V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS IV

EDNA RAQUEL RODRIGUES SANTOS HOGEMANN

MARIANA BLENGIO VALDÉS

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito internacional dos direitos humanos IV [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/ Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann, Mariana Blengio Valdés – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-238-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito internacional. 3. Direitos Humanos. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS IV

Apresentação

O V Encontro Internacional do CONPEDI em Montevidéu, realizado em parceria com a Faculdade de Direito da Universidade da República do Uruguai, é a primeira ação internacional do CONPEDI na América Latina. Apresentou como temática central " Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina". Esse tema suscitou intensos debates desde a abertura do evento e desdobramentos ao decorrer da apresentação dos trabalhos e da realização das plenárias. Particularmente, mereceu destaque no Grupo de Trabalho "Direito Internacional dos Direito Humanos IV", na medida em que inequivocamente muito além do que promover a socialização de conhecimento sobre as diferentes culturas e tradições jurídicas do continente, os participantes estão convidados a uma reflexão sobre o papel das instituições e da revalorização da política pública como forma de um renovado desenvolvimento com igualdade. Se por um lado o desenvolvimento latino-americano, sua história, presente e futuro, têm sido objeto de inúmeras análises, hipóteses e controvérsias. Mas, por vivermos em uma época de elevada incerteza global, o debate público sobre seus dilemas e oportunidades em nossa região se torna ainda mais relevante.

Sob a coordenação da Profa. Pós-Dra. Edna Raquel Hogemann (UNESA/UNIRIO) e da Profa. Dra. Mariana Blengio Valdés da Universidad de La Republica de Uruguay, o GT "Direito Internacional dos Direito Humanos IV" promoveu sua contribuição, com exposições orais e debates que se caracterizaram tanto pela atualidade quanto pela profundidade das temáticas abordadas pelos expositores.

Eis uma breve síntese dos trabalhos apresentados:

Sob o título O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E O CASO DO CONDOMÍNIO "BARÃO DE MAUÁ": A EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS FRENTE AOS INTERESSES DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS, o autor Lucilo Perondi Junior investiga o caso do Condomínio Barão de Mauá, em que a denúncia foi aceita pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e verificou-se que o sistema interamericano de direitos humanos se mostrou mais efetivo na proteção dos direitos humanos do que o ordenamento jurídico brasileiro.

Gláucia Kelly Cuesta da Silva apresentou o trabalho PROJETO DE VIDA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DO CASO LOS “NIÑOS DE LA CALLE” em que a partir do caso “los niños de la calle” traz à discussão o chamado projeto de vida das crianças e adolescentes e a necessidade de evitar sua violação, havendo relação direta desse com o desenvolvimento humano de um Estado-Nação.

VERDADE E DEMOCRACIA: O DESAPARECIMENTO FORÇADO DE PESSOAS NA DITADURA BRASILEIRA é o título do trabalho apresentado por Sabrinna Correia Medeiros Cavalcanti e Olívia Maria Cardoso Gomes que se propõem a refletir criticamente a respeito dos casos de desaparecimento forçado de pessoas que se constitui como uma conduta ofensiva ao princípio da dignidade e importa em graves violações aos direitos humanos, sendo considerada pela comunidade internacional como um crime contra a humanidade.

Marcos Antônio Striquer Soares e André Salles de Faria discorreram sobre UMA ANÁLISE SOBRE A PROTEÇÃO DOS DIREITOS À IGUALDADE E À DIFERENÇA NO CONSTITUCIONALISMO MODERNO apresentando uma discussão sobre as medidas adotadas pelo Brasil para proteger os direitos à igualdade e à diferença e a necessidade de políticas integrativas e da adesão dos indivíduos para atingir este fim. Este entendimento exige uma análise histórica-legislativa das transformações sociais e da superação das ideias de existência de sujeitos superiores e inferiores.

A IMPLEMENTAÇÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS DO BRASIL E ARGENTINA é o título da apresentação de Thiago Aleluia Ferreira De Oliveira. O artigo enfrenta o Controle de Convencionalidade na efetividade dos Direitos Humanos em perspectiva comparada, com ênfase nos diálogos entre a Corte Interamericana e as jurisdições constitucionais domésticas do Brasil e da Argentina.

Carolina Fernández Fernandes , Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso Squeff são autoras do artigo sob o título: RUMO A UM MÍNIMO ÉTICO COMUM: AS CONTRIBUIÇÕES DA DECLARAÇÃO DE HELSINKI À EQUALIZAÇÃO DO DEBATE ENTRE UNIVERSALISMO E RELATIVISMO, que em apartada síntese se propõe estudar a contribuição da Declaração de Helksinki para o debate entre universalismo e relativismo, para a construção de um universalismo pluralista que resguarde um mínimo ético comum em relação às pesquisas clínicas e as questões bioéticas.

ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE ENTRE ESTADOS COMO UM POSSÍVEL FUNDAMENTO PARA A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: RELAÇÃO ENTRE O IDEÁRIO SOLIDARISTA E OS DIREITOS HUMANOS NA ESFERA INTERNACIONAL é o título do artigo apresentado por Aneline dos Santos Ziemann e Jorge Renato Dos Reis que tem por objetivo verificar se o princípio da solidariedade poderia figurar como fundamento para a internacionalização dos direitos humanos.

Fernanda Brusa Molino é a autora de O INSTITUTO DO REFÚGIO E NOVAS POSSIBILIDADES DE AJUDA HUMANITÁRIA FRENTE AOS RECENTES FLUXOS MIGRATÓRIOS NO BRASIL: ANÁLISE DO PROJETO DE LEI Nº 2516/2015., artigo que trata dos conceitos e princípios adotados na Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 bem como se deu Protocolo de 1967, demonstrando a caracterização do instituto do refúgio e de princípios importantes no âmbito internacional, analisando também a legislação brasileira relacionada à implementação da Convenção pela legislação pátria demonstrando a atuação presente do Brasil na defesa dos direitos humanos e na recepção de refugiados.

O ALTO COMISSARIADO E SUA CAPACIDADE DE ATUAÇÃO FACE AOS PROBLEMAS MIGRATÓRIOS foi apresentado por Elaine Cristina Lopes Barros e Sandro Alex De Souza Simões. Nesse artigo os autores se propõem desvelar o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados e analisar sua capacidade de atuar com os problemas que tem se apresentado com o agravamento da crise migratória.

Maria do Socorro Almeida de Sousa e Cassius Guimaraes Chai são as autoras do ensaio intitulado DIREITOS HUMANOS: UMA APROXIMAÇÃO TEÓRICA no qual promovem, através de revisão da literatura, uma aproximação teórica da doutrina dos direitos humanos, que abrigam controvérsias de matizes variados, alusivas a sua conceituação, à terminologia adequada para fazer-lhes referência, a sua fundamentação e à sua classificação.

DIREITO CONVENCIONAL E TRANSJURIDICIDADE DO CORPUS JURIS INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS foi apresentado por Luis Carlos dos Santos Lima Sobrinho e Luciano Mariz Maia. O artigo tem por objeto os direitos humanos e objetiva analisar abordar aspectos inerentes às formas de interpretação do direito convencional e à transjuridicidade dos direitos humanos, como o processo normativo transnacional, a fertilização cruzada, os empréstimos judiciais, os transplantes.

Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann - UNIRIO-UNESA

Profa. Mariana Blengio Valdés - UDELAR

DIREITO CONVENCIONAL E TRANSJURIDICIDADE DO CORPUS JURIS INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

CONVENTIONAL LAW AND TRANSJUDICIALISM OF INTERAMERICAN CORPUS JURIS OF HUMAN RIGHTS PROTECTION

Luis Carlos dos Santos Lima Sobrinho [1]
Luciano Mariz Maia [2]

Resumo

Este estudo aplicado, qualitativo, exploratório e descritivo utiliza levantamento bibliográfico e documental e análise de conteúdo para abordar aspectos inerentes às formas de interpretação do direito convencional e à transjuridicidade dos direitos humanos, como o processo normativo transnacional, a fertilização cruzada, os empréstimos judiciais, os transplantes judiciais e o diálogo entre jurisdições. A contribuição esperada se traduz em repensar modelos jurídicos existentes no campo da proteção dos direitos humanos, em especial quanto ao Sistema Regional Interamericano, atribuindo-lhes maior efetividade e possibilitando a aplicabilidade de seus preceitos por meio de novas formas de interação jurisdicional e de desenvolvimento do direito convencional.

Palavras-chave: Direito convencional, Transjuridicidade, Direitos humanos, Sistema interamericano

Abstract/Resumen/Résumé

This applied, qualitative, exploratory and descriptive study uses bibliographic and documentary survey and content analysis to embrace aspects inherent in the forms of interpretation of conventional law and human rights transjudicialism, like transnational legal process, cross-fertilization, judicial borrowing, legal transplants and dialogue between jurisdictions. The expected contribution is to rethink living legal models in the field of human rights protection, especially regarding the Inter-American Regional System, giving them greater effectiveness and enabling the applicability of its principles through new ways of judicial interaction and development of conventional law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Conventional law, Transjudicialism, Human rights, Interamerican system

---

[1] Professor da UFPB, Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB e Pesquisador do Laboratório Internacional de Investigação em Transjuridicidade da UFPB.

[2] Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB, Doutor em Direito pela UFPE e Procurador da República.

1 Introdução

No mundo contemporâneo, a salvaguarda dos direitos humanos se constitui em medida fundamental para o progresso dos povos. Nessa linha, o Direito Público caminha rumo ao fortalecimento das relações entre os ordenamentos jurídico-constitucionais estatais e os sistemas universal e regionais de proteção. No entanto, se estes visam a promover avanços no plano interno, resta esclarecer como é possível alcançar tal objetivo sem que suas normas sejam efetivadas pelos Estados, que com elas se comprometeram livremente e de boa-fé.

No plano interamericano, em que pese a existência de numerosos diplomas legais, a luta pela efetivação dos direitos humanos se constitui em uma tarefa árdua, por subsistir um modelo de desconformidade entre ordens de direito interno e internacional. Não só a Convenção Americana de Direitos Humanos, mas também seus protocolos facultativos e demais diplomas correlatos são objeto de interpretações conflitantes por parte dos poderes públicos estatais, que recorrentemente desrespeitam seus princípios e finalidades.

Por conseguinte, temas comuns à transjuridicidade, manifestação legítima da interculturalidade jurídica, surgem como estratégia de consolidação do direito convencional, na medida em que possibilitam a ampliação de seu espectro de atuação e a influência recíproca entre os sistemas de direito interno e internacional. Essa associação permite uma melhor compreensão dos fundamentos teórico-práticos que pautam as decisões em sede de direitos humanos e, sob a perspectiva da mundialização dos processos cognitivos, ganhos operacionais tornam-se visíveis nos respectivos sistemas de proteção global e regionais.

Em face do recorrente descaso e desrespeito estatal quanto ao aparato de proteção dos direitos humanos, o presente trabalho se digna a investigar, a título de problema, de que forma o controle de convencionalidade pode ser operacionalizado a fim de assegurar uma maior interação entre os sistemas de direito interno e internacional no que tange à realização de tais direitos no espaço interamericano.

A fim de responder ao questionamento central da pesquisa, pretende-se validar a hipótese de que, sob o prisma da transjuridicidade enquanto manifestação da interculturalidade jurídica, a operacionalização do controle de convencionalidade será capaz de proporcionar uma maior efetividade das normas que compõem o *corpus juris* vigente na esfera do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos – SIPDH. Especificamente, objetiva-se identificar aspectos inerentes ao fenômeno da transjuridicidade enquanto manifestação da interculturalidade jurídica e determinar as bases do controle de convencionalidade alicerçado na transjuridicidade do *corpus juris* interamericano em matéria de direitos humanos.

Para tanto, são empreendidas a pesquisa qualitativa, aplicada, exploratória e descritiva, valendo-se das técnicas de levantamento bibliográfico e documental e de análise de conteúdo dirigidas ao conhecimento da doutrina, da legislação e da jurisprudência convencional aplicáveis por força do regime inaugurado pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

A título de justificativa, o presente trabalho pretende contribuir com a relevante discussão de caráter teórico-prático em torno do respeito aos princípios *pro homine* ou *favor persona* e *favor libertatis*, zelando pela interpretação mais favorável para o efetivo gozo e exercício de direitos e liberdades fundamentais na esfera do *corpus juris* interamericano. Com a construção intercultural do direito convencional, espera-se conferir maior efetividade às normas de direitos humanos por meio do aperfeiçoamento dos procedimentos de interação interjurisdicional, compatibilização normativa e controle judicial.

2 Desenvolvimento

2.1 Manifestações da transjuridicidade como fenômeno da interculturalidade jurídica

A expressão "transnacionalidade" pode ser considerada ambígua sob o ponto de vista semântico, já que se refere, de maneira abrangente, a ordens, instituições e problemas transnacionais em sentido estrito e em caráter amplo. O núcleo básico desse conceito consiste em dimensões que ultrapassam as fronteiras do Estado. No sentido estrito, a expressão aponta para ordens normativas privadas ou quase públicas que surgem e se desenvolvem no plano global, independentemente das fronteiras estatais.

No processo normativo transnacional, as normas internacionais integram-se ao direito doméstico e assumem um *status* vinculante pautado em um processo de internalização política, social e jurídica. Nesse caso, a observância deixa de ser uma resposta a obrigações externas motivadas por coerção para corresponder a uma concordância interna ou obediência ao conteúdo da norma.

Por sua vez, subsistem ordens mais abrangentes na dimensão temporal, material e social, nas quais as respectivas normas e decisões fundadas em tratados vinculam diretamente os cidadãos e órgãos dos Estados-membros, sendo paradigmático o caso da UE. A respeito dessas novas instituições internacionais que ensejam o debate sobre Constituições além do Estado, existem formas de vinculação mais intensas do que o modelo eminentemente dispositivo do Direito Internacional Público, como o *jus cogens*, o princípio *erga omnes* e as novas regulações do comércio internacional.

Como acentua Koh (1996, p. 184), a eficácia das regras e cláusulas do Direito Internacional dos Direitos Humanos – DIDH se submetem hoje ao que intitulou *transnational legal process*, nos seguintes termos:

> Transnational legal process describes the theory and practice of how public and private actors – nation-states, international organizations, multinational enterprises, non-governmental organizations, and private individuals – interact in a variety of public and private, domestic and international for a to make, interpret, enforce, and ultimately, internalize rules of transnational law.

Deduzem-se, *a priori*, as seguintes características basilares do conceito proposto: rompimento com dicotomias clássicas do direito internacional, como internacional-nacional e público-privado; e caráter normativo, por fomentar o surgimento de novas diretrizes legais a serem interpretadas, internalizadas e efetivadas, o que permitiria o aperfeiçoamento contínuo dessa interação jurisdicional.

