

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

TEORIA CONSTITUCIONAL

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA

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 – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

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

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-068-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria constitucional.
I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

O livro Teoria Constitucional, resultado do esforço de jovens e veteranos constitucionalistas brasileiros, reúne pesquisas relevantes sobre as novas perspectivas da teoria constitucional. Muito embora o constitucionalismo encontre os seus fundamentos nos séculos XVIII, XIX e nas primeiras décadas do século XX, tem passado por inúmeras e consideráveis transformações no século XXI por conta do novo lugar que tem sido reservado à constituição em um mundo globalizado.

Se nos séculos anteriores os elementos que deram vazão à ideia de constituição estavam assentados na necessidade de criar instrumentos para limitar o exercício do poder no âmbito dos estados nacionais, como forma de garantir as condições para que os cidadãos pudessem usufruir dos direitos fundamentais, os quais passaram a se constituir em anteparo diante dos abusos do poder estatal, no século XXI a questão que se coloca é como estender essas conquistas para espaços que ultrapassem as fronteiras dos estados nacionais, como mecanismo adequado para evitar que as forças sem controle de âmbito transnacional ou multinacional oprimam os indivíduos, por meio da inviabilização dos seus direitos fundamentais, porquanto operando em um universo não sujeito a regras ou a regras pouco efetivas.

A superação desse quadro exige uma reflexão profunda das ideias matriciais da teoria constitucional como fundamento para análise e reanálise de categorias as quais devem ser moldadas para oferecer condições de reflexão para busca de alternativas e estratégias para manter o poder ainda sem controle do mundo globalizado dentro de certos limites, os quais devem se relevar como fronteiras para a garantia dos direitos elementares da pessoa humana.

Os trabalhos intitulados A(sobre)posição dos influxos da política sobre o direito e a (simbólica) concretização constitucional: o rompimento do acoplamento estrutural e o surgimento de um acoplamento artificial; A busca pela efetivação da justiça: breve análise metodológica da intervenção em situações de conflitos entre princípios constitucionais; A constituição de 1988 e sua fórmula política: notas sobre a legitimidade do poder estatal a partir da realização da fórmula política; A nova ordem constitucional e a situação jurídica dos empregados públicos não efetivos: análise jurídica da regularidade dos contratos de trabalho celebrados e seus reflexos jurídicos; A possibilidade de incidência do controle de constitucionalidade sobre súmulas (não vinculantes) editadas pelos Tribunais Superiores; A

reclamação 4335/AC e seus reflexos para o direito brasileiro: novas perspectivas para a jurisdição e hermenêutica constitucional no Brasil; A redemocratização brasileira por meio da constituição brasileira de 1988: um paradoxo?; A interpretação das normas constitucionais de Häberle como alternativa ao positivismo jurisprudencial: análise do caso brasileiro; Acerca do poder constituinte decorrente: aplicação do princípio da simetria no processo legislativo; As questões institucionais e a estabilidade institucional; Constituição e racionalidade jurídica no contexto do neoconstitucionalismo; Matizes construtivas da supranacionalidade frente aos princípios e normas constitucionais; O controle de constitucionalidade das leis entre Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella; O controle de constitucionalidade das leis e a crítica de Jeremy Waldron; O diálogo institucional entre cortes constitucionais: a jurisdição constitucional justificada pelos diálogos transnacionais; O direito fundamental de liberdade no Brasil: limites e possibilidades frente à horizontalidade dos direitos fundamentais; O novo constitucionalismo pluralista latino-americano e o estado plurinacional da Bolívia; O perfil constitucional da saúde: reflexões teóricas se comparada acerca do reconhecimento do direito à saúde nas constituições brasileira e italiana; O poder executivo como intérprete imediato da Constituição: ensaio sobre os diálogos constitucionais travados a partir de políticas públicas; O positivismo jurisprudencial brasileiro: a judicialização da terra indígena Raposa Serra do Sol; O Welfare State na América Latina. A (in)efetividade das promessas da modernidade; O neoconstitucionalismo e o ser da constituição brasileira: entre simbolismo e substância normativa; Precedentes à brasileira: uma adaptação peculiar da Common Law; Reflexões para uma teoria da constituição adequada à proteção das pessoas portadoras de sofrimento mental, Pluralismo jurídico e plurinacionalidade na América Latina: lutas, limites e conquistas; Teoria da inconstitucionalidade por arrastamento na jurisprudência do STF e Uma (des) leitura da PEC 33/11: seria uma resposta (adequada) ao ativismo judicial? contribuem sobremaneira para esse debate, além de lançar luzes sobre peculiaridades do constitucionalismo brasileiro e de novos aspectos do constitucionalismo latino-americano.

**O DIÁLOGO INSTITUCIONAL ENTRE CORTES CONSTITUCIONAIS: A
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL JUSTIFICADA PELOS DIÁLOGOS
TRANSNACIONAIS.**

**THE INSTITUTIONAL DIALOGUE AMONG CONSTITUTIONAL COURTS: THE
JUDICIAL REVIEW JUSTIFIED BY THE TRANSNATIONAL DIALOGUE.**

**Luis Claudio Martins de Araujo
Paulo Emílio Vauthier Borges De Macedo**

Resumo

Na construção de uma decisão judicial no seio da atual sociedade transnacional, mostra-se perceptível que cada vez mais se constrói a racionalidade argumentativa da jurisdição constitucional pelos diálogos institucionais transnacionais entre cortes constitucionais. Desta forma, neste diálogo constante, não há como se negar a influência que tais cortes promovem como referencial teórico fundamental nos diferentes níveis de entendimento judicial local, em uma saudável fertilização cruzada de ideias e abordagens, em uma construção que, ao final, ajuda a Corte Constitucional doméstica a analisar a questão sob uma perspectiva diferente, da mesma maneira que, em contrapartida, aumenta a legitimidade das decisões tomadas pelas cortes dos sistemas jurídicos doméstico e transnacional.

Palavras-chave: Cortes constitucionais. jurisdição constitucional. diálogo institucional.

Abstract/Resumen/Résumé

In building a judicial decision within the current transnational society, it is clear that the argumentative rationality of constitutional jurisdiction is increasingly being framed by the transnational dialogue between constitutional courts. Hence, through this constant dialogue, one cannot deny the influence that those courts exert as a significant theoretical mark in the different levels of local judicial understanding, in a healthy cross-fertilization process of ideas and approaches, that permits domestic Constitutional Courts to examine issues from a different perspective, notwithstanding the fact that it increases the levels of legitimacy of decisions arrived by local and transnational courts.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional courts. constitutional jurisdiction. institutional dialogue.

Introdução

Este artigo tem por objetivo discutir a eficácia das decisões transnacionais nas ordens jurídicas domésticas, a partir da perspectiva dos diálogos institucionais e da justificação da racionalidade argumentativa das cortes constitucionais locais pelo paradigma decisional transnacional. A ideia central é que, com a intensificação do intercâmbio múltiplo entre cortes na jurisdição mundial, cada vez mais as decisões transnacionais são trazidas à tona na tomada de decisões jurisdicionais locais, com a incorporação de

novos e distintos argumentos ao debate judicial em questões convergentes, validada pela previsibilidade e respeito aos precedentes transnacionais¹. Esta mudança conceitual, naturalmente, incorpora o reposicionamento da jurisdição — como manifestação do Princípio da Soberania do Estado e que estende os seus efeitos dentro das fronteiras estatais — a partir da ideia de que a racionalidade argumentativa e a legitimidade decisória das cortes constitucionais estão alicerçadas no diálogo construído com as cortes transnacionais². Do mesmo modo, nesta dinâmica, ancorada no conceito de mundo desterritorializado e globalmente ordenado, a jurisdição doméstica torna-se reconceptualizada e relegitimada, a partir de mudanças no paradigma dos diálogos transnacionais. Outrossim, nesta abertura aos demais sistemas jurídicos, numa verdadeira rede jurisdicional interdependente e interpenetrante, que se desenvolve num espaço não hierárquico e policêntrico, as decisões transnacionais desempenham um seguro ponto de apoio para a racionalidade da decisão jurisdicional local³.

