência estrangeira. Extensão, método e propósito deste diálogo jurisdicional são analisados mais detalhadamente nas seções a seguir.

3 A extensão do diálogo jurisdicional nas cortes sul-americanas

Empregar o método comparativo nos permite discernir se o envolvimento dos estados sul-americanos com o direito estrangeiro segue padrões próprios de cada país ou se é possível falar em características regionais do diálogo jurisdicional. Esta seção discute o número de casos nos quais as fontes de direito estrangeiro são mencionadas em decisões judiciais locais, bem como a variação de tal prática ao longo do tempo. O diálogo jurisdicional também é medido em relação a quem emprega tais materiais (a maioria ou minoria dos respectivos tribunais). Em seguida, uma análise individual dos casos com um grande número de referências estrangeiras também será realizada. Esta análise visa detectar se existe alguma preferência pelo método comparativo em relação a alguns temas ou direitos humanos específicos.

A avaliação da adoção de fontes estrangeiras nas decisões judiciais dos tribunais sul-americanos durante as duas últimas décadas reforça a afirmação de que os tribunais em todo o mundo adotam, cada vez mais, considerações jurídicas que são externas às suas respectivas jurisdições. No caso dos países aqui analisados, os dados também sugerem uma relação causal entre as citadas reformas constitucionais – ou interpretações de cortes constitucionais – que dão aos tratados de direitos humanos o *status* de norma constitucional e o aumento do envolvimento dos tribunais nacionais no diálogo jurisdicional na região.

3.1 A frequência do diálogo jurisdicional

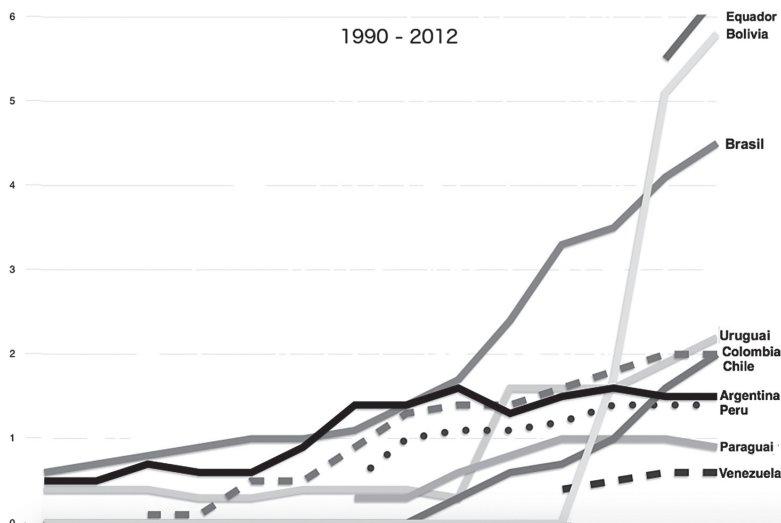
A frequência com que os tribunais sul-americanos recorrem ao direito estrangeiro e à jurisprudência em casos de direitos humanos mostra um grau razoável de semelhança, conforme se nota na figura 2, que marca as tendências médias de 10 anos. A maioria dos tribunais cita decisões estrangeiras em 30% a 50% dos casos. Bolívia (59%) e Venezuela (15%) são as exceções para ambas as extremidades do espectro.

Apesar da abertura textual da Constituição venezuelana em relação ao direito internacional durante a última década, particularmente para os tratados de direitos humanos,³⁰ seus tribunais vêm passando por um processo inverso aos da maioria dos outros estados e seus tribunais. De fato, no que tange à pressão política externa, o governo venezuelano e o Judiciário tornaram-se cada vez mais críticos das decisões internacionais, incluindo aquelas que dizem respeito aos direitos humanos. A Venezuela criticou sistematicamente as decisões da Corte IDH e, finalmente, retirou-se da jurisdição do Tribunal e, subsequentemente, da CADH em 2012.³¹ Neste contexto, as referências dos tribunais nacionais à jurisprudência externa em decisões judiciais provavelmente provocariam mais críticas por parte dos poderes Executivo e Legislativo da Venezuela e tornariam essas decisões vulneráveis à revisão política.

³⁰ Tratados, pactos e convenções relacionadas aos direitos humanos que foram ratificadas pela Venezuela possuem classificação de nível constitucional, portanto prevalecem sobre a legislação interna. Ver *Constitución de la República de Venezuela*, de 20.12.1999, art. 23.

³¹ Ver VENEZUELA denounces American Convention on Human Rights as IACHR faces reform. *International Justice Resource Center*, Sept. 19, 2012. Disponível em: <<https://ijrcenter.org/2012/09/19/venezuela-denounces-american-convention-on-human-rights-as-iachr-faces-reform/>>.

Figura 2 – Média do número de casos em que há referência à jurisprudência ou lei estrangeira por estado



Quanto à Bolívia, seu Tribunal Constitucional viu um grande aumento no número de casos em 2009, o mesmo ano em que o país adotou uma nova constituição que estabelece formalmente o “bloco constitucional”. O “bloco constitucional” inclui tratados de direitos humanos ratificados pela Bolívia incorporados ao direito interno no mesmo nível que a Constituição boliviana.³² Consequentemente, muitos litigantes procuraram explorar e afirmar a primazia dos tratados de direitos humanos em relação às leis perante os tribunais da Bolívia, incluindo o seu Tribunal Constitucional.³³ Esses casos incluíram um acúmulo de reclamações apresentadas antes de 2009, que agora deveria ser avaliado sob o novo regime. Neste contexto, o alto número de casos e, proporcionalmente, o maior número de referências estrangeiras podem ser um fenômeno temporário neste estágio de ajuste, e não necessariamente represente uma prática nacional regular. Além disso, um outro elemento pode contribuir para o elevado número de resultados da Bolívia. Nos casos que lidam com problemas semelhantes, partes

³² *Constitución Política del Estado de Bolivia*, de 9.2.2009, art. 410 (II).