Com a proliferação de Cortes internacionais e seu potencial de diálogo junto às Cortes domésticas, surge um novo processo legal internacional. Considerando o caráter jusgenerativo das Cortes, não apenas os Estados teriam o poder de criar direito no momento da celebração de tratados internacionais. Tal poder poderia ser exercido: pelas Cortes num diálogo junto aos litigantes; entre as Cortes e os demais Poderes; e, ainda, entre as Cortes domésticas e outras instituições internacionais, especialmente em matéria de direitos humanos.

Segundo Koh (1991), esse novo processo decorre de espécie de *transnational public law litigation* como forma de solução das disputas políticas entre os tribunais nacionais e internacionais. Dentre suas principais características, destacam-se: a estrutura transnacional das partes envolvidas no litígio internacional, em que Estados e entidades não estatais atuam em condições de igualdade em termos de legitimidade; a estrutura transnacional da demanda, em que violações de direito público e privado, doméstico e internacional, podem ser discutidas no bojo de um mesmo procedimento legal; o objetivo prospectivo da declaração judicial e da resolução de disputas interpretativas sobre normas transnacionais; a mobilidade das normas para fóruns domésticos e internacionais com fins jurídicos e políticos; e a ampliação do diálogo institucional para alcançar a solução do litígio em questão.

Nessa linha, o fenômeno hodierno da fertilização cruzada apresenta particularidades que merecem consideração. Os detalhes da temática dizem respeito à identidade do participante, à dimensão interativa do processo e aos motivos da prática do ativismo judicial transnacional, do *judicial borrowing* e do diálogo transjudicial, viabilizando a construção autoconsciente de uma comunidade global de intérpretes. Assim, o conceito evolui da simples menção à jurisprudência

estrangeira para um processo de interação global em que os juízes constroem um entendimento comum como resultado de opiniões múltiplas.

Como consequência da globalização, que redefine o tradicional sentimento de pertença dos indivíduos e as fronteiras estatais, perpassando o nacional e o internacional, Ferrarese (2009, p. 2) entende que certa racionalidade do direito é sacrificada em prol de uma evolução legal multifacetada, que evidencia aspectos comuns à transjuridicidade:

> Folowing this notion of ambivalence between de-localization and cosmopolitanism universalization, we can find an institutional specific practice, common nowadays, known as "constitutional dialogue" or "dialogue among courts". In the legal debate, expressions such as "constitutional dialogue", "transjudicial dialogue", "judicial comity", and similar ones refer to the current practice of many judges and courts of taking their decisions referring not only to their national constitutional law, but also to opinions, laws and ways of reasoning from foreign or international courts. This is one of the most remarkable legal phenomena of our times and an important way through which judicial actors, even national ones, can play on a global field, contributing to the creation of more shared legal criteria and even the beginnings of a global law.

A legitimidade do fenômeno perpassaria juízes e Cortes nacionais, internacionais e supranacionais, além de envolver atores públicos e privados interessados especialmente na questão dos direitos humanos. Transcende-se, destarte, da legitimidade democrática centrada na ideia de soberania nacional como fonte exclusiva do direito para uma concepção dialógica e cosmopolita, pautada na compreensão de que a universalização da proteção de direitos e liberdades fundamentais deve transcorrer diferentes democracias.

Sob o conceito de ativismo judicial, o jurídico se transforma em promessa do resgate de dívidas históricas e de resposta a clamores sociais insatisfatoriamente respondidos. De acordo com Barroso (2016), os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial são análogos, sendo aquele decorrente do modelo constitucional adotado como resultado factual do controle jurisdicional previsto no sistema de justiça, ao passo que este é pura atitude, derivando da escolha de um modo proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance.

De maneira semelhante, evidencia-se o conceito de *judicial borrowing*, consistente na utilização de jurisprudência estrangeira sem a tradicional depuração terminológica, jurídico-etiológica e epistemológica que marca o método do direito comparado. Com o empréstimo temático, fundamentos jurídicos e motivações pragmáticas hauridos de Cortes estrangeiras são espelhados em decisões produzidas no âmbito doméstico, ainda que díspares em relação ao respectivo sistema receptor.

Nesse contexto, o *transjudicial dialogue* surge como prática e como doutrina hábil a construir legitimidade não apenas sob o aspecto normativo, mas também com relação ao

intercâmbio de experiências. O fenômeno de *de-nationalization* se torna evidente quando problemas em matéria de direitos humanos são discutidos no âmbito judicial, fazendo com que as fronteiras que dividem as jurisdições nacionais ao redor do globo se tornem incertas ou questionáveis, o que demanda maior interação entre juízes e Cortes no sentido de solucionar casos críticos e de repercussão global.

Nesses casos, a adjudicação dos direitos humanos é discutida com o uso de critérios globais, porém considerando os aspectos contextuais dos casos apresentado em determinada jurisdição estatal. Isso confere aos órgãos envolvidos maior flexibilidade e pluralidade em termos de governança, suplantando a exacerbação do formalismo procedimental em prol do fornecimento de respostas afetadas a situações e demandas de maior complexidade.

Essa interconexão simbólica, cultural e política entre sistemas jurídicos diversos tem se manifestado no domínio de um circuito global multinível, de forma voluntária e não hierárquica. Resultando da dimensão prática do diálogo transjurisdicional na forma de citações mútuas e interação direta, a autoridade recíproca das Cortes nacionais, internacionais e supranacionais envolve não apenas concordância, mas também o dissenso manifestado na forma de contrastes, críticas e até mesmo de resistência à ideia de uma jurisprudência global.

Nessa dimensão dialógica transnacional, a competência dos órgãos jurisdicionais estatais é estendida de forma "impura" aos olhos da aplicação juspositivista do Direito. Todavia, não se trata de atribuir aleatoriamente a um dado sistema jurídico de direito interno determinados aspectos morais ou principiológicos, mas de sobrepesar as consequências da aplicabilidade de determinado instituto com base em visões de mundo e interpretações das mais variadas, que devem ter sempre em vista o atendimento do critério último de máxima efetividade das normas definidoras de direitos humanos.

Por sua vez, Santoro (2003, p. 116) aduz que:

> Il fato che il fenomeno si sviluppi nello spazio transnazionale rende molto meno cogenti i richiami ai testi normativi, lasciando più libertà ai giudici di sviluppare una rete di riferimenti giurisprudenziali che prescindono da ogni rinvio alle varie gerarchie delle fonti del diritto per svilupparsi su di un piano paritário. Si può dire che gli organi giudiziari, caratterizatti da una struttura diffusa e plurale, dimostrano de essere capaci di adeguarsi alla globalizzazione, meglio degli organi politico-amministrativi.

A elasticidade peculiar a esse modo de interpretação e aplicação do direito vigente permitiria que fluxos e influxos emanados das várias jurisdições ao redor do globo alargassem o discurso jurídico e enriquecesse a jurisprudência em torno da concretização dos direitos humanos. Longe de desencadear um mecanismo de simplificação universalista, o uso de

argumentos e precedentes judiciais estrangeiros de forma interativa figura como expediente de asseverabilidade da norma mais favorável à pessoa humana.

Destacam-se razões das mais diversas para a ampliação da interação judicial transnacional. Em primeiro lugar, diferentemente das entidades legislativas ou executivas, os órgãos judiciais assumem múltiplas formas de atuação e abrangência. Em termos de justiciabilidade, estes podem ser nacionais, internacionais ou supranacionais, atendendo a fins de caráter geral ou especial, compartilhados com o intuito de promover respostas plurais e diferenciadas.