1. A Jurisdição Transnacional.

Dentro das transformações do Estado contemporâneo, com as mudanças na arquitetura global e a intensificação da interação econômica, social e cultural, cada vez mais a jurisdição enfrenta a exigência do diálogo com as demais ordens jurídicas do sistema internacional. Ou seja, desde a ascensão dos Estados soberanos no século XVII, decorrente da Paz de Westphália, a jurisdição tem sido associada aos sistemas jurídicos locais, como um elemento de reconhecimento nacional; contudo, com a globalização e a produção judicial decorrente do paradigma transnacional, a jurisdição vem sendo desnacionalizada, sendo criada e difundida globalmente, em diferentes domínios jurídicos, o que acaba por afetar também o papel dos tribunais no âmbito dos sistemas nacionais.

Neste sentido, não há dúvida de que, na atual sociedade cosmopolita e globalizada, a jurisdição tornou-se um bem intercambiável, transpondo fronteiras como

¹ CARPENTIER, Elise. La utilización de la jurisprudencia constitucional extranjera por el consejo constitucional francés . In: **Memoria del X congreso iberoamericano de Derecho Constitucional**. Lima, 16-19 de Septiembre 2009. p. 623-636. Confirma também SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. **Harvard International Law Journal**, v. 44, p. 191- 219, 2003.

² JACKSON, Vicki C. Constitutional law and transnational comparisons: the Youngstown decision and American exceptionalism. **Harvard Journal of Law and Public Policy**, v. 30, n. 1, September 2006. Vide também WALDRON, Jeremy. Foreign law and the modern ius gentium. **Harvard Law Review**, v. 119, p. 129, 2005.

³ REHNQUIST, William H. Constitutional courts: comparative remarks (1989). Reprinted in: KIRCHHOF, Paul; KOMMERS, Donald P. (Eds.). **Germany and its best law: past, present, and future - A German-American Symposium**. Baden-Baden: Nomos, 1993. p. 411-412.

se fosse um produto de exportação, que passa de uma esfera nacional para outra e recursivamente volta para a esfera internacional, para posteriormente se infiltrar novamente na ordem local, em um fluxo que demonstra, como expuseram Mireille Delmas-Marty⁴ e Anne-Marie Slaughter⁵, a esperança da consolidação das relações sociais diretamente no plano transnacional.

Ademais, essa extensão da jurisdição para além das fronteiras do Estado-Nação tem como efeito a desarticulação do Poder Judiciário como se conhece hoje, para inscrevê-lo em uma nova configuração no plano mundial, dissociado da soberania nacional. O terreno de observação adequado tornou-se a esfera desterritorializada dos intercâmbios que modela as interpretações jurisdicionais cosmopolitas⁶, o que traz a consciência de uma interdependência cada vez maior, quer a decisão se baseie numa outra ordem nacional, quer no ordenamento internacional.

Portanto, o Estado possui a autoridade formal, exerce a jurisdição obrigatória, monopoliza o uso legítimo da força dentro de um determinado território e continua a ser central como unidade política; todavia, os processos transnacionais acabam por afetar, em diferentes dimensões, os contextos institucionais e políticos domésticos. Esta observação é especialmente importante tendo em vista que, no trato das relações entre Estados Soberanos, as práticas internacionais reiteradas ao longo dos séculos criaram a noção hoje amplamente aceita de que o exercício do poder jurisdicional tem a produção dos seus efeitos restritas ao âmbito espacial em que o Estado pode fazer cumprir soberanamente as suas determinações. Trata-se da noção de soberania territorial.

Neste sentido, apesar de cada Estado, no exercício de sua soberania, traçar os limites de seu poder jurisdicional, estipulando a sua competência internacional⁷, exige-se, *a priori*, que algumas medidas de ordem procedimental sejam tomadas no Estado

⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. **Le relatif et universel**. Paris: Seuil, 2004.

⁵ SLAUGHTER, Anne-Marie. **A new world order**. Princeton University Press, 2004.

⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 78, p. 3-46, 2007.

⁷ A competência é o conjunto de atribuições jurisdicionais de cada órgão ou grupo de órgãos, estabelecidas pelas Constituições e pelas leis. Competência também pode ser vista como o conjunto de limites, dentro dos quais, cada órgão do Judiciário pode exercer legitimamente a função jurisdicional. Por sua vez, a competência internacional diz respeito à forma como um Estado coopera com outras ordens jurídicas nacionais. Vide DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. v. II.

estrangeiro, para que uma decisão produzida por uma corte doméstica possa ser reconhecida e gerar efeitos fora de sua jurisdição^{8,9,10}.

⁸ No caso brasileiro, para que as decisões judiciais alienígenas produzam efeitos no solo pátrio, a homologação de sentença estrangeira é exatamente a forma de dar força executiva internamente a uma decisão prolatada por juiz estrangeiro. A homologação de sentença estrangeira é processo de jurisdição contenciosa e ação originária do STJ, em que se busca obter uma sentença constitutiva. Seus requisitos estão, fundamentalmente, nos artigos 15 e 17 LICC; artigo 483 do Código de Processo Civil e Resolução 09/2005 do STJ. A homologação de sentença estrangeira, historicamente, sempre foi competência do STF, contudo, após a EC 45/2004, passou a ser competência do STJ (artigo 105, I, “j” da CF/88), criando um sistema híbrido no Brasil quanto à cooperação jurídica internacional, visto que a homologação de sentença estrangeira e o *exequatur* às cartas rogatórias são de competência do STJ, e a extradição de competência do STF.

⁹ Questão diversa é a internalização das sentenças proferidas pelas cortes internacionais e supranacionais. Neste caso, *a priori*, não seria necessário a homologação de sentença estrangeira, sob pena de igualizar as decisões tomadas pelos tribunais internacionais e supranacionais, com as decisões tomadas pelos tribunais estrangeiros. Todavia, lembra-se que o hoje arquivado Projeto de Lei nº 3.214/2000, exigia a homologação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Supremo Tribunal Federal. Atualmente, tramita o Projeto de Lei nº 4.667/2004, dispondo que as decisões dos Organismos Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos, cuja competência for reconhecida pelo Brasil, produziriam efeitos jurídicos imediatos no âmbito do ordenamento interno brasileiro, e, quando as decisões fossem de caráter indenizatório, constituiriam títulos executivos judiciais e estariam sujeitas à execução direta contra o Estado. Lembra-se ainda que o art. 68, 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos dispõe que a parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado. De toda sorte, no Brasil, hoje, as decisões de cortes internacionais e supranacionais são internalizadas por meio de decreto presidencial, sem qualquer necessidade de homologação. Como exemplo desta decisão de cumprimento, temos o Decreto nº 7.307, de 22 de setembro de 2010, que veio a autorizar a União a promover as gestões necessárias ao cumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos referente ao caso Sétimo Garibaldi. No caso Ximenes Lopes, da mesma forma, a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi internalizada pelo Decreto nº 6.185 de 13 de agosto de 2007, que autorizou a União a promover as gestões necessárias ao cumprimento da sentença da Corte.