³³ GUZMÁN, R. B. Los derechos fundamentales. La Constitución y los tratados en el ordenamiento jurídico de Bolivia. *Ius et Praxis*, v. 1, n. 9, 2003.

dos textos das decisões do Tribunal Constitucional são idênticos. Não é claro se esta é uma prática comum ou o resultado da acumulação de casos no período mencionado.³⁴ No entanto, seções inteiras de decisões são idênticas – mas não citadas como precedentes – e algumas delas são extratos repetidos que continham referências estrangeiras. Isso inflaciona o número de casos com tais referências.

3.2 A evolução do diálogo jurisdicional

A América do Sul serve como exemplo de uma tendência mais geral de aumento da confiança na jurisprudência e direito estrangeiros, internacional no mundo todo.³⁵ Um exame mais detalhado dos dados coletados mostra que existe uma correlação entre dar primazia doméstica ao direito internacional dos direitos humanos como norma constitucional e o crescente uso de material estrangeiro.

A figura 2 mostra essa tendência em relação a cada estado, na média em período de dez anos.³⁶ Ela revela como o uso de fontes estrangeiras na adjudicação constitucional dos direitos humanos evoluiu, a partir do momento em que os dados são disponíveis até ao final de 2012. A frequência – em média – das citações estrangeiras não só aumentou consistentemente com o tempo, como o gráfico também sugere que há um aumento no número de casos referentes a conteúdo estrangeiro no período posterior às reformas constitucionais nos vários países. A mudança abrupta na tendência de uso de fontes estrangeiras na Bolívia é claramente uma resposta à nova abertura dada ao direito internacional dos direitos humanos. Entre 1994 e 2009, nenhum dos dez casos em que as questões de direitos humanos foram discutidas pelo tribunal boliviano continham uma referência a fontes estrangeiras.

³⁴ Muitas cortes constitucionais, mesmo quando acumulam competências de cortes de apelação em casos comuns de violações constitucionais e possuem considerações abstratas sobre estas, possuem mecanismos de seleção de casos representativos e, portanto, evitam repetições de litigância neste nível. Este não é o caso da Bolívia, pelo menos durante esse período inicial da Nova Constituição.

³⁵ POSNER, E. A.; SUNSTEIN, C. R. The law of other states. *Stanford L. Rev.*, v. 1, n. 59, 2006. p. 135 (“A consulta à leis estrangeiras parece ser a regra e não a exceção”).

³⁶ Linhas de tendência são imprecisas em relação ao exato número de casos de cada ano. Por outro lado, elas permitem uma visão geral envolvendo a média de cada jurisdição. Portanto, as marcações iniciais do gráfico da figura 2 mostram que a média do número de casos que se referem à matéria estrangeira no Brasil, Argentina e Uruguai de 1990 até 2000 foi menor que um por país por ano. As últimas marcações, no lado oposto, indicam a média entre 2002 e 2012.

A partir de 2010 até o final de 2012, havia 89 casos referenciando fontes de direitos humanos, e 59% deles também são considerados conteúdo estrangeiro.

Uma transformação semelhante também pode ser observada em relação ao Uruguai no período posterior à primeira decisão da Suprema Corte de Justicia em 1997, que estabeleceu que as normas internacionais de hierarquia superior devem triunfar em âmbito nacional. Apesar da inexistência de uma norma constitucional clara estipulando a hierarquia do direito internacional dos direitos humanos no direito doméstico, o Tribunal implementou a doutrina da superioridade referindo-se à vizinha Argentina que, desde 1994, tinha explicitamente constitucionalizado a posição superior do direito internacional dos direitos humanos em seu sistema jurídico interno.³⁷

A Colômbia é outro exemplo dessa correlação. Em 1995, a Corte Constitucional da Colômbia implementou a teoria acima mencionada do “bloco constitucional”. O Tribunal declarou:

o único significado razoável conferido à noção de prioridade dos direitos humanos internacionais e direito internacional humanitário [pela Constituição colombiana³⁸] [...] é que eles formam, juntamente com os demais artigos da Constituição, um “bloco de constitucionalidade”, que impõe autoridade sobre a lei [doméstica].³⁹

A jurisprudência subsequente da Colômbia reforçou, aprimorou e até exportou essa doutrina.⁴⁰ No período que se segue à adoção do “bloco constitucional” também ocorreu a expansão do diálogo judicial vertical sobre os direitos humanos.

Por fim, no Brasil se nota uma progressão constante no número de casos considerando jurisprudência e direito estrangeiros. Esta

³⁷ Suprema Corte de Justicia (Uruguai), Casación nº 418, 17.12.1997.

³⁸ O art. 93 da Constituição colombiana estabelece que “direitos, também aduaneiros, mencionados neste Artigo, serão interpretados em concordância com Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pela Colômbia” e o art. 214 (2) estabelece que direitos humanos e liberdades fundamentais não podem ser suspensos exceto nos casos regulados por lei.

³⁹ Corte Constitucional (Colômbia), Revisión constitucional, Sentencia C- 225/95, 18.5.1995, para. 12.