Em segundo lugar, os órgãos jurisdicionais que tratam de questões globais atuam em um contexto semelhante ao de *common law*, em que o incremento da interpretação e aplicação do direito vigente se dá por meio de uma elaboração judicial descentralizada, no qual a referência legislativa não constitui a única fonte de criação do direito.

Em terceiro lugar, os atores judiciais detêm a capacidade de criar conexões até mesmo a partir de dimensões opostas em torno de um mesmo fenômeno. Assim, operações de debate ou barganha transnacional podem se traduzir em um senso de justiça compartilhado, aproximando observações gerais e específicas na forma de precedentes comuns.

Essa é a advertência de Allard e Garapon (2006, p. 7), para quem "o Direito tornou-se um bem intercambiável. Transpõe as fronteiras como se fosse um produto de exportação. Passa de uma esfera nacional para outra, por vezes infiltrando-se sem visto de entrada". Estes chamam a atenção para um fenômeno que poderia vir a revolucionar os modos de produção, reprodução e transmissão do direito nos anos vindouros, qual seja, o "comércio dos juízes".

Citando-se mutuamente e pedindo emprestado argumentos retóricos e técnicas interpretativas de diferentes jurisdições, tais atores se afirmam como "engenheiros da mundialização" do Direito. Paulatinamente, o direito se transformaria em um produto de exportação, devendo-se recorrer a soluções externas para elaborar uma linguagem comum que transcenda as fronteiras nacionais. Busca-se, dessa forma, equalizar alguns dos principais problemas dos sistemas jurídicos da atualidade em um ambiente marcado por diferentes manifestações da complexidade social.

Alguns precedentes ilustram o conceito: em um caso decidido em 2003 (*Lawrence* versus *Texas*), a Suprema Corte dos Estados Unidos recorreu à jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos (*Dudgeon* versus *United Kingdom*, 1981) para decidir pela inaplicabilidade de legislação do Estado do Texas que proibia relações homossexuais, caracterizadas como sodomia. Isso gerou grande embate ideológico no país, vez que a decisão não se valeu de expedientes formais do direito comparado ou do direito internacional público,

criando uma espécie de costume internacional para lidar com lacunas normativas; em outro caso norte-americano, a lei que estabelecia limite máximo para despesas em campanhas eleitorais foi questionada por uma associação local com base em um memorial que continha um inventário da legislação de diversos países; no caso dos tribunais mistos criados com o fito de julgar crimes de guerra cometidos no Camboja, em Kosovo e no Iraque, por exemplo, essa forma de intercâmbio judicial pautou-se na necessidade de operacionalizar os julgamentos em face de culturas jurídicas distintas; e, posteriormente aos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, diversos países integrantes da Comunidade Europeia decidiram substituir o processo de extradição por um processo unificado denominado "mandado de detenção", em que o detido em país estrangeiro deveria ser prontamente entregue à respectiva autoridade nacional, o que resultou da discussão transnacional realizada pelos juízes nacionais.

Também na África do Sul se consagra um exemplo emblemático de como é possível firmar esse diálogo entre juízes. No Caso nº CCT/3/94 ou *The State vs. T. Makwanyane and M. Mchunu*, sentença de 6 de junho de 1995, a Corte Constitucional Sul-Africana declarou inválida a pena de morte e proibiu o Estado e qualquer de seus órgãos de executarem os condenados à pena capital, invocando precedentes hauridos da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e de tribunais ao redor do globo, quais sejam: Suprema Corte dos Estados Unidos, Suprema Corte do Canadá, Tribunal Constitucional Federal Alemão, Tribunal Constitucional Húngaro, Suprema Corte da Índia, Tribunal de Apelação da Tanzânia e as Cortes norte-americanas da Califórnia e de Massachusetts.

Esse processo desenha uma nova noção de ordem jurídica, constituída por intercâmbios múltiplos e não vinculada a uma pirâmide normativa ou instância política determinada. O fenômeno da mundialização judicial prolifera em um espaço policêntrico, sem hierarquia, em que o diálogo entre juízes se apresenta como relevante mecanismo para a superação de um provincialismo dissociante ou de um internacionalismo hegemônico que comumente caracterizam as relações entre as Cortes domésticas e internacionais.

Transcendendo da mera recepção a um diálogo autoconsciente, o que envolve a atividade de deliberação comparativa, as interações existentes se prestam a aperfeiçoar a compreensão de fenômenos jurídicos comuns com o fito de garantir direitos universais. Nesse íntere, o diálogo favorece particularmente os direitos humanos, como assevera Ciuffoletti (2011, p. 177): "*in questa materia il dialogo è particolarmente favorito dalla peculiare caratteristica dei diritti umani di essere codificati in strumenti multilivello che consentono una panoramica ampia delle possibile garanzie poste a protezioni di questi stessi diritti*".

A interpretação do direito transnacional é impulsionada, assim, por uma noção de justiciabilidade global, ainda que o intercâmbio normativo possa depender de circunstâncias processuais peculiares a cada sistema de direito interno para que se torne efetivo. Essa nova cultura jurídica, fundada na negociação judicial, permite que órgãos das mais variadas jurisdições atuem não apenas por meio de relações hierárquicas ou verticalizadas, comuns no âmbito de sistemas regionais como o europeu e em processo de desenvolvimento no espaço interamericano. Também é possível construir um terreno fértil no que tange aos intercâmbios normativos de caráter horizontal, pautados em uma nova semântica jurídica.

Guerra e Lima Sobrinho *in* Mezzaroba e Rovira (2015) destacam que, em se tratando de matérias complexas, especialmente aquelas ligadas a normas definidoras de direitos e liberdades fundamentais, é comum entender a atividade jurisdicional como um complexo reduto da luta política da sociedade, nos temas em que se suscita o que se convencionou chamar de *reasonable disagreements*, ou seja, situações argumentativas desconcertantes, em que a mediação política não é capaz de perceber a porosidade das posições antagônicas estabelecidas a partir do dissenso próprio da complexidade social.

O criticismo exacerbado a esse fenômeno pode ser visto como uma nova expressão do medo de um “governo de juízes”, em que os países desfavorecidos em tais relações de poder teriam de se defender do “imperialismo norte-americano” ou do “eurocentrismo” então vigente. Para além de questões como desenvolvimento econômico, padrões democráticos e regras constitucionais, restaria o cuidado com a importação indiscriminada de regras e técnicas de interpretação e aplicação do direito transnacional, uma vez que estas poderiam esconder políticas de dominação sob o manto da retórica dos direitos humanos.

Por conseguinte, subsiste a resistência daqueles que sustentam a existência de uma disparidade entre a influência exercida por diferentes países no contexto do diálogo judicial transnacional. A dualidade entre países ricos e pobres, desenvolvidos e subdesenvolvidos, além da alegada existência de um déficit democrático, levantaria dúvidas acerca da viabilidade do diálogo horizontal entre juízes e Cortes de diferentes regiões do globo, implicando em perda de legitimidade desse modelo de governança.

No *Case Roper vs. Simmons*, relacionado à pena de morte e julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, a instrumentalização argumentativa entre diferentes sistemas jurídicos foi evidenciada pelo juiz Antonin Scalia, como lembra Delmas-Marty (2006). Todavia, sob o argumento de que técnicas como o *judicial borrowing* e o diálogo interjurisdicional corresponderiam a espécies de "infiltrações" de leis estrangeiras e doutrinas

jurídicas no ordenamento jurídico nacional, estados norte-americanos têm sancionado leis que proíbem seus tribunais de fundamentar decisões pautadas em legislação estrangeira.