Na verdade, esta discussão sobre a necessidade de internalização das sentenças de cortes internacionais e supranacionais nas ordens domésticas, remete ao antigo debate Kelsen/Tripel acerca das relações entre o direito internacional e o direito interno, como mostra Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo e Paulo Edvandro Costa Pinto no artigo Monismo e dualismo além dos tratados: a internalização das resoluções do Conselho de Segurança. In: VII Congresso Brasileiro de Direito Internacional, 2009, São Paulo. **Estudos de Direito Internacional**. Curitiba: Juruá, 2009. v. XVII. p. 400-410. Os autores lembram que o debate Kelsen/Tripel desviou-se dos seus propósitos iniciais, visto que, mais do que a questão da hierarquia, a controvérsia se cinge à incorporação automática (ou não) das normas de direito internacional. Logo, a questão da absorção pelas ordens internas das sentenças internacionais e supranacionais também estaria aqui abarcada: “As conclusões dos dois juristas aplicam-se a todas as fontes formais do direito internacional: tratados, costumes, princípios, etc. Mas o problema da incorporação de outros atos internacionais que não são tratados ainda não foi devidamente posto. (...) A questão que se coloca é a de se sentenças de cortes internacionais, não apenas as da CIDH, devem ou não ser homologadas, a exemplo do que ocorre com as sentenças de cortes estrangeiras. Em verdade, sentenças estrangeiras precisam de homologação porque pertencem a outro ordenamento nacional; consistem em normas produzidas por outro sistema jurídico e, portanto, devem ser recepcionadas por meio de um processo formal. O raciocínio dualista aplica-se no caso das sentenças estrangeiras, sem qualquer sombra de dúvida. Mas a situação das sentenças internacionais apresenta-se um tanto obscura. Valério Mazzuoli dá uma resposta tipicamente monista para o problema: ‘O Supremo Tribunal Federal [agora Superior Tribunal de Justiça] não tem competência constitucional, e tampouco legal, para homologar sentenças proferidas por tribunais internacionais, que decidem acima do pretense poder soberano estatal, e têm jurisdição sobre o próprio Estado.’”

¹⁰ É bem verdade que se mostra muito mais célere e simples, eleger o foro em que se irá litigar, o que afasta a necessidade de aguardar a decisão tomada pelo juízo competente, conforme as regras de determinado Estado, para só então passar pelo procedimento de reconhecimento de decisão estrangeira. A cláusula de eleição do foro foi admitida, por exemplo, pelo STF no Recurso Extraordinário nº 30636 e pelo STJ no Recurso Especial nº 242383. É aceita, da mesma forma, nos Estados Unidos, Inglaterra, França e Itália. O Protocolo de Buenos Aires de 1994 também a admite.

Ademais, da mesma forma, na sociedade internacional, esta relação entre Estados soberanos no que toca ao exercício do poder jurisdicional¹¹, se efetiva por meio do princípio de direito internacional *par in parem non habet iudicium*^{12,13,14}, regra costumeira internacional¹⁵ por força da qual um Estado não tem como julgar outro Estado igualmente soberano sem o consentimento deste.

¹¹ A jurisdição é o poder, função e atividade de aplicar o direito a um fato concreto, pelos órgãos públicos destinados a tal, obtendo-se a justa composição da lide. Por todos GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2011. Ademais, a jurisdição no Estado Constitucional se vincula à ideia dos Direitos Fundamentais e ao Princípio da Justiça. Logo, a jurisdição existe para zelar pelos direitos constitucionalmente previstos. Há também a necessidade de encontrar a técnica processual adequada à proteção do direito material, diante do aparecimento de normas processuais abertas e com conteúdo jurídico indeterminado. Assim, há a construção da norma no caso concreto (sentença), a partir da interpretação da constituição e dos direitos fundamentais, abandonando o caráter meramente subsuntivo de aplicação da lei. Vide MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

¹² Com a evolução das relações internacionais e passando os Estados a ocupar com mais frequência a posição de parte nas atividades comerciais, impôs-se o abrandamento do princípio *par in parem non habet iudicium*. Surgiu assim a teoria da imunidade relativa, distinguindo os atos de gestão (*ius gestionis*), em função da sua natureza ou da sua finalidade, dos atos de império (*ius imperii*). Assim, apenas aos atos de império se garantiria a imunidade de jurisdição, pois praticados pelo Estado enquanto titular do poder soberano. Desta forma, a imunidade de jurisdição poderia ser, em tese, afastada em lides civil, comercial, e trabalhista. Todavia, a imunidade de execução permanece absoluta. Os precedentes históricos desta abordagem restritiva da imunidade estatal são: a Convenção de Bruxelas de 1926; a Convenção da Basileia de 1972; e a *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA) de 1976. No Brasil, o precedente foi a Apelação Cível nº 9696, julgada em 1977 pelo Ministro Rezek do Supremo Tribunal Federal. Hoje, a Convenção sobre Imunidade de Jurisdicional e seus Bens da ONU de 2004, que ainda não está em vigor, afasta a imunidade de jurisdição em hipóteses de atos ilícitos.

¹³ A jurisprudência vem excepcionando o princípio *par in parem non habet iudicium* em algumas situações, com destaque para o caso *Ferrini* de 2004, em que a *Corte di Cassazione* italiana declarou ter jurisdição para julgar o Estado alemão, e o condenou por violações aos Direitos Humanos ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial, aplicando em seguida medidas restritivas à propriedade alemã localizada em território italiano. O Tribunal de Cassação italiano deliberou que, países que são acusados de desrespeitarem os Direitos Humanos, não têm direito à imunidade jurisdicional. Esta interpretação foi reforçada pela jurisprudência grega, no caso *Prefecture of Voiotia and others v. Federal Republic of Germany* de 1995 (caso *Distomo*), em que a Suprema Corte Helênica confirmou o julgamento realizado contra a Alemanha pelo Tribunal de Primeira Instância de Leivadia, condenando o Estado alemão à indenização por massacre ocorrido em território grego durante a Segunda Guerra Mundial. A corte grega, neste caso, entendeu que a violação de direitos relacionados com direitos fundamentais humanos, acarreta a renúncia de todos os benefícios e privilégios estatais, de acordo com o Direito Internacional. Por sua vez, a Alemanha, que já havia reconhecido o seu débito com as vítimas da Segunda Guerra Mundial, e fez com a Itália o Acordo de 1961, comprometendo-se a fazer reparações aos cidadãos que foram prejudicados (consideradas insuficientes pela Itália), resolveu seguir a Convenção Europeia para a Solução Pacífica de Controvérsias de 1957, que dispõe que em tais casos a questão pode ser submetida à Corte Internacional de Justiça. Assim, em 2008, a Alemanha submeteu a questão à CIJ, e, o caso foi aceito para julgamento, com base no artigo 36 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. A maioria da corte entendeu que não haveria fatos que comprovassem que as medidas alemãs de reparação tenham dado lugar às renúncias a sua imunidade, interpretadas pela maioria dos juízes como não podendo ser afastada, mesmo diante de uma violação grave de direitos humanos.