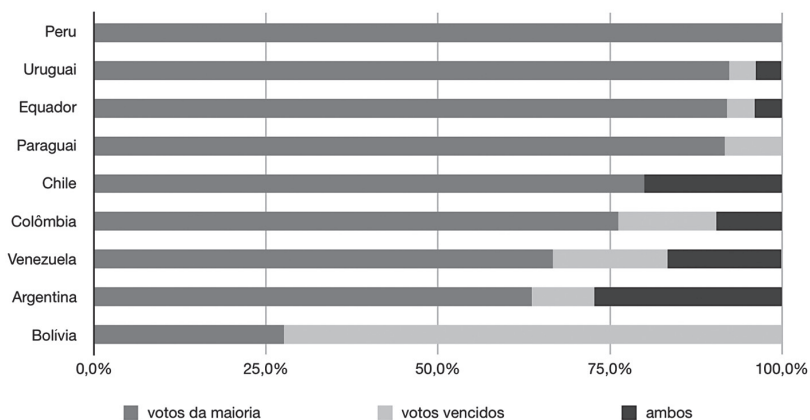
⁴⁰ Os tribunais bolivianos adotaram o controverso conceito de “bloco constitucional” anos antes de este ser formalmente inserido no texto constitucional de 2009, abertamente inspirado pela jurisprudência colombiana. Ver, e.g., Tribunal Constitucional de Bolivia (Bolívia), Recurso Directo de Inconstitucionalidad, Luis Eduardo Siles Pérez, Sentencia Constitucional nº 0045/2006, Sala Plena, Expediente 2005-12440- 25- RDI, 2.7.2006.

tendência foi reforçada pela reforma constitucional de 2004, que concedeu explicitamente *status* constitucional a todos os tratados de direitos humanos ratificados.⁴¹

3.3 Diálogo jurisdicional em julgamentos majoritários e opiniões minoritárias

Como se nota pela figura 3, o uso de referências estrangeiras nos tribunais domésticos é mais frequente nos votos da maioria dos respectivos tribunais do que em opiniões minoritárias.

Figura 3 – Percentagem dos votos da maioria e votos vencidos que consideram jurisprudência e direito estrangeiros



Uma vez mais, a Bolívia é exceção à regra. As opiniões divergentes no Tribunal boliviano basearam-se repetidamente em interpretação do Tribunal Constitucional da Colômbia sobre a aplicação do princípio *pro homine*. Essas opiniões discordantes sustentavam que o Tribunal boliviano deveria “aplicar a norma ou interpretação mais abrangente quando se trata de reconhecer direitos protegidos pela Constituição e pelo direito internacional”, e “adotar a interpretação mais restritiva

⁴¹ Constituição do Brasil (1988), art. 5º, §3º: “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”.

quando trata de estabelecer restrições” aos direitos fundamentais.⁴² Ademais, a insistência no uso de jurisprudência estrangeira em votos divergentes em relação à maioria pode ser interpretada como parte de uma estratégia da minoria do Tribunal boliviano para mudar a visão ou doutrina predominante ao longo do tempo.

Em relação aos demais países, embora a frequência das opiniões divergentes possa depender da cultura e estrutura da respectiva corte na elaboração dos votos, o grande número de referências estrangeiras e internacionais em votos vencedores sinaliza que o diálogo jurisdicional não é contestado como um método de interpretação e construção dos votos. O caso da Argentina é emblemático, uma vez que este é um dos tribunais mais internacionalizados da região, com forte dependência do direito internacional e direitos humanos, além da jurisprudência dos tribunais internacionais. De fato, em 23% dos casos argentinos em que material estrangeiro é utilizado, ele está presente tanto nas opiniões majoritárias quanto nas divergentes.

O material estrangeiro não é mais um “curinga” na argumentação e justificação de uma decisão. Em vez disso, ambas as visões concorrentes podem encontrar apoio na arena estrangeira. A discussão de diferentes visões baseadas em referências também é comum nas opiniões majoritárias e divergentes de tribunais chilenos. Por exemplo, o Tribunal Constitucional do Chile foi solicitado a avaliar o art. 365 do Código Penal chileno,⁴³ que criminaliza relações homossexuais masculinas quando envolvem um menor, mesmo quando forem consentidas. O Tribunal teve que avaliar se esta disposição viola a dignidade e o direito à privacidade das pessoas envolvidas, e se é discriminatório contra os homossexuais masculinos. O Tribunal ficou dividido, mas a maioria não encontrou nenhuma violação da Constituição chilena e manteve a proibição.

O ponto a ser enfatizado nesta decisão é que tanto os votos vencedores quanto os vencidos no Tribunal consideraram cuidadosamente a jurisprudência e a legislação de muitos estados estrangeiros. A maioria referiu-se à aplicação do princípio do interesse superior da criança conforme reconhecido pela jurisprudência do Tribunal Constitucional

⁴² Entre diversas decisões, ver Tribunal Constitucional de Bolivia, Sentencia Constitucional 2334/2010- R, Revisión nº 2334, Expediente: 2008- 17607- 36- RHC, 19.11.2010; Sentencia Constitucional 0221/2011-R, Revisión nº 0221, Expediente: 2009- 19965-40- AL, 11.3.2011; e Sentencia Constitucional 1321/2011- R, Revisión nº 1321, Expediente: 2010- 21993- 44- AL, 26.9.2011.