É o caso do Kansas, em que tribunais, órgãos administrativos e jurisdicionais não podem referenciar qualquer lei ou sistema legal alienígena que não conceda os mesmos direitos garantidos pelas constituições estadual e federal. Nesse caso, predominam argumentos contrários ao diálogo judicial transnacional, cabendo rediscutir tais preceitos sob a égide de um "pluralismo ordenado", capaz de evitar a sobreposição de uma ordem hegemônica ou a formação de uma "desordem impotente".

Percebe-se que a preocupação com a "ditadura dos juízes" ou com a "onipotência do Judiciário" deriva da interpretação errônea atribuída a fenômenos como influência e interpretação no campo do paradigma dialógico, em que o primeiro passa a gozar de primazia frente ao segundo por força dos diversos fatores econômicos, culturais e sociais que alteram o equilíbrio das relações entre os Estados e seus poderes instituídos.

Nesse particular, De Vergottini (2010, p. 18) explica que:

> Il punto de partenza dell'analise consiste nella significativa distinzione tra concetto di influenza e concetto de interazione. Il primo apparirebbe unicamente unidirezionale, il secundo sarebbe invece caratterizatto da un ambito di reciprocità. Proprio sulla carenza di tale âmbito di reciprocità di basano le tesi dei critici del paradigma dialógico (...). In questo contesto, carente di riferimenti gerarchici e normativi, il suposto dialogo appare piuttosto come um monologo di alcune corti di stati constituzionali meno affermati e stabili che, per ragione varie, cercando di colmar ela lacune di esperienza in tema di garanzie dei diritti in alcune campi.

Como consequência, a negociação judicial manifestada por meio da interação argumentativa entre juízes e Cortes dos mais diversos tipos se manifestaria na forma de abertura discursiva e acolhimento da *ratio decidendi* estrangeira, suplantando o isolacionismo e a arbitrariedade peculiar à supremacia espelhada por alguns sistemas jurídicos. Com a incorporação de um significado metodológico ao processo, espera-se alcançar uma espécie de convergência semântica na procura por soluções incrementais para um dado problema.

Como membros de uma comunidade jurídica que transcende as fronteiras nacionais, os operadores jurisdicionais atuam por meio de um diálogo transversal que permite problematizar soluções distintas com fulcro na argumentação jurídica transnacional. Nesse campo, não há que se esperar uma relação de reciprocidade absoluta para que as relações sejam firmadas, tampouco é possível sistematizá-las a contento. Reconhece-se que o cenário global se encontra em contínuo processo de construção e reconstrução, sendo o diálogo transnacional pautado pela liberdade de acesso, pluralismo, vantagens e riscos que lhe são peculiares.

O trabalho de construção de uma epistemologia jurídica autônoma exige a propensão do *corpus juris* nacional em firmar um diálogo producente com homólogos estrangeiros, no sentido de empreender empréstimos retóricos que superem o isolacionismo de cada sistema de direito interno e construam uma jurisprudência evolutiva, pragmática e persuasiva. Seu valor simbólico deve ultrapassar o utilitarismo jurídico e político contrário ao pluralismo de ideias, à consciência deliberativa e ao compartilhamento de experiências na administração de justiça.

Sob a ótica de uma comunidade global de intérpretes, a discussão evolui dos monólogos ao diálogo interjurisdicional, explorando valores e dilemas capazes de fornecer novos horizontes interpretativos. Essa propensão serve como ferramenta de otimização recíproca dos sistemas de direito interno e internacional na medida em que a ponderação é exercida em largo espectro, considerando a diversidade cultural que os cerca. Logo, o *obiter dictum* resultante pode vir a confirmar ou a confrontar entendimentos anteriores, legitimando a experiência judicial transnacional por meio do *consensus* ou da *dissidente opinion* enquanto fundamento.

Suplantando a recepção de princípios e o compartilhamento de técnicas de interpretação, assim como a construção de uma solução comum ou a força resultante de um consenso internacional relativo à tutela de direitos e liberdades fundamentais, o valor intrínseco do diálogo interjurisdicional reside em seu método. O caminho percorrido com o uso de uma linguagem comum de precedentes e opiniões judiciais convergentes ou contrastantes poderá se converter em instrumento de maior autoridade persuasiva que decisões tomadas isoladamente.

Novamente com Ciuffoletti (2011, p. 209), entende-se que:

> L'analisi dei differenti sistemi e dei luoghi giurisprudenziali di interazione mostra come ogni risposta si caratterizzi per un'elevato grado di originalità che deriva dalla necessaria opera de contestualizzazione del caso singolo; ciò che la comunità fornice non sono soluzioni preconfezionate e universali a problemi comuni, ma strategie interpretative capaci di procurare il materiale di base per la decisione. La precipua forza persuasiva di un'argomentazione deve, infatti, convincere la comunità, a partire dalla singola comunità interpretativa nazionale per arrivare, in ultima analisi alla comunità interpretativa transnazionale. Il "dialogo" consiste esattamente in questo: nella volontaria e consapevole partecipazione a una grammatica di base per la protezione dei diritti che trascende il dato interno e nazionale, secundo un'interazione procedurale e metodologica, invece che finalistica.

Assumindo uma postura isolacionista, contrária ao método dialógico, os juízes e Cortes que decidem não se empenhar na atividade dialógica transnacional acabam enclausurando os sistemas de direito interno em torno de si mesmos. Sua influência diminuirá sensivelmente na esfera global também como emissora da *opinio juris* a respeito de temas capitais, com a prevalência do fenômeno de autorreferenciamento em detrimento de sua participação em uma comunidade interpretativa de caráter evolutivo e intercambiável.

Dessa forma, o diálogo judicial transnacional poderia mover as tradicionais fronteiras entre democracia e constitucionalismo, alterando relações hegemônicas de importação e exportação de precedentes judiciais por meio de novas formas de comunicação e intercâmbio normativo de caráter descentralizado e incremental, que vão além dos *legal transplants* ou *legal grafts.* Por meio dessa dialética inclusiva e interativa, forma-se uma espécie de consenso informado em torno do núcleo de direitos e liberdades fundamentais, com a emergência de variados princípios e técnicas capazes de lhes outorgar maior efetividade.

2.2 Direito convencional e interpretação transnacional do *corpus juris* interamericano

É sabido que a participação dos Estados em ordenamentos jurídicos convencionais visa a assegurar o livre gozo e exercício de direitos e liberdades fundamentais, estabelecendo restrições processuais específicas em relação à ordem interna. Entretanto, tais restrições dizem respeito à necessidade de os juízes assegurarem um "padrão mínimo comum" ou "proteção equivalente" em matéria de direitos humanos, dialogando a fim de coordenar e harmonizar a jurisprudência nacional com a que emana das Cortes internacionais, notadamente da Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH.

A relevância e complexidade dessa temática contribui para a emergência de um novo paradigma no campo da cultura jurídica contemporânea, o *human rights approach*, vez que aos parâmetros constitucionais somam-se novos parâmetros convencionais na forma de diálogos francos e abertos, empréstimos judiciais e técnicas interdisciplinares de aplicação do direito. Nessa linha, verifica-se o repúdio a um sistema endógeno e autorreferencial e a consequente permeabilidade do Direito e ressignificância da experiência jurídica, pautada na dignidade da pessoa humana.

Para Carnota (2014, p. 2), *"decentralized 'conventionality control' invites all judges to engage in trasnational judicial discourse and action. There is an expanding research agenda in judicial politics that explores interaction between judges (...) and an increasingly complex political and legal environment"*. Considerando os procedimentos de internalização da normativa internacional, os agentes estatais que exercem funções jurisdicionais devem respeitar e zelar pela conservação dos atributos e garantias inerentes a dita normativa segundo patamares razoáveis e em consonância com os princípios *pro homine* ou *favor persona*.