¹⁴ Os casos *Princz v. Federal Republic of Germany* de 1995 julgado pela *United States District Court for the District of Columbia*, e, *Dralle v. Republic of Czechoslovakia* de 1950 julgado pela Suprema Corte da Áustria, também revelam uma abordagem restritiva à imunidade estatal. Lembra-se, ainda, que em decisões recentes, o STJ entendeu que é possível a citação do estado estrangeiro para que este, querendo, oponha resistência à submissão à autoridade judiciária brasileira, classificando os atos em de império ou de gestão, pois tal medida não encontraria óbice no princípio da imunidade de jurisdição (RO 41-RJ; RO 64-SP; RO 57-RJ e RO 70-RS).

¹⁵ O Costume Internacional é considerado Fonte do Direito Internacional pelo artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

Contudo, com a globalização e o crescimento da sociedade internacional interdependente, que interage cada dia de forma mais profunda, esta concepção acaba tomando outros formatos na rede jurisdicional transnacional. Assim, o exercício do poder jurisdicional entre sistemas jurídicos autônomos, se torna cada vez mais interpenetrante, e, assim, as decisões judiciais locais procuram se apoiar nos argumentos de decisões transnacionais, ao discutir as diferentes soluções possíveis para determinado caso concreto.

Da mesma forma, o surgimento de cortes internacionais¹⁶ e supranacionais¹⁷, em conjunto com a preocupação da proteção dos direitos humanos em nível global¹⁸, expande o espaço jurisdicional tradicional e seu âmbito de eficácia¹⁹, e, em um

¹⁶ É o caso do Tribunal Penal Internacional (TPI), criado pelo Estatuto de Roma de 1998, que possui jurisdição adicional e complementar às jurisdições penais nacionais, com competência para julgar indivíduos responsáveis pelos crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão (no que toca ao crime de agressão, por força da exigência do artigo 5º, 2 do Estatuto de Roma, a Conferência de Kampala de 2010, veio a definir o delito e as condições para o exercício da competência do TPI quanto ao crime), ficando, pois, condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. Assim, o Estado tem o dever de exercer sua jurisdição penal contra os responsáveis por crimes internacionais, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. No Brasil, o artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), já dispunha que o Brasil propugnaria pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos. Posteriormente, com a aprovação do Decreto Legislativo nº 112/2002 e do Decreto nº 4.388/2002, e, com a introdução, pela EC nº 45/2004, do § 4º ao artigo 5º da Constituição Federal, o Brasil vem a se submeter à jurisdição de Tribunal Penal Internacional. O mesmo fenômeno se deu na maioria dos países europeus, tais como, Alemanha, Portugal, Luxemburgo, França e Bélgica. Na Alemanha, Portugal e Luxemburgo, se optou pela reforma constitucional para admitir a jurisdição do TPI. Na França o *Conseil Constitutionnel* e na Bélgica o *Conseil d'Etat*, declararam a inconstitucionalidade parcial do Estatuto de Roma, dentre outros motivos, pela violação às normas constitucionais relativas à imunidade do Presidente da República e do Rei. Assim, na França foi acrescentado dispositivo ao texto constitucional, e, na Bélgica houve a ratificação do Estatuto de Roma sem reforma constitucional, o que viabilizou o reconhecimento da jurisdição do TPI.

¹⁷ É o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisdição é reconhecida pelo Brasil por força dos Decreto-Legislativo nº 89/98 e Decreto nº 4.463/2002. A Corte Interamericana de Direitos Humanos possui competências contenciosa e consultiva. A corte tem competência contenciosa, para conhecer de casos relativos à interpretação e aplicação das disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos, e competência consultiva, acerca da interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos ou de outros tratados concernentes à proteção dos Direitos Humanos no âmbito dos Estados americanos.

¹⁸ A expansão global e os fenômenos da proteção e positivação internacional dos direitos humanos se iniciam principalmente no pós-Segunda Guerra, a partir da ideia de que os direitos referentes à pessoa humana possuiriam validade universal, e, de que os conceitos de soberania nacional e não intervenção deveriam ser reinterpretados à luz do princípio da prevalência dos direitos humanos, convertendo-se os direitos humanos em exigência constante e indeclinável da comunidade internacional. A Carta das Nações Unidas de 1945 consolida este movimento, passando a reger a relação entre o Estado e seus nacionais como uma problemática internacional. Em sequência, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, vem a estabelecer a matriz do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, com o abandono da visão dos direitos humanos como preocupação apenas das jurisdições domésticas. Este processo, da mesma forma, desdobrou-se nos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos. O sistema interamericano de proteção de direitos humanos, por exemplo, nasceu com a adoção da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, em Bogotá, Colômbia, em abril de 1948 e foi o primeiro instrumento internacional de direitos humanos de caráter geral. Em 1969, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi adotada, e, em 1978, a Convenção entrou em vigor.

¹⁹ A discussão sobre a expansão do espaço jurisdicional tradicional e seu âmbito de eficácia pelo surgimento de cortes internacionais e supranacionais, é tratada por Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo no texto Observância de Tratados: art. 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados

movimento paradoxalmente oposto, instrumentos jurídicos locais acabam por ampliar o âmbito de atuação jurisdicional doméstica, como se observa, exemplificativamente, na versão original da lei de competência universal belga de 1993²⁰, no antigo artigo 23.4 da *Ley Orgánica del Poder Judicial* espanhola²¹ e no *Alien Tort Statute* nos Estados Unidos²².

Assim, hodiernamente, os sistemas jurídicos entram em uma situação de avaliação recíproca permanente, num espaço não hierárquico e policêntrico. Esse fluxo transnacional, contudo, não é orientado pelo Direito Internacional, pois não exige

(1969) In: SALIBA, Aziz (org.). **Direito dos Tratados**: comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969) ed. Belo Horizonte: Arraes, 2011, p. 181-197. Argui que o “direito internacional nunca possibilitou um Estado de descumprir os seus deveres pactuados. As cortes internacionais sempre fizeram as obrigações internacionais prevalecer em detrimento do direito interno, desde o Caso Alabama de 1876 entre Estados Unidos e Reino Unido. Já no seu primeiro acórdão, em 1923, a Corte Permanente Internacional de Justiça recusou admitir a validade de um ato interno (sobre a neutralidade) da Alemanha para escusar o inadimplemento das obrigações do Tratado de Versalhes. Numa passagem bastante célebre, esta mesma corte reafirma esta regra de modo bastante contundente: ‘do ponto de vista do direito internacional e desta corte, que é o seu órgão, as leis nacionais são simples fatos, que expressam a vontade e constituem o comportamento dos Estados, do mesmo modo que as decisões judiciais e os atos administrativos’. A CPIJ nunca atenuou esse entendimento; ao contrário, ela o ampliou até para disposições constitucionais: ‘um Estado não pode invocar, face a outro Estado, a sua própria constituição para se subtrair às obrigações que lhe são impostas pelo direito internacional ou pelos tratados em vigor’. A Corte Internacional de Justiça perseverou nesta jurisprudência. A CIJ, ainda, qualificou a prevalência do direito internacional sobre o direito interno como um ‘princípio fundamental do direito internacional’”. Segundo ainda Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo no artigo Monismo e dualismo além dos tratados: a internalização das resoluções do Conselho de Segurança. In: VII Congresso Brasileiro de Direito Internacional, 2009, São Paulo. **Estudos de Direito Internacional**. Curitiba: Juruá, 2009. v. XVII. p. 400-410: “O Caso Avena na Corte Internacional de Justiça foi paradigmático para despertar a atenção do mundo sobre o tema da execução de sentenças de cortes internacionais. A CIJ determinou a revisão judicial de quarenta e nove processos, nos quais os EUA haviam desrespeitado a proteção consular do artigo 36.1 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, que ainda não tinham recebido sentença terminativa. O Presidente George W. Bush, em Memorando ao Advogado Geral, determinou que as cortes nacionais, ‘por uma questão de cortesia’, deveriam cumprir com as obrigações internacionais dos Estados Unidos determinadas pela Corte Internacional de Justiça. Entretanto, oito juízes da Corte de Apelação do Texas afirmaram que o memorando não seria obrigatório porque, caso fosse, o presidente estaria excedendo a sua autoridade e se intrometendo no Poder Judiciário, o que fere o princípio basilar da tripartição dos poderes. Ademais, um memorando não possui o mesmo valor de uma lei e, portanto, não obrigaria o Texas.”