⁴³ Código Penal (Chile), 12.11.1874, art. 365.

colombiano.⁴⁴ Em relação ao direito à privacidade, referiu-se à opinião do Supremo Tribunal Federal brasileiro de que “a inviolabilidade da intimidade não é um direito absoluto a ser usado como uma garantia para a prática de crimes sexuais”.⁴⁵ Além disso, discutiu casos da Corte Europeia de Direitos Humanos, como *X e Y v. Países Baixos*,⁴⁶ citando a conclusão de que o Estado demandado violou a Convenção Europeia de Direitos Humanos⁴⁷ porque o Código Penal holandês não forneceu proteção prática e eficaz ao reclamante.⁴⁸

A opinião da minoria resumiu a legislação e as decisões de tribunais nacionais e internacionais em uma sessão do julgamento intitulada “As normas internacionais”. Declarou:

o exame comparativo entre o direito nacional e os instrumentos internacionais sobre o assunto nos permite concluir que hoje a criminalização da sodomia consentida foi declarada inconstitucional em muitos estados, assim como as regras que estabelecem a idade de consentimento em relação às relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo.⁴⁹

A opinião minoritária chegou à conclusão de inconstitucionalidade após considerar casos do Tribunal Constitucional da África do Sul, Tribunal Constitucional austríaco, Supremo Tribunal dos EUA, Supremo Tribunal indiano e TEDH.⁵⁰ Quanto às práticas legislativas, mencionou uma “tendência a não considerar a identidade sexual como critério para definir a punição de práticas sexuais específicas”, como visto nas leis da Argentina, Brasil, Equador, Honduras, México, Paraguai, Peru e Uruguai.⁵¹

⁴⁴ Corte Constitucional (Colômbia), Revisión constitucional de la Ley 765 de 2002, Sentencia C- 318/03, Sala Plena, 24.4.2003.

⁴⁵ Supremo Tribunal Federal (Brasil), Silvan Guedes *v.* Superior Tribunal Militar, Habeas Corpus nº 79.285- RJ, 31.8.1999.

⁴⁶ *X and Y v. The Netherlands* (Appl. n. 8978/ 80), julgamento (Assembleia), 23.3.1985, Series A, v. 91.

⁴⁷ Convenção Europeia de Direitos humanos – Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, 4.11.1950, 213 UNTS 222; 312 ETS 5, entrou em vigor em 18.5.1954.

⁴⁸ Tribunal Constitucional (Chile), nº 1683- 10, 11.1.2011, s. 30 e 39.

⁴⁹ Tribunal Constitucional (Chile), nº 1683- 10, 11.1.2011, s. 5.

⁵⁰ Tribunal Constitucional (Chile), nº 1683- 10, 11.1.2011.

⁵¹ Tribunal Constitucional (Chile), nº 1683- 10, 11.1.2011.

3.4 A correlação entre direitos específicos e a extensão do diálogo jurisdicional

Quando avaliados individualmente, casos com maior número de citações e referências estrangeiras sugerem que alguns direitos podem estimular o envolvimento dos respectivos tribunais com o diálogo jurisdicional mais do que outros. Esta seção examina alguns casos de cada jurisdição com os maiores números de referências a conteúdo legal estrangeiro. Em metade das jurisdições, casos que envolvem a liberdade de expressão e direito de resposta estavam entre aqueles com mais referências estrangeiras.

Ao contrário de outros tratados internacionais e regionais de direitos humanos, o direito de resposta é tratado como um direito distinto no art. 14 da CADH e visa proteger a honra e reputação de indivíduos “feridos por declarações imprecisas ou ofensivas ou idéias disseminadas ao público em geral por um meio de comunicação legalmente regulamentado”.⁵²

Em relação à Argentina, os três casos com maior número de referências estrangeiras diziam respeito ao direito à liberdade de expressão. Dois deles discutem o direito de resposta e citam 38 e 16 diferentes jurisdições, respectivamente.⁵³ O terceiro caso trata do direito de acesso à informação em poder do Estado, citando material de 20 diferentes jurisdições estrangeiras.⁵⁴ Venezuela, que tem um histórico de pouco diálogo jurisdicional, também tem dois casos de liberdades de expressão que citam seis e sete jurisdições estrangeiras, respectivamente.⁵⁵ Da mesma forma, os casos de liberdade de expressão no Paraguai, Chile e Bolívia estão entre aqueles que atraíram o maior número de citações estrangeiras.⁵⁶

⁵² Veja também Corte IDH, Exigibilidade do direito de resposta ou correção. Opinião Consultiva, OC- 7/86 de 29.8.1986.

⁵³ Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), *Ekmekdjian v. Sofovich y otros*, Recurso Extraordinario, nº E. 64. XXIII, 315 Fallos 1492, 7.7.1992; e *Petric, Domagoj, Antonio c/ diário*, p. 12, nº P.534.XXXI, 16.4.1998.

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), *S., V. c/ M., D.A. s/ medidas precatórias*, nº S. 622 XXXIII, 3.4.2001.

⁵⁵ Tribunal Supremo de Justicia (Venezuela), *Recurso de Nulidad del Bloque de Prensa Venezolano (BPV) y Andrés De Armas Silva y Eduardo Alemán Pérez*, Sentencia nº 00-1445, Sala Constitucional, 27.7.2004; e *Asociación Civil Espacio Público v. Contraloría General de la República Bolivariana de Venezuela*, *Acción de amparo constitucional* nº 09- 1003, Sala Constitucional, 15.7.2010.