Enquanto "juízes naturais" do *corpus juris* interamericano, estes serão responsáveis pela aplicação preliminar do controle de convencionalidade e pela formação da base argumentativa que fundamentará a atuação subsidiária e complementar da Corte IDH quanto à

aplicação do direito convencional, devendo, portanto, fazer uso de sua interpretação evolutiva, dinâmica e finalista.

Sob a dupla dimensão que as compreende, interna e internacional, as normas convencionais vinculam os juízes ordinários, constitucionais e qualquer ator estatal que desempenhe funções jurisdicionais. No exercício desse mister, estes devem reconhecer não apenas as normas nacionais, mas também as internacionais ou supranacionais como direito vigente, a ser garantido por meio de sua atuação. Desse modo, a inobservância das normas convencionais e da jurisprudência do órgão jurisdicional regional implicará em descumprimento das obrigações assumidas, acarretando a responsabilização do Estado perante a comunidade internacional.

Dessa forma, a internacionalização do diálogo entre juízes pode ser entendida como uma manifestação legítima da desnacionalização do diálogo tradicionalmente vinculado a um território e a procedimentos de direito interno e normas específicas. Superadas as barreiras geográficas, culturais e linguísticas, o diálogo interjurisdicional se converte em um debate, conversa ou intercâmbio de pontos de vista entre dois ou mais juízes ou tribunais, sejam esses nacionais ou produto da vinculação a ordenamentos jurídicos internacionais ou supranacionais.

No âmbito do diálogo horizontal, mais aberto e livre de vínculos jurisdicionais, os juízes interagem independentemente de sua competência ou de um sistema de conexão internacional que os vincule. Quanto ao diálogo vertical, mantido, por exemplo, entre a Corte IDH e os tribunais nacionais que participam do SIPDH e reconhecem sua jurisdição contenciosa, devem ser considerados os preconceitos, prejuízos e paradigmas mentais resultantes de uma formação jurídica que desconsiderou a abertura dos sistemas jurídicos ao direito e às judicaturas internacionais ou supranacionais.

Com uma maior permeabilidade das normas e decisões judiciais internacionais que vinculam os Estados especialmente em matéria de direitos humanos, o controle de convencionalidade se converte em uma espécie de comunicação interjurisdicional de caráter predominantemente vertical, já que firmada entre a Corte IDH e os órgãos jurisdicionais dos Estados que participam do SIPDH e reconhecem sua condição de intérprete final e autêntica da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – CADH e de seus protocolos facultativos.

Por conseguinte, o controle de convencionalidade que deve ser desenvolvido pelos juízes nacionais implica reconhecer seu papel de juízes interamericanos no plano nacional e empreender uma “interpretação conforme” dos atributos contidos na CADH e demais diplomas que compõem o *corpus juris* interamericano, compreendidas as sentenças emanadas da Corte IDH. Trata-se de garantir o padrão mínimo de proteção determinado convencionalmente,

impedindo que normas definidoras de direitos e liberdades fundamentais sejam afetadas por normas de direito interno ou condutas de agentes estatais contrárias aos seus propósitos.

Por meio do diálogo cooperativo entre as jurisdições doméstica e internacional, os órgãos judiciais estatais devem abster-se de emitir decisões contrárias às normas e à jurisprudência vigente em matéria de direitos humanos na região, sob pena de elas carecerem desde o princípio de qualquer valor ou eficácia jurídica. Para além da CADH, os Estados devem assumir a *ratio decidendi* ou *holding* das sentenças da Corte IDH, interpretação fidedigna da CADH. Isso lhes confere caráter definitivo e autoridade de "coisa interpretada", além de acarretar a preclusão de um juízo posterior mediante a aplicação do princípio *non bis in idem*.

Supera-se, assim, a incidência da "coisa julgada" perante as partes de um litígio e criam-se precedentes normativos que estabelecem uma espécie de "prejudicialidade" quanto a casos futuros idênticos, vinculando formal e materialmente os Estados-Parte do SIPDH. Respeitado o prévio esgotamento das instâncias judiciais domésticas e sobrevindo condenação após o trâmite de um caso perante sua Comissão e sua Corte, supõe-se que o sistema jurídico nacional tenha falhado quanto à interpretação e aplicação do direito convencional.

Conforme Sagües (2010, p. 125):

> El Estado que no esté dispuesto a pagar ese precio para sumarse al processo integrativo en el ámbito de los derechos humanos, le quedará la salida honrosa (si decide afrontar el costo jurídico y político que ella también tiene) de denunciar al Pacto de San José de Costa Rica, e irse de él según el trámite de retiro. Lo que no parece honroso es ratificar el Pacto y después argumentar que no cumple alguna de sus cláusulas porque ella no coincide con su Constitución.

Nesse diapasão, os órgãos jurisdicionais estatais poderiam contribuir positivamente para o desenvolvimento da jurisprudência convencional ao ampliar a esfera de proteção conferida pelo regime instituído pela CADH, fomentando, de forma dinâmica, o diálogo e a interação interjurisdicional ao irem além das soluções propostas pela Corte IDH.

Em se tratando de um ordenamento jurídico regional como o SIPDH, há que se buscar um equilíbrio entre a competência de intervenção confiada aos órgãos internacionais ou supranacionais por um tratado e as prerrogativas soberanas dos Estados-Parte, assentadas em preceitos constitucionais. No campo da interação judicial, essa relação exige da Comissão e da Corte IDH o conhecimento das atribuições residuais dos órgãos estatais dotados de competência jurisdicional, assim como estes devem ter em conta a autoridade e o poder transferidos voluntariamente àqueles órgãos do sistema regional.

A finalidade desse diálogo passa a ser o intercâmbio de perspectivas entre diferentes emissores e receptores quanto ao sentido e alcance das disposições convencionais, sejam juízes e tribunais nacionais, inclusive de hierarquia constitucional, seja a própria Corte IDH. Assim, cada um dos atores envolvidos é corresponsável pela troca de posições e estabelecimento de objetivos comuns, devendo precisar os termos de suas próprias contribuições segundo a forma de diálogo estabelecida entre os sistemas de direito interno e internacional.

Sob a ótica dos direitos humanos e do diálogo entre jurisdições, a interação entre a Corte IDH e as Cortes dos países integrantes do SIPDH oferece oportunidades de intercâmbio normativo capazes de viabilizar o exercício do controle de convencionalidade em uma perspectiva transjudicial. Essa realidade se perfaz por meio da incorporação da normatividade, principiologia e jurisprudência convencional em sede de proteção de direitos e liberdades fundamentais na região.

Quanto a esse aspecto, Alcalá (2012, p. 85) explica que:

> La protección de los derechos fundamentales por los ordenamentos nacionales e internacional y por la Corte Interamericana potencia tales decrechos en esta tutela de carácter multinivel, jurisdicción ordinaria o especial, Tribunal Constitucional y Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que establece una combinación de carácter virtuoso, generando la obligación del legislador nacional de adecuarse a los princípios mínimos que exige el derecho convencional de derechos humanos determinado por el corpus juris interamericano (...). Ello, a su vez, implica la inauguración de un diálogo entre los jueces ordinarios y el Tribunal Constitucional, el que se desarrolla fuera del control de constitucionalidad que determina la Constitución, donde tribunales ordinarios y Tribunal Constitucional tiene la función concurrente de aplicar el control de convencionalidade, cada uno dentro de sus competencias y procedimientos determinados por el ordenamiento jurídico interno, debiendo harmonizar y coordenar su jurisprudencia de estándares mínimos.