²⁰ A lei belga em sua versão inicial previa a possibilidade de a justiça do país, em nome dessa competência universal, instaurar um processo judicial por crimes contra a humanidade, mesmo que nem o autor, nem a vítima, fossem de nacionalidade belga, e, que os fatos em causa tivessem ocorrido fora do território belga. Em 2003 esta lei foi modificada, para que a jurisdição belga fosse exercida apenas quando o assunto em causa tenha alguma ligação com a Bélgica ou que fosse baseada em uma norma internacional.

²¹ A Espanha da mesma forma, com base no artigo 23.4 da *Ley Orgánica del Poder Judicial*, apresentava a Jurisdição Universal, ao permitir aos tribunais abrir processos judiciais por crimes contra a humanidade, sem influência do local onde estes foram cometidos e da nacionalidade dos seus autores ou vítimas. Após protestos, em 2009, a legislação foi alterada para vedar as práticas de jurisdição universal na Espanha.

²² O *Alien Tort Statute*, também chamado de *Alien Tort Claims Act*, permite aos tribunais norte-americanos julgarem casos relacionados aos direitos humanos, apresentados por cidadãos estrangeiros, por condutas praticadas fora dos Estados Unidos, ao dispor: “*The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States.*”

reciprocidade, visto que tribunal nacional define como vai se estabelecer a sua relação com os demais.

A partir desse movimento transfronteiriço, as decisões transnacionais agem de forma persuasiva e como um ponto de apoio para a racionalidade da decisão jurisdicional, atribuindo um fundamento mais geral e de caráter mais universalizável, que permite conferir à decisão doméstica um grau mais elevado de legitimidade, na busca de um novo espaço público judicial. Portanto, atualmente, com a complexa sociedade contemporânea, o entendimento da jurisdição deve ser trabalhado à luz de um diálogo aprofundado e estruturado dessas cortes transnacionais. A compreensão clássica do papel da jurisdição deve ser reconceptualizada, a partir das mudanças introduzidas no *ethos* judicial local. Desse modo, a jurisdição nacional precisa ser legitimada também pelas suas repercussões transnacionais, que se ordenam numa verdadeira cadeia de reconhecimento universal.

2. A eficácia das decisões transnacionais nas ordens jurídicas domésticas.

Com a globalização e o crescimento da sociedade internacional interdependente e interpenetrante, que interage cada dia de forma mais profunda, o exercício do poder jurisdicional entre sistemas jurídicos autônomos, independentes e oriundos de Estados soberanos, desenvolve-se, cada vez mais, com base na interação entre ordens jurisdicionais distintas, sob os parâmetros e diretrizes de uma agenda cooperativa, em que as decisões das cortes locais devam atentar às decisões das cortes transnacionais e os efeitos desta construção judicial, buscando alcançar uma solução que atenda aos interesses e valores da comunidade internacional²³.

Esse intercâmbio é assentado na persuasão, na argumentação e na retórica, não na subsunção a uma norma superior. Há, pois, um espírito cooperativo relativamente aos outros sistemas de justiça, que conduz à multiplicação das fontes de onde se retiram os argumentos da decisão, com o reconhecimento da influência da jurisprudência transnacional. Isso altera a forma da interpretação judicial local, em sua essência, mas também reforça a sua racionalidade e legitimidade. Rosalind Dixon explicita que as dinâmicas transnacionais devem desempenhar um papel importante na atuação judicial interna, em uma postura lógica de não divergência, dispondo que, para as práticas

²³ PEREIRA, João Eduardo Alves. Geopolítica e direito internacional no Século XXI. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (Coord.). **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo**: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

globais, as fontes transnacionais podem ajudar os tribunais a se engajarem em um processo abrangente de deliberação fundamentada e justificada²⁴.

Vicki C. Jackson também expressa essa mesma opinião, ao afirmar que as comparações entre sistemas jurídicos são inevitáveis, e, assim, seria quase impossível ser um “*well-informed judge or lawyer*”, sem ter conhecimento das normas e das políticas de outros países. Ademais, ressalta que “essas impressões, que podem influenciar visões do constitucionalismo norte americano, podem ser incorretas ou sujeitas a desafios interpretativos. Referências abertas ao que juízes de outros países acreditam irão, por vezes, conceder mais transparência”²⁵. Assim, na atual sociedade internacional pluralista, marcada por uma multiplicidade de concepções de vida, as decisões judiciais devem ser desenvolvidas de forma coerente com outras decisões judiciais tomadas no passado, inclusive em precedentes transnacionais. Trata-se de uma exigência de previsibilidade e equidade²⁶, para que não haja inconsistência ou dissonância interpretativa em escala mundial. O valor da segurança jurídica ultrapassou as fronteiras nacionais.

Sob esse prisma, Jeremy Waldron destaca a possibilidade de uma rede de reciprocidade em uma comunidade global²⁷, arquitetada a partir de um consenso internacional por meio de um procedimento democrático de decisão coletiva compatível com as diferentes concepções de justiça de uma sociedade pluralista²⁸. Ou como Sunstein e Posner colocaram: “Se um país deve consultar a lei de outros países é uma questão ampla e interessante, mas muito maior e mais interessante é a questão se a Suprema Corte (...) deve aplicar a constituição referindo-se à jurisprudência constitucional de outras cortes supremas”²⁹.

²⁴ DIXON, Rosalind, *Transnational Constitutionalism and Unconstitutional Constitutional Amendments*, **Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, n. 349, 2011.

²⁵ “*These impressions, which may influence views of U.S. constitutionalism, could be incorrect or subject to interpretive challenge. Overt references to what judges believe about other countries will often provide helpful transparency*”. JACKSON, Vicki C. *Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement*. **Harvard Law Review**, v. 119, p. 109- 114, 2005.

²⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

²⁷ WALDRON, Jeremy. *Teaching cosmopolitan right*. In: MCDONOUGH, Kevin; FEINBERG, Walter. (Eds.) **Education and citizenship in liberal-democratic societies: cosmopolitan values and cultural identities**. Oxford University Press, 2003. p. 25-35.

²⁸ Idem. **Law and disagreement**. Oxford University Press, 1999. p. 111.

²⁹ “*The question whether one state should consult the law of other states is large and interesting-much larger and more interesting than the question whether the U.S. Supreme Court, ... should construe the U.S. Constitution with reference to the constitutional rulings of other high courts*”. POSNER, Eric A.; SUNSTEIN, Cass R. *The law of other states*. **Stanford Law Review**, v. 59, p. 131, 2006. Confira também dos mesmos autores *Response-On Learning from Others*. **Stanford Law Review**, v. 59, p. 1309, 2007.