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia (Paraguai), *Radio Ñanduti S.A. v. Artículos 305 y 329 de la ley nº 834/1996, Código Electoral, Acuerdo y Sentencia nº 1287*, Sala Constitucional de la Corte

A segunda questão que atrai um grande número de referências estrangeiras é a dos crimes contra a humanidade, por vezes tratados especificamente sob o crime de desaparecimento forçado.⁵⁷ Finalmente, um terceiro tópico que parece estimular a comparação externa nos tribunais sul-americanos são os casos envolvendo os direitos dos homossexuais. Casos discutindo tratamento igualitário para homossexuais geraram uma ampla avaliação comparativa em dois casos chilenos, cada um deles trazendo referências a 22 jurisdições diferentes,⁵⁸ na Colômbia um caso com referências a 25 jurisdições⁵⁹ e no Uruguai dois casos com referências de duas e quatro jurisdições, respectivamente.⁶⁰

A frequência com que um tribunal se vale do diálogo jurisdicional horizontal não é proporcional ao número de referências de direito estrangeiro. O direito em discussão parece determinar se o número de referências será alto. Por exemplo, 39% de todos os casos analisados neste artigo dizem respeito às garantias do devido processo legal. No entanto, quando o número de citações estrangeiras nesses casos é considerado, torna-se claro que existem muito poucas referências em cada caso. Isso é ainda mais claro se os casos envolvendo discussões sobre devido processo legal forem comparados com os casos que envolvem liberdade de expressão, direito de resposta, os direitos de homossexuais e crimes contra a humanidade, que compõem apenas 5%, 2,5% e 1,5% respectivamente, de todos os casos analisados neste artigo. Entretanto, ainda que pouco expressivos em número de casos, estão entre os que estimulam o maior número de citações ao direito estrangeiro em decisões individuais.

Suprema, 3.12.2007; e Tribunal Constitucional (Chile), Requerimiento de Inaplicabilidad Por Inconstitucionalidad de Andrade y Vignau, Sentencia Rol nº 2153-2011 INA, 11.9.2012; e Tribunal Constitucional de Bolivia (Bolívia), Acción de Inconstitucionalidad de Verónica Laura Guiteras Aramayo, Sentencia Constitucional Plurinacional, 1250/2012, Sala Plena, Expediente 00130- 2012- 01- AIC, 20.9.2012.

⁵⁷ Desaparecimento forçado é um tópico politicamente relevante na região, uma vez que este tipo de crime foi cometido pela maioria dos regimes militares que lá ocorreram. Portanto, alguns dos casos se referem ou se aplicam a uma convenção interamericana específica sobre o problema. Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, 9.6.1994, A-60, entrou em vigor em 28.3.1996.

⁵⁸ Tribunal Constitucional (Chile), Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de Sepúlveda Álvarez, Sentencia Rol 1683- 10- INA nº 1683- 10, 4.1.2011; e Wetzel, Antonio, y otros v. Soto Silva, Sentencia Rol nº 1881- 10- INA, 3.11.2011.

⁵⁹ Corte Constitucional (Colômbia), Demanda de inconstitucionalidad de Carlos Andrés Echeverry Restrepo y otros, Sentencia C- 577/ 11, Sala Plena, 26.7.2011.

⁶⁰ Suprema Corte de Justicia (Uruguai), Marabotto [r], Cairolí, Torello, Alonso de Marco y Mariño, Acción de reclamación de identidad sexual nº 139, 5.5.1997.

Como isso pode ser explicado? Ao lidar com questões jurídicas que não poderiam ter sido antecipadas pelo texto constitucional original, o uso de referência estrangeira parece fazer sentido.⁶¹ De fato, o diálogo judicial é particularmente útil quando o direito interno parece não fornecer resposta, ou quando o escopo de um tratado internacional ratificado não está claro.⁶² Isso pode explicar o alto número de citações ao direito estrangeiro e a recentes e marcantes decisões judiciais de cortes constitucionais que enfrentaram casos envolvendo direitos de homossexuais. A jurisprudência da maioria dos países sobre estes direitos é recente e nem mesmo a CIDH forneceu até agora suficiente orientação sobre o assunto. Por contraste, os direitos processuais, embora presentes no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP)⁶³ e na CADH, estão explicitamente incorporados no direito interno. A comparação nesses casos pode não ser útil, uma vez que a regulamentação dos direitos processuais no âmbito do direito interno é, em geral, bem detalhada. Logo, quanto menos desenvolvida for a jurisprudência nacional e quanto mais houver questões de direitos fundamentais indefinidas, maior a probabilidade de que os tribunais nacionais busquem o diálogo jurisdicional.

O uso mais frequente de jurisprudência estrangeira em áreas como liberdade de expressão e crimes contra a humanidade pode também ser explicado pelo destaque que essas questões receberam em âmbito regional. Ambos os tópicos foram tratados em muitos casos levados à CIDH e à Corte IDH, de modo que o elevado número de casos em âmbito doméstico pode ser reflexo da sua priorização no sistema interamericano.

Ademais, conforme se discutiu, as transformações constitucionais na região, que tornaram o direito internacional dos direitos humanos

⁶¹ Há uma sugestão de que uma visão originalista sobre interpretação constitucional é menos atraente do que uma posição internacional que “foque na inutilidade de uma interpretação legal integrada”, nos casos concernentes a desafios legais modernos, como terrorismo (MARIAN, C. Learning from others: the Scalia – Breyer debate and the benefits of foreign sources of law to U.S. Constitutional Interpretation of Counter – Terrorism initiatives. *Vienna Onlin J. on Int'l Const. L.*, v. 1, n. 4, 2010. p. 5; 8).