Para além da possibilidade de diálogo horizontal entre jurisdições regionais e constitucionais, o que caracteriza o *cross cultural dialogue* em matéria de direitos humanos, subsiste o imperativo de abordar o diálogo vertical firmado entre juízes e tribunais nacionais e a respectiva Corte regional, como ocorre no SIPDH.

Para Sudre (2004), é possível estabelecer diálogos horizontais entre os órgãos jurisdicionais dos Estados-Parte do SIPDH, diálogos verticais descendentes entre a Corte IDH e juízes e tribunais nacionais, sem esquecer do diálogo vertical ascendente em que jurisdições nacionais emitem pronunciamentos enriquecedores e inovadores da CADH e de seus diplomas correlatos, permitindo que a Corte IDH forneça um *feedback* positivo ou negativo quanto à aplicação do direito convencional.

Assim, apesar da prevalência de seu caráter vertical descendente, proveniente do reconhecimento da jurisdição contenciosa da Corte IDH e de sua condição de intérprete última da CADH, o diálogo interjurisdicional entre juízes e tribunais nacionais e a Corte IDH também pode ser levado a cabo de forma vertical ascendente. O empoderamento dos agentes estatais dotados de competência jurisdicional passa a ser imprescindível ao reconhecimento e aplicação *ex officio* do direito convencional *iura novit curia*, presumido conhecido, vigente e vinculante em qualquer jurisdição.

Estabelecidas as bases do diálogo interjurisdicional por meio da incorporação do *corpus juris* interamericano, caberia adotar a nível interno um dos métodos de interpretação a ele inerentes: interpretação extensiva; interpretação inovadora; interpretação corretiva; interpretação receptiva; interpretação neutralizadora; e interpretação discordante.

A interpretação extensiva se reflete na conduta do juiz ou tribunal nacional que assume uma perspectiva de ampliação do campo de incidência ou de proteção da normativa internacional de proteção dos direitos humanos. Refere-se ao intercâmbio bilateral ou multilateral mediante o qual um ou mais órgãos jurisdicionais estatais perpassam a proteção conferida pela CADH e pela interpretação que dela faz a Corte IDH na tentativa de construção de um esforço comum dialogado, mais fiel aos princípios *pro homine* ou *favor persona*.

No campo da interpretação inovadora, forma-se um diálogo ascendente em que o juiz ou tribunal nacional interpreta a normativa internacional sem que a Corte IDH tenha emitido qualquer pronunciamento a respeito dos direitos e liberdades contidos na CADH. O enfrentamento dessas questões resultará na criação de uma solução jurisprudencial inédita, uma via de diálogo que deverá obedecer aos preceitos de progressividade e máxima proteção dos direitos humanos até que a matéria seja analisada por aquele órgão do SIPDH.

A emancipação interpretativa dos órgãos jurisdicionais nacionais chegaria à sua máxima expressão com a superação de eventual silêncio da Corte IDH e a realização de uma interpretação convencional pautada no DIDH. Dessa forma, tais órgãos seriam capazes de outorgar um alcance mais amplo aos atributos de um direito ou liberdade fundamental ou determinar com maior precisão os limites de eventuais restrições. Esse diálogo potencial se tornará efetivo na medida em que a Corte IDH conhecer da *ratio decidendi* dos juízes e tribunais nacionais, aprovando ou não a interpretação por eles realizada.

No campo da interpretação corretiva, os órgãos jurisdicionais estatais arcam com as consequências de uma eventual condenação do Estado-Parte junto à Corte IDH, assumindo uma interpretação conforme quanto ao direito convencional vigente na região, o que acarretará severa mudança em sua jurisprudência. Nos casos em que a Corte IDH tenha elaborado uma

linha interpretativa clara da CADH em matérias objeto de litígio, juízes e tribunais nacionais devem se conformar aos seus termos quando do estudo do direito aplicável em um caso concreto que verse sobre a mesma temática, adequando-se à jurisprudência convencional.

A interpretação receptiva corresponde à conformação da normativa nacional ao teor das decisões prolatadas pela Corte IDH e demais expedientes que servem de orientação para a determinação do direito aplicável em matéria de direitos humanos. Cientes de que não devem esperar eventual condenação perante a Corte IDH, juízes e tribunais nacionais devem atuar de modo proativo, complementando ou aplicando preferencialmente o direito convencional vigente, apontando as situações de inconvencionalidade e estabelecendo padrões interpretativos compatíveis com os princípios de progressividade, proporcionalidade e razoabilidade.

Já a interpretação neutralizadora corresponde à estratégia estatal de se evadir ou evitar a produção de efeitos das normas comuns ao *corpus juris* interamericano em sede de direito interno, incluídas as decisões emanadas da Corte IDH e demais recomendações atinentes ao regime instituído pela CADH. Dessa forma, cria-se uma interpretação prevalente do direito nacional, comumente sob os auspícios do dogma da soberania estatal ou da não intervenção, como se a assunção voluntária de direitos e deveres no plano regional pudesse ser readequada ao bel prazer dos interesses nacionais, em uma espécie de mutação da incidência normativa.

Por fim, a interpretação francamente discordante se concretiza na medida em que o Estado não lança mão dos expedientes descritos na interpretação neutralizadora, limitando-se a manifestar sua discordância quanto ao alcance da interpretação dada pela Corte IDH em determinado caso submetido à sua jurisdição. Em uma forma de diálogo ascendente, o juiz ou tribunal ordinário ou constitucional manifesta, em sentença prolatada em caso semelhante, as razões por que discorda do posicionamento firmado anteriormente pela Corte IDH.

A discussão pode gravitar em torno da interpretação supostamente incorreta dada pela Corte IDH às normas de direito interno relacionadas com as normas convencionais, além da desconsideração de ponderações pertinentes a outros direitos ou garantias aplicáveis. A Corte regional poderá reexaminar a questão em decisões futuras sobre a matéria, concretizando um diálogo franco e leal entre as partes, cientes os Estados-Parte do SIPDH de que as decisões proferidas pela Corte IDH produzem efeitos plenos enquanto a jurisprudência convencional não for alterada, vinculando-os formal e materialmente desde sua prolação.

Mais plausível parece ser a forma de resolução do diálogo interjurisdicional em que esses mesmos órgãos nacionais decidem modificar a norma jurídica interna no sentido de adequá-la ao padrão mínimo de proteção exigido pelo direito convencional. Assim, o Estado-Parte atua por meio de seus poderes instituídos para derrogar ou anular uma disposição

considerada inconvencional pela Corte IDH, vez que a aplicação preferente da norma convencional deve respeitar os princípios *pro homine* ou *favor persona* para se adequar ao *corpus juris* interamericano.

Para Piovesan (2013), como desafio à consolidação de um *jus commune* interamericano, cabe: promover a ampla ratificação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos da Organização das Nações Unidas e da Organização dos Estados Americanos; fortalecer a incorporação dos tratados de direitos humanos em um *status* privilegiado na ordem jurídica brasileira; fomentar uma cultura jurídica orientada pelo controle de convencionalidade; incentivar programas de capacitação para que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário apliquem os parâmetros protetivos internacionais em matéria de direitos humanos; dinamizar o diálogo entre os sistemas regionais objetivando seu fortalecimento; aprimorar os mecanismos de implementação das decisões internacionais no âmbito interno; e dinamizar o diálogo horizontal entre as jurisdições constitucionais.