Anne-Marie Slaughter³⁰ chega a afirmar que há uma verdadeira "comunidade global de cortes", em que a identidade institucional dos tribunais locais é forjada pelas suas funções comuns de resolução de litígios "*under rules of law*", não apenas como parte de um sistema jurídico global, mas como uma comunidade global de cortes.

Assim, as decisões das cortes transnacionais devem ser levadas em consideração pelos tribunais no contexto das práticas institucionais locais, ampliando a legitimação das decisões domésticas, na projeção conceitual de um sistema mundial cosmopolita, no sentido kantiano deste termo. A elaboração das decisões judiciais domésticas deve, pois, operar a partir de um processo deliberativo³¹ com essas decisões transnacionais.

Essa nova concepção do processo judicial se vê refletida em decisões tomadas por diversas cortes ao redor do globo, reproduzindo uma perspectiva de justificação da racionalidade argumentativa das cortes locais pelo paradigma decisional das cortes transnacionais, e, espelhando a eficácia das decisões transnacionais nas ordens jurídicas domésticas. No caso sul-americano, observa-se que, em mais de uma oportunidade, cortes locais atuaram em claro diálogo com cortes transnacionais. No Brasil, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal em 2009, na questão da exigência do diploma de curso superior para o exercício da profissão de jornalista (Recurso Extraordinário nº 511961)^{32,33}, na mesma linha do entendimento exposto pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva nº 5, decidiu que tal obrigação

³⁰ SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. *Harvard International Law Journal*, v. 44, p. 191, 2003.

³¹ RAWLS, John. *The law of peoples*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

³² A Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva nº 5, esclareceu que a garantia à liberdade de pensamento e de expressão, não é apenas um direito individual de cada um de expressar-se, mas também inclui o direito da coletividade de receber informações. Assim, a lei da Costa Rica que exigia a afiliação obrigatória de jornalistas ao Conselho Profissional de Jornalistas, seria incompatível com os artigos 13 e 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que tratam da liberdade de expressão. Aqui, o Supremo Tribunal Federal em claro diálogo institucional transnacional com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, entendeu que a Constituição Federal de 1988 não recepcionou o artigo 4º, V, do Decreto-lei 972/69, que exigia o diploma de curso superior de jornalismo, registrado pelo Ministério da Educação, para o exercício da profissão de jornalista. Apontou-se que o jornalismo seria uma profissão diferenciada, por sua vinculação ao pleno exercício das liberdades de expressão e informação. Disso se concluiu que a exigência de curso superior para a prática do jornalismo não estaria autorizada pela ordem constitucional, por consubstanciar uma restrição ao pleno, incondicionado e efetivo exercício da liberdade jornalística.

³³ Já o caso da Lei da Anistia (ADPF nº 153), pode-se apontar como um claro exemplo de ausência de diálogo transnacional. Isto porque, no caso *Julia Gomes Lund et al. e outros v. Brasil* (Guerrilha do Araguaia), a Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou que se eliminassem todos os obstáculos jurídicos e políticos, para que o Brasil investigasse e julgasse criminalmente os responsáveis pela perpetração do crime de desaparecimento forçado e de outros crimes contra a humanidade ocorridos durante o regime militar. Todavia, o Supremo Tribunal Federal (STF) na ADPF nº 153, entendeu que a Lei nº 6.683/79 (Lei da Anistia) é compatível com a Constituição Federal de 1988, e que a anistia foi ampla, geral e irrestrita, alcançando os crimes de qualquer natureza praticados pelos agentes da repressão no período da ditadura, o que, por conseguinte, impossibilitaria a investigação e julgamento criminal dos responsáveis pelos crimes contra a humanidade ocorridos durante o regime militar no Brasil. Portanto, a abertura às decisões transnacionais só ocorre quando convém.

consubstanciaria restrição injustificada à liberdade de imprensa. Da mesma forma, no julgamento do HC-87585 em 2008³⁴, o Supremo Tribunal Federal entendeu pelo *status* supralegal do Pacto de São José da Costa Rica, a Convenção Americana de Direitos Humanos, em território nacional, a demonstrar a deferência pelo diálogo interamericano. Ademais, no HC-82424 de 2003³⁵, houve farta referência à jurisprudência estrangeira e internacional, que se mostrou determinante para o entendimento final do Supremo Tribunal Federal ao considerar como crime de racismo a publicação de obra de conteúdo antissemita.

Em outros países também se observam alguns exemplos da eficácia das decisões transnacionais nas ordens jurídicas domésticas. Na Argentina, no caso *Simón* de 2005³⁶, em que a Suprema Corte de Justiça determinou que a *Ley de Punto Final* e a *Ley de Obediencia Debida* seriam inconstitucionais, também se travou um claro intercâmbio transnacional com as cortes sul-americanas, em especial com a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Barrios Altos*, e, com as normas internacionais de direitos humanos, em especial a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU. Em *Hopkinson v. Police* de 2004³⁷,

³⁴ No HC-87585, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia (artigo 7º, 7 da CADH), conduz à inexistência de balizas visando à eficácia do previsto no artigo 5º, LXVII da CF (“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;”). Concluiu-se, assim, que, com a introdução do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional, restaram derogadas as normas legais definidoras da custódia do depositário infiel. Prevaleceu, no julgamento, por fim, a tese do status de supralegalidade da referida Convenção. Hoje, inclusive, a Súmula Vinculante nº 25 dispõe que “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.”

³⁵ No HC-82424 se discutia o alcance da expressão "racismo", contida no artigo 5º, inciso XLII da CF e no artigo 20 da Lei 7.716/89, por ter escritor e sócio de editora, publicado, distribuído e vendido obras de conteúdo antissemita. O Supremo Tribunal Federal entendeu que o racismo é antes de tudo uma realidade social e política, sem nenhuma referência à raça enquanto caracterização física ou biológica, refletindo, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para justificar atos de segregação, inferiorização e até de eliminação de pessoas.

³⁶ Julio Héctor Simón era membro da Polícia Federal argentina, e, atuou como repressor e torturador durante a ditadura argentina. Em 2006, ele foi condenado pela justiça argentina a 25 anos de prisão, por crimes contra a humanidade. O processo foi iniciado por uma queixa da Associação de Avós da *Plaza de Mayo*, sob o argumento de que as forças de repressão, sequestraram Hlaczik e Claudia Poblete (o chamado caso Poblete). No caso, a Suprema Corte de Justiça argentina entendeu que a *Ley de Punto Final* e a *Ley de Obediencia Debida* seriam inconstitucionais, o que permitiu a abertura de processo penal contra Julio Simón e sua posterior condenação. CSJN, Simón, Julio Héctor y otros, Causa n. 17.768, decisão de 14 de junho de 2005.