⁶² BINGHAM, T. H. *Widening horizons: the influence of comparative law and international law on domestic law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 8. “Há talvez duas situações nas quais uma autoridade estrangeira pode exercer uma influência significativa, se não decisiva. Uma é quando uma autoridade doméstica aponta para uma resposta que parece inapropriada ou injusta. A outra é quando autoridade doméstica aparenta não produzir uma norma clara”. Veja também a discussão a seguir, seções 5 e 6.

⁶³ Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, 16.12.1966, 999 UNTS 171, entrou em vigor em 14.6.1998.

parte integrante da legislação nacional, fomentaram a busca por jurisprudência estrangeira pelos tribunais sul-americanos. A jurisprudência do sistema interamericano pode não ser suficiente para fornecer todas as respostas e referências necessárias para que os tribunais nacionais resolvam, por exemplo, um caso complexo envolvendo direitos dos homossexuais ou liberdade de expressão. Isso faz com que os tribunais constitucionais da região decidam casos à luz não só do seu próprio direito interno e do direito da CADH, mas também contem com a interpretação de outros tribunais nacionais. Aos tribunais domésticos parece fazer sentido buscar inspiração e referências argumentativas em tribunais constitucionais nacionais, notadamente quando existirem semelhanças contextuais e forem estados submetidos aos mesmos tratados internacionais.

3.5 As jurisdições mais citadas

Esta subseção analisa a origem dos casos e legislações estrangeiras citadas por juízes e tribunais sul-americanos. O objetivo é identificar quais jurisdições têm mais influência na América do Sul. Cada jurisdição estrangeira foi registrada apenas uma vez por caso em que é mencionada, independentemente do número de casos de um mesmo país ou das referências à mesma legislação estrangeira, citada em um único caso.

A Espanha é o país mais citado. A jurisprudência e legislação espanhola foram mencionadas em 79 casos (10% do total, entre 1990 e 2012) e se espalharam pelas dez jurisdições avaliadas na América do Sul. A segunda jurisdição mais citada é a da Colômbia (9,1%), seguida por EUA (8,1%), Alemanha (7,6%) e Argentina (7,1%). A Colômbia é particularmente influente entre seus vizinhos mais próximos. É a jurisdição mais citada no Equador, Bolívia e Venezuela. Além disso, a jurisprudência e a legislação argentinas são frequentemente mencionadas por seus vizinhos, particularmente o Paraguai e Uruguai.

Em relação às duas regiões mais influentes do mundo na formação da jurisprudência doméstica sul-americana, as citações entre países latino-americanos e aquelas originadas em tribunais de países europeus compõem 86% de todas as citações dos tribunais sul-americanos. Mas quando a Espanha – que é compreensivelmente influente como antigo poder colonial para todos países avaliados, exceto o Brasil – é removida dessa conta, as referências entre países latino-americanos se tornam as mais dominantes. Isso acontece apesar da tradição jurídica constitucional ser relativamente jovem na região, e apesar das limitações

na experiência que os tribunais sul-americanos têm com a interpretação e aplicação do direito nacional e internacional de direitos humanos, comparativamente com “favoritos globais”, como Estados Unidos, Reino Unido, Alemanha, França e Itália.

4 O propósito do diálogo jurisdicional para tribunais sul-americanos

Esta seção discute a razão pela qual os juízes sul-americanos citam decisões estrangeiras. Tom Bingham sugeriu que o uso da jurisprudência comparativa “ilustra a maneira como os tribunais de todo o mundo, que lidam com os mesmos desafios decorrentes de uma convenção internacional, buscam, colaborativamente, trilhar o caminho para uma solução internacional consensual”.⁶⁴ Para Esin Örücü, a razão por trás do compromisso com a jurisprudência estrangeira pode ser diferente. Ela propõe que a comparação neste nível é realizada para “mostrar que enquanto um problema é universal, há de fato soluções diferentes”.⁶⁵ Nem sempre é fácil identificar as motivações dos juízes para se referir a uma decisão estrangeira. Em face de uma prática de olhar para além dos limites da lei nacional, em expansão nos tribunais nacionais, esta seção analisará as motivações dos juízes sul-americanos para envolver direito estrangeiro e jurisprudência em seus ofícios de juízes nacionais.

Quatro razões principais são propostas aqui para compreender o uso de direito e jurisprudência estrangeiros pelos juízes sul-americanos. A primeira é a busca por fontes que os auxiliem na interpretação ou transformação do direito interno. O segundo é o desejo de ascender a um circuito internacional de juízes e tribunais, compartilhando pontos de vista sobre uma série de assuntos jurídicos. Um terceiro propósito do diálogo na região pode ser mais prático: a necessidade dos tribunais sul-americanos de proteger sua independência da pressão política. E o quarto objetivo está relacionado com o cumprimento do mandato constitucional dos tribunais da região, que exige que os juízes interpretem e apliquem ativamente tratados regionais e internacionais de direitos humanos.

⁶⁴ BINGHAM, T. H. *Widening horizons: the influence of comparative law and international law on domestic law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 44.

⁶⁵ ÖRÜCÜ, E. Whither comparativism in human rights cases?. In: ÖRÜCÜ, E. (Ed.). *Judicial comparativism in human rights cases*. London: British Institute for International and Comparative Law, 2003. p. 235.