Portanto, é a partir do diálogo e do exame da evolução jurisprudencial dos órgãos jurisdicionais estatais que a Corte IDH tem a oportunidade de desenvolver a interpretação evolutiva dos direitos e garantias comuns ao regime instituído pela CADH. Logo, a efetividade das decisões concernentes a esse regime repousa na vontade cooperadora dos juízes nacionais e no combate ao silêncio e à lentidão, cabendo reconhecer e aplicar os argumentos emanados da Corte IDH necessários à plena efetivação de direitos e liberdades fundamentais em sede de direito interno.

Os órgãos jurisdicionais nacionais devem entender e aplicar as normas convencionais da forma mais idônea para facilitar a solução de conflitos e outorgar proteção judicial efetiva e garantias ao direito de jurisdição, o que inclui as abordagens comuns ao fenômeno da transjuridicidade. Isso se coaduna aos princípios *pro actione*, *effet utile* e *iuri novit curia*, devendo-se conhecer os fatos básicos para determinar o direito aplicável a cada caso concreto e excluir qualquer interpretação ou técnica de aplicação do direito contrária à prevalência dos direitos humanos.

3 Conclusão

Os fenômenos que se convencionou sintetizar na expressão “transjuridicidade” abrigam múltiplas possibilidades de análise e operacionalidade. Se, por um lado, a importação acrítica de institutos jurídicos é indesejável e, no entanto, corriqueira em tempos de falsa percepção da representação política, subsiste a possibilidade de cotejar tendências decisionais

das mais diversas tradições jurídicas e possibilitar maior entendimento das controvérsias que se põem. Como alternativa, as diversas formas de inter-relação seriam hábeis a gerar confiança e aprendizado mútuo, ainda que nos casos de dissenso, com a construção de pontes de transição e um aporte metodológico próprio na forma de princípios e regras de organização.

Nesse sentido, o direito transnacional deve ser concebido segundo uma noção de justiciabilidade global baseada no pluralismo de ideias, na consciência deliberativa e no compartilhamento de experiências comuns na administração de justiça. Dependendo de circunstâncias processuais peculiares a cada sistema de direito interno para que se torne efetivo, o diálogo interjurisdicional exige uma metodologia que transcenda o utilitarismo por meio de maior legitimidade e autoridade persuasiva.

Sobretudo em casos que conduzem à interpretação constitucional e ao entrelaçamento de normas internas (constitucionais, supralegais e infraconstitucionais) e de potencial repercussão internacional (institucional ou teoricamente), parece razoável a possibilidade de estabelecer o diálogo transnacional, ainda que se passe a impressão de empunhadura de ativismo judicial em favor de uma ou outra posição interpretativa, eventualmente desprovida de fundamentos normativos ou de consolidada base jurisprudencial.

No caso da *human rights-based approach*, as discussões propostas em torno da ideia de direitos humanos comumente se centram em conceitos ou fórmulas de justiça de cunho universalista ou relativista que, isoladamente, carecem de sentido. Igualmente, tratar meramente do caráter religioso ou não religioso dos direitos humanos e de sua compreensão na categoria de direitos absolutos e incomensuráveis pouco agrega à funcionalidade dos sistemas de direito interno e internacional que se dedicam à proteção e à promoção de direitos e liberdades fundamentais.

Quer-se dizer que, para além das discussões linguísticas ou semânticas relativas ao sentido da função comunicativa e retórica dos direitos humanos e à eludidação de conceitos e paradigmas teórico-interpretativos correlatos, se mostra mais apropriado adotar os mecanismos de efetivação disponibilizados pelo fenômeno da transjuridicidade enquanto manifestação da interculturalidade jurídica. Isso implica em concretizar os princípios *pro homine* e *favor libertatis* e os postulados comuns ao direito convencional que emanam dos órgãos de proteção dos direitos humanos.

Por conseguinte, os órgãos do SIPDH devem dar ênfase às tentativas de conversação perante os órgãos instituídos dos Estados-Parte e incentivar a conversação direta ou multilateral entre estes na forma de argumentação comparada, não se restringindo àqueles que exercem atividade jurisdicional. Em atenção à interpretação evolutiva das normas definidoras de direitos

e liberdades fundamentais, a fluidez e multidirecionalidade desses diálogos também deve viabilizar a interação junto a diferentes organismos internacionais de proteção dos direitos humanos.

Sob o aspecto da transjuridicidade, o direito convencional pode conduzir à ampliação do diálogo e da interação transnacional. Faz-se necessário enfrentar essas e outras questões em respeito aos preceitos da dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos, buscando-se a plena realização de suas normas definidoras e garantidoras no âmbito das jurisdições de direito interno e internacional, em respeito ao comando constitucional que lhes confere aplicabilidade imediata e ao preceito cosmopolita de que nenhum Estado pode invocar disposições de direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.

Referências

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidade y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011. *Revista Estudios Constitucionales*, ano 10, nº 2, 2012, pp. 57-140.

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização*: a nova revolução do Direito. (Trad. Rogério Alves). Lisboa: Instituto Piaget, 2006, p. 7.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no brasil contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, v. 12, n. 96, fev.-mai. 2010, pp. 5-43. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/ojs_saj/index.php/saj/article/view/230/219>. Acesso em: 19 jan. 2016.

CARNOTA, Walter. *The Inter-American Court of Human Rights and Conventionality Control*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2116599>. Acesso em: 01 jun. 2014.

CIUFFOLETTI, Sofia. *Dal Fenomeno del Judicial Borrowing al Dialogo Transnazionale fra Corti. I Nuovi Orizzonti del Dibattito Dottrinale*. Pisa: Universitá degli Studi di Pisa, 2011. 245 f. Tese (Doutorado em Direito) – Dipartimento de Diritto Pubblico, Scuola di Dottorato Giustizia Costituzionale e Diritti Fondamentale, Universitá degli Studi di Pisa, Pisa, 2011.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit*: Le pluralisme ordonné. Paris: Seuil, 2006.

DE VERGOTTINI, G. *Oltre il dialogo fra le corti*: giudici, diritto straniero, comparazione. Il Mulino: Bologna, 2010.

FERRARESE, Maria Rosaria. When national actors become transnational: transjudicial dialogue between democracy and constitutionalism. *Global Jurist Frontiers*, vol. 9, nº 1, 2009, pp. 1-31.

GUERRA, Gustavo Rabay; LIMA SOBRINHO, Luis Carlos dos Santos. Expandir os Horizontes das Cortes é Possível? Ativismo Judicial Transnacional, “Judicial Borrowing” e Controle de Convencionalidade. MEZZAROBA, Orides; ROVIRA, Enoch Alberti (orgs.). *I*

Encontro de Internacionalização do CONPEDI: atores do desenvolvimento econômico, político e social diante do Direito do Século XXI. Barcelona: Ediciones Laborum, 2015.

KOH, Harold Hongju. Transnational legal process. *Nebraska Law Review*, v. 75, 1996, pp. 181-207.

_____ Transnational public law litigation. *Yale Law Journal*, v. 100, 1991, pp. 2347-2402.

PIOVESAN, Flávia. Controle de convencionalidade, direitos humanos e diálogo entre jurisdições. *In:* MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coords.). *Controle de convencionalidade*: um panorama latino-americano. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, pp. 115-145.

SAGÜES, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Revista Estudios Constitucionales*, ano 8, nº 1, 2010, pp. 117-136.

SANTORO, Emilio. Stato di diritto e interpretazione. Per una concezione giusrealista e antiformalista dello Stato di diritto. *Diritto Privato*, vol. VII, n º 1, 2003, pp. 97-210.