³⁷ Em 2003 Paul Hopkinson ateou fogo a uma bandeira da Nova Zelândia e foi preso, acusado e condenado por ofensa à *Flags, Emblems, and Names Protection Act* de 1981, que pune a destruição da bandeira da Nova Zelândia, com a intenção de desonrá-la. Hopkinson apelou, alegando que a queima de uma bandeira em sinal de protesto não seria uma maneira de desonrar a bandeira, além de estar amparado pela seção 14 do *Bill of Rights* da Nova Zelândia, que trata da liberdade de expressão. A corte entendeu que "desonra" para os fins do *Flags, Emblems, and Names Protection Act* deve ser lida como "difamar", o que não ocorrera no caso. Para maiores detalhes acerca do caso Cf. TUSHNET, Mark. The rise of weak-

julgado pela Corte de Apelação da Nova Zelândia, Justice France se valeu dos argumentos usados pelos juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América em *Texas v. Johnson* de 1989 e em *U.S v. Eichman* de 1990³⁸. No Canadá, também se percebe tal fenômeno, como em *Health Services & Support Facilities Subsector Bargaining Assn v. British Columbia* de 2007³⁹ e em *United Food and Commercial Workers, Local 1518 v. KMart Canada Ltd.* de 1999⁴⁰, no qual a Suprema Corte canadense se baseou na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana para garantir, no caso em análise, o direito de greve a trabalhadores. Da mesma forma, em *President of the Republic v. Hugo* de 1997⁴¹ e em *State v. Makwanyane* de 1995⁴², julgados pela Corte Constitucional sul-africana, há ampla referência à jurisprudência americana,

form judicial review. In GINSBURG, Tom and DIXON, Rosalind, **Comparative Constitutional Law**, Edward Elgar Publishing, 2011.

³⁸ Em *Texas v. Johnson* de 1989, a Suprema Corte dos Estados Unidos invalidou proibições existentes em diversos estados americanos de profanar a bandeira americana. Após *Texas v. Johnson* e em resposta à decisão da Suprema Corte, foi editada a *Flag Protection Act*, que impõe sanções penais contra quem conscientemente mutila, desfigura, desfia, queima, pisa ou atropela uma bandeira dos Estados Unidos. Em *U.S v. Eichman* de 1990, a Suprema Corte declarou o *Flag Protection Act* inconstitucional. Para maiores detalhes acerca do caso Cf. TUSHNET, 2011.

³⁹ Em *Health Services & Support Facilities Subsector Bargaining Assn v. British Columbia* de 2007, a Suprema Corte canadense trabalhou em claro intercâmbio transnacional para garantir o direito à negociação coletiva. Aqui, a Suprema Corte canadense ao analisar a *Health and Social Services Delivery Improvement Act*, entendeu que o direito de negociação coletiva seria um direito fundamental garantido pela liberdade de associação, se valendo como um dos seus pilares de sustentação, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e as Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a liberdade sindical e a proteção do direito de sindicalização. Para maiores detalhes acerca do caso Cf. RUSSELL, Peter H. The Diffusion of judicial Review. The Commonwealth, the United States, and the Canadian Case. **Policy Studies Journal**, v. 19, Issue 1, pages 116–126, 1990.

⁴⁰ Em *United Food and Commercial Workers, Local 1518 v. KMart Canada Ltd.* de 1999, a Suprema Corte canadense se valeu da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana quanto ao direito de greve. No caso, o Tribunal tinha diante de si uma disputa trabalhista em que o ponto de discórdia era se a definição do *Canadian Labour Relations Code* de piquetes — que incluiu o ato de panfletagem — era uma violação do direito de liberdade de expressão, garantido pela *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. A Suprema Corte do Canadá, adotou a posição da Suprema Corte norte-americana de que os piquetes convencionais podem e devem ser diferenciados de panfletagem. Para maiores detalhes acerca do caso Cf. RUSSELL, 1990.

⁴¹ Quando Nelson Mandela se tornou presidente da África do Sul em 1994, um de seus primeiros atos foi emitir uma espécie de perdão ou anistia, liberando todas as mães com filhos menores de 12 anos da prisão. Hugo, que estava cumprindo uma sentença e que tinha um filho de 11 anos de idade, cuja mãe morreu, alegou que a ação do presidente violou a Constituição da África do Sul, por discriminação em função de sexo ou gênero. O assunto chegou à Corte Constitucional sul-africana, e o tribunal não declarou o ato do Presidente da República inconstitucional, pelo fato de que os homens não teriam sofrido, pelo ato presidencial, a perda de qualquer direito ou vantagem legal a que teriam direito. Ou seja, o ato presidencial pode ter negado aos homens uma oportunidade que proporcionou as mulheres, mas não se pode dizer que prejudicou direitos fundamentais.

⁴² *State v. Makwanyane* de 1995, foi um *landmark judgement* que estabeleceu que a pena de morte era incompatível com o compromisso da Constituição Provisória sul-africana com os direitos humanos. A decisão da Corte Constitucional sul-africana invalidou a seção 277 (1) (a) do *Criminal Procedure Act 51* de 1977, que previa a pena de morte. Para maiores detalhes acerca do caso Cf. VAN DER SCHYFF, Gerhard. **Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the United Kingdom, the Netherlands and South Africa**. Springer, 2010.

alemã, irlandesa e da *Commonwealth*, o que na verdade decorre fundamentalmente do permissivo constitucional previsto no artigo 39 da Carta sul-africana, que dispõe que na interpretação da Declaração de Direitos, o tribunal deverá, se for o caso, ter em conta o Direito Internacional Público e a jurisprudência estrangeira⁴³.

Até mesmo nos países em que a jurisprudência historicamente nega a influência das fontes jurídicas alienígena nas decisões das cortes locais⁴⁴, já se admitiu em algumas situações o uso do direito transnacional⁴⁵. Nos Estados Unidos, a Suprema Corte, por exemplo, em *Roper v. Simmons* de 2005, decidiu que um Estado não pode executar um homem por um crime cometido quando ele era criança, com base na visão internacional sobre a pena de morte juvenil⁴⁶. Da mesma forma, em decisão similar, a Suprema Corte Americana, em *Atkins v. Virgínia* de 2002⁴⁷, negou a aplicação de pena de morte a um condenado portador de deficiência mental, destacando que dentro da

⁴³ A seção 35 da Constituição Provisória sul-africana, estabelecia que na interpretação das disposições da declaração de direitos, o tribunal deverá, se for o caso, ter em conta o direito internacional público e a jurisprudência estrangeira. Tal dispositivo foi repetido na atual Constituição no artigo 39.

⁴⁴ Inclusive o *Constitution Restoration Act*, s. 201 dispõe que: “*In interpreting and applying the Constitution of the United States, a court of the United States may not rely upon any constitution, law, administrative rule, Executive order, directive, policy, judicial decision, or any other action of any foreign state or international organization or agency, other than English constitutional and common law up to the time of the adoption of the Constitution of the United States.*”

⁴⁵ Até mesmo o antigo *Chief Justice* William Rehnquist e o *Justice* Antonin Scalia, os quais, de maneira vigorosa, rechaçam a influência do direito transnacional, em algumas oportunidades reconheceram a utilidade e a importância da referência ao Direito estrangeiro. O *Chief Justice* Rehnquist, inclusive, asseverou que: “Por mais de um século e meio, o judiciário norte-americano, em sua tarefa de exercer o controle de constitucionalidade, não tinha à disposição quaisquer precedentes que pudessem auxiliá-lo em suas atividades, afinal, apenas as nossas cortes exerciam este tipo de autoridade. Quando diversas novas Cortes Constitucionais foram criadas, após a Segunda Grande Guerra, estas cortes, naturalmente, dirigiram sua atenção para as decisões da Suprema Corte dos EUA, dentre outras fontes, quando do desenvolvimento de seus próprios direitos. Mas, agora que o direito constitucional está profundamente enraizado em diversos países, é tempo de o judiciário estadunidense começar a levar em consideração as decisões proferidas por outras cortes constitucionais, auxiliando-nos em nosso próprio processo decisório”. Para tanto vide: REHNQUIST, William H. *Constitutional courts: comparative remarks* (1989). Reprinted in: KIRCHHOF, Paul; KOMMERS, Donald P. (Eds.). **Germany and its best law: past, present, and future - A German-American Symposium**. Baden-Baden: Nomos, 1993. P. 411-412. Rehnquist também mencionou, em *Washington v. Glucksberg* de 1997, a experiência holandesa que rejeitara a existência do direito ao suicídio assistido. O próprio *Justice* Scalia, apesar de seus protestos vigorosos em seus votos vencidos, invocou o direito da Austrália, Canadá e Inglaterra, em *McIntyre v. Ohio Elections Commission* de 1995.