Em relação ao primeiro propósito, de engajamento dos tribunais sul-americanos com a jurisprudência estrangeira como uma ajuda interpretativa, deve-se notar que decisões judiciais não podem ser tomadas exclusivamente com base em uma pesquisa de decisões de tribunais estrangeiros, não importa quantas semelhanças culturais, políticas ou legais existam entre os estados “importador” e “exportador”.⁶⁶ O Estado de direito exige que os juízes indiquem o conjunto de regras jurídicas sobre as quais fundamentam suas decisões judiciais. Além disso, os juízes estão cientes de que suas decisões são respeitadas não por causa da consistência com a jurisprudência de tribunais estrangeiros, mas porque são proferidas de acordo com as leis e a Constituição do seu Estado. Assim, os juízes se referem formalmente ao direito constitucional como instrumentos vinculantes para as suas decisões, e reforçam certas interpretações com base em direito estrangeiro. Particularmente em casos de direitos humanos, os tratados ratificados têm uma linguagem porosa, cujo significado pode mudar de acordo com a evolução jurisprudencial. Se a lei e tradição em um estado particular não exigem que a concretização dos direitos humanos se baseie unicamente em direito nacional, o direito estrangeiro e a jurisprudência podem ser usados como fontes interpretativas. Isso acontece com frequência na América Latina.

Além disso, no mundo internacionalizado e integrado do qual, de forma progressiva, os tribunais sul-americanos tornaram-se parte, os juízes estão cientes da autoridade que pode ser adicionada às suas próprias decisões por meio de referências a decisões judiciais estrangeiras. Eles, portanto, procuram um consenso internacional – se houver algum – ou pelo menos um patamar de reconhecimento mínimo dentro de um mercado global de ideias jurídicas que ecoem positivamente com um público doméstico. Isso acontece especialmente nos casos em que a legislação nacional aponta para uma solução que parece injusta, atrasada ou inadequada, ou quando não há resposta aparente para o problema no direito nacional.⁶⁷ De fato, a consideração de uma fonte

⁶⁶ ALFORD, R. P. Misusing international sources to interpret the Constitution. *Am. J. Int'l of L.*, v. 1, n. 98, 2004. p. 61. “A tomada de decisão constitucional não é um diagrama de dispersão no qual todos os pontos de dados, tanto domésticos quanto globais, são usados para traçar uma linha constitucional que melhor se encaixa”.

⁶⁷ Ver BINGHAM, T. H. *Widening horizons: the influence of comparative law and international law on domestic law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 8. Veja também impressões de Bohmer: “Quando o status quo de sistemas de políticas nacionais perpetuam o déficit democrático, a incorporação de legislação estrangeira pode produzir o impulso necessário para forçar a deliberação coletiva no estágio de cumprimento das normas que

estrangeira como persuasão ou como um “valor a ser notado” influencia “principalmente no nível de deliberação e justificação”.⁶⁸

O segundo objetivo por trás da prática de utilização da jurisprudência estrangeira é o desejo de fazer parte de uma comunidade internacional de juízes ou, simplesmente, de relacionar suas próprias opiniões legais com as de um grupo mais amplo de juízes e tribunais internacionais e estrangeiros. Pode-se também supor que os juízes esperam acrescentar legitimidade e capacidade de persuasão às suas próprias decisões relacionando-as com as opiniões jurídicas de um grupo mais internacional de juízes e tribunais, em especial quando esta prática é amplamente aceita pelo seu público.

Sobre o terceiro propósito para o engajamento no diálogo jurisdicional transnacional – a proteção contra a pressão política ou coerção indevida que possam comprometer a independência dos tribunais –, pode-se notar que, embora não haja casos regionais conhecidos em que os juízes dos tribunais constitucionais receberam apoio de tribunais estrangeiros, suas redes estabelecidas criaram uma camada adicional de apoio eventual, uma vez que eles estão sob pressão dos poderes executivos ou legislativos domésticos.⁶⁹ Na América do Sul, os laços entre os tribunais são construídos e fortalecidos independentemente do Poder Executivo, através do envolvimento no diálogo jurisdicional, programas de intercâmbio e visitas regulares.⁷⁰ As práticas podem ser cruciais em

concordamos em assumir, embora imperfeitamente, como nossas. [...] Durante momentos cruciais da História, Argentina consultou o direito estrangeiro a fim de forçar um diálogo que suas instituições não podiam produzir sozinhas. Depois de uma massiva violação de direitos nos anos de 1970 e a permanente impossibilidade de construir a democracia por mais de cem anos, Argentina procurou novamente por legislações e decisões judiciais, buscando por textos que a nossa incapacidade não podia produzir” (BOHMER, M. Use of foreign law as a strategy to build constitutional and democratic authority. *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, v. 411, n. 77, 2008. p. 430).

⁶⁸ MORAN, M. Shifting boundaries: the authority of international law. In: NIJMAN, J.; NOLLKAEMPER, A. (Ed.). *New perspectives on the divide between national and international law*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 166.

⁶⁹ Por exemplo, Slaughter menciona o suporte de redes internacionais em casos sobre pressões e tratados feitos pelo governo zimbabuano ao Presidente da Suprema Corte de Justiça (ver SLAUGHTER, A. M. *A new world order*. Princeton: Princeton University Press, 2005. p. 99).

⁷⁰ Desde 2009, os Estados-Partes do Mercosul adotaram um programa para visitas regulares e intercâmbio de magistrados e funcionários públicos do âmbito judiciário. Por exemplo, dois juízes equatorianos passaram 10 dias na Suprema Corte brasileira em 2009 e dois juízes bolivianos de primeira instância passaram 10 dias no Brasil (PARTICIPANTES do Programa Joaquim Nabuco proferem palestras na Universidade de Brasília. STF, Brasília. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=249081>).

tempos politicamente difíceis e, assim, o diálogo jurisdicional pode ter um propósito sistêmico maior, visando assegurar autopreservação dos tribunais internos independentes da região.

Finalmente, o quarto objetivo do uso da jurisprudência estrangeira pelos tribunais nacionais está relacionado à implementação de reformas constitucionais na região. Como discutido, recentes mudanças constitucionais ampliaram o mandato dos tribunais superiores, trazendo direitos humanos internacionais ao nível do direito constitucional, permitindo a sua aplicação direta por juízes domésticos. O rápido aumento das competências jurídicas de tribunais nacionais na região incentivou os tribunais da América Latina a procurarem ativamente mais referências estrangeiras como uma maneira de cumprir estes mandatos constitucionais ampliados.

5 Conclusão

Este artigo discutiu a prática de citar leis e jurisprudência estrangeiras em casos envolvendo direitos humanos nos tribunais superiores da América do Sul. Com o uso de métodos quantitativos e qualitativos, 562 casos de 10 diferentes países foram analisados para avaliar a extensão, o método e a finalidade deste diálogo judicial horizontal na região.

Argumentou-se que o aumento do número de tratados de direitos humanos e sua incorporação direta aos sistemas jurídicos nacionais na América do Sul estimulam o envolvimento de seus tribunais no diálogo jurisdicional. Tratados internacionais de direitos humanos ratificados exigem conhecimento contextual para sua aplicação que pode, *inter alia*, ser encontrado em jurisdições estrangeiras que estão vinculadas pelos mesmos tratados e que têm uma tradição jurídica semelhante.

O artigo também discutiu a extensão da prática dos diálogos jurisdicionais horizontais nos tribunais sul-americanos. Referências à lei e jurisprudência estrangeiras por tribunais na região estão amplamente presentes nas decisões judiciais. Com exceção da Bolívia (59%) e da Venezuela (15%), os casos de todos os outros países continham referências a conteúdo judicial ou legal estrangeiro em 30% a 50% das decisões. A avaliação do uso de fontes estrangeiras pelos tribunais sul-americanos nas duas últimas décadas reforça a afirmação de que se tornam cada vez mais abertos à adoção de argumentos jurídicos externos às suas respectivas jurisdições. Os dados também sugerem uma relação causal entre reformas constitucionais que atribuem aos tratados

internacionais de direitos humanos o *status* de direito constitucional e a expansão do diálogo jurisdicional entre 1990 e 2012.

No que diz respeito aos propósitos de considerar materiais estrangeiros ao decidir casos domésticos de direitos humanos, foram identificadas quatro motivações. Primeiro, os tribunais sul-americanos indicam confiar em tais referências para ajudá-los na interpretação do direito interno. Nesse contexto, o direito estrangeiro é usado como uma ajuda interpretativa por votos majoritários ou vencidos. Um segundo propósito para o envolvimento dos tribunais no diálogo jurisdicional horizontal na área dos direitos humanos parece ser o desejo desses tribunais de se tornarem parte de uma comunidade de tribunais que partilham pontos de vista semelhantes sobre certos direitos. Juízes nacionais buscam consenso internacional quando lidam com temas universais como os direitos humanos. A legitimidade das decisões pode ser reforçada através de referências a decisões do mercado global de ideias jurídicas. A confiança no papel do direito estrangeiro também pode ter um terceiro propósito, mais prático: a proteção da independência do tribunal em relação à pressão política. O quarto objetivo está relacionado com o cumprimento do mandato constitucional dos tribunais da região, que exige que os juízes busquem no âmbito das decisões judiciais e nas leis de democracias referenciais as interpretações que os auxiliem na aplicação de tratados regionais e internacionais de direitos humanos.

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

MOHALLEM, Michael Freitas. Diálogo horizontal sobre direitos humanos nas cortes constitucionais da América do Sul. In: LEAL, Fernando (Coord.). *Constitucionalismo de realidade: democracia, direitos e instituições*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 153-178. ISBN 978-85-450-0610-7.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coutinho Pagliarini	Inês Virginia Prado Soares
André Ramos Tavares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	Juarez Freitas
Carlos Mário da Silva Velloso	Luciano Ferraz
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Lúcio Delfino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Clovis Beznos	Márcio Cammarosano
Cristiana Fortini	Marcos Ehrhardt Jr.
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto (<i>in memoriam</i>)	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabardo	Paulo Modesto
Fabício Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra
Flávio Henrique Unes Pereira	Walber de Moura Agra

FÓRUM

CONHECIMENTO JURÍDICO

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira de Oliveira

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

Técnica. Empenho. Zelo. Esses foram alguns dos cuidados aplicados na edição desta obra. No entanto, podem ocorrer erros de impressão, digitação ou mesmo restar alguma dúvida conceitual. Caso se constate algo assim, solicitamos a gentileza de nos comunicar através do e-mail editorial@editoraforum.com.br para que possamos esclarecer, no que couber. A sua contribuição é muito importante para mantermos a excelência editorial. A Editora Fórum agradece a sua contribuição.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com a AACR2

C758 Constitucionalismo de realidade: democracia, direitos e instituições
/ Fernando Leal (Coord.). – Belo Horizonte : Fórum, 2019.

224p.; 14,5cm x 21,5cm
ISBN: 978-85-450-0610-7

1. Direito Constitucional. 2. Direito Público. 3. Direitos Humanos. 4. Teoria do Direito. I. Leal, Fernando. II. Título.

CDD 341.2
CDU 342

Elaborado por Daniela Lopes Duarte - CRB-6/3500

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

LEAL, Fernando (Coord.). *Constitucionalismo de realidade: democracia, direitos e instituições*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. 224p. ISBN 978-85-450-0610-7.