⁴⁶ No caso *Roper v. Simmons*, Christopher Simmons tinha 17 anos em 1993, quando ele e um grupo de amigos assassinaram uma mulher em Missouri. Simmons foi preso e confessou à polícia. Poucos meses depois, uma vez que ele tinha 18 anos, foi julgado como um adulto, condenado e sentenciado à morte. A Suprema Corte norte-americana entendeu, com base na Oitava Emenda, que a punição era cruel e incomum. O Juiz Kennedy, no caso *Roper v. Simmons* reconheceu que os tribunais norte-americanos devem tomar em conta a opinião internacional contra a pena de morte juvenil. Para tanto vide: JACKSON, Vicki C. *Progressive Constitutionalism and Transnational Legal Discourse*. In: BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. (Eds.). **The Constitution in 2020**. Oxford University Press, 2009.

⁴⁷ Em *Atkins v. Virgínia*, questionava-se a aplicação da oitava emenda e a respectiva proibição de “penas cruéis e atípicas” a um condenado portador de deficiência mental. A corte, por um placar de seis votos a três, decidiu que essas sanções eram proibidas pela Constituição e rejeitadas pela comunidade global. Para tanto vide: JACKSON, 2009.

comunidade global, rejeita-se claramente a imposição da pena de morte em tais situações. Já em *Lawrence v. Texas* de 2003⁴⁸, a Suprema Corte se referiu à jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, em especial em *Dudgeon v. the United Kingdom* de 1981⁴⁹, para rejeitar a criminalização de atividade sexual praticada, consentidamente, entre dois adultos do mesmo sexo. A Suprema Corte ainda, em *Trop v. Dulles* de 1958⁵⁰, e o Tribunal de Apelação de Nova York, em *Riggs v. Palmer* de 1889⁵¹, citaram como base em suas decisões as “leis universais das nações civilizadas”. Recentemente, em *Hamdan v. Rumsfeld* de 2006, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a *Detainee Treatment Act* de 2005, que tratava das comissões militares da Baía de Guantánamo e seus detentos, violava as Convenções de Genebra de 1949.

Em verdade, como afirma Vicki Jackson⁵², apesar da postura supostamente refratária, os Estados Unidos possuem uma longa trajetória de usar precedentes e leis

⁴⁸ Em *Lawrence v. Texas*, a polícia prendeu Lawrence e outro adulto, pela prática de sexo consensual, na privacidade do lar, em violação às leis do Texas. Os réus questionaram a constitucionalidade da lei. A Suprema Corte entendeu que a Lei contra a sodomia do Estado de Texas, violava o Direito à liberdade e à privacidade das partes, protegidos pela cláusula do devido processo legal, constante da décima quarta emenda, revendo a posição tomada anteriormente em *Bowers v. Hardwick* de 1986. A corte, da mesma forma, se valeu da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. Para tanto vide: JACKSON, 2009.

⁴⁹ Em *Dudgeon v. the United Kingdom*, a Corte Europeia de Direitos Humanos considerou que a legislação da Grã Bretanha do século XIX, que criminalizava atos homossexuais masculinos, ainda em vigor na Irlanda do Norte, violava a Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Dudgeon Jeff era um ativista dos direitos dos homossexuais em Belfast, Irlanda do Norte, quando foi interrogado pela *Royal Ulster Constabulary* sobre suas atividades sexuais. Dudgeon entrou com uma queixa junto da Comissão Europeia dos Direitos Humanos em 1975, que declarou a sua queixa admissível para o Corte Europeia de Direitos Humanos. O tribunal entendeu que a criminalização da Irlanda do Norte de atos homossexuais consentidas entre adultos, era uma violação do artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Como consequência do julgamento, a relação sexual entre homens foi descriminalizada na Irlanda do Norte em outubro de 1982. Para maiores detalhes acerca do caso Cf. BOBEK, Michal. *Comparative Reasoning in European Supreme Courts: England and Wales*. In BOBEK, Michal, *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, Oxford University Press, 2013.

⁵⁰ Em *Trop v. Dulles*, a Suprema Corte decidiu que privar um indivíduo de sua cidadania por força de uma condenação criminal, seria um castigo inadmissível e que “[t]he civilized nations of the world are in virtual unanimity that statelessness is not to be imposed as punishment for crime.”

⁵¹ No caso de *Riggs v. Palmer*, um jovem envenenou seu avô e foi enviado para a prisão. Contudo, sob os termos do testamento do avô, o assassino herdaria uma grande propriedade e a legislação civil de regência não trazia qualquer tipo de consequência jurídica pelo fato. Ainda assim, a *New York Court of Appeal* decidiu que “[A]ll laws, as well as all contracts, may be controlled in their operation and effect by general, fundamental maxims of the common law. No one shall be permitted to profit by his own fraud, or to take advantage of his own wrong, or to found any claim upon his own iniquity, or to acquire property by his own crime. These maxims are dictated by public policy, have their foundation in universal law administered in all civilized countries, and have nowhere been superseded by statutes”. Para tanto vide: JACKSON, 2009.

⁵² JACKSON, 2009.

estrangeiras⁵³ para justificativa das suas decisões judiciais, que remonta à citação da tradição britânica em *Marbury v. Madison* em 1803⁵⁴, passa por *Cummings v. Missouri*

⁵³ “From the founding case on judicial review, the Court has drawn comparisons between our constitution and the approaches of foreign governments. In *Marbury v. Madison*, the Court emphasized the distinction between governments of limited and of unlimited powers, implicitly distinguishing our Constitution from Britain’s tradition of parliamentary sovereignty. The Court also referred to British tradition as a positive example in defining the ‘essence of civil liberty’, nothing that, in England, the ‘king himself’ could be sued. In several other early cases, justices referred to the ‘law of nations’ – analogous to what might today be called customary international law – in deciding constitutional issues. Perhaps the most infamous U.S. constitutional case. *Dred Scott v. Sandford*, involved extensive discussions of foreign law. While Chief Justice Roger Taney referred to foreign views at the time of the framing and deplored any effort to look to contemporary foreign law, the two dissenters – John McLean and Benjamin Curtis – discussed contemporary foreign law in arguing against the Taney Court’s racist and disastrous conclusions.

In the wake of the Civil War, the Court had to decide the constitutionality of efforts to penalize those who had participated in the rebellion. In *Cummings v. Missouri*, the Court analyzed British law and contemporary French law to conclude that barring someone from serving as a minister if he failed to take an oath of nonparticipation was a ‘punishment’ and that the state law in question violated the Constitution’s ban on bills of attainder and ex post facto laws. Twelve years later, the first Eighth Amendment case to address on the merits a challenge to a death penalty relied on foreign law, noting that the challenged punishment (death by shooting) was one that ‘prevail[s] in other countries.

References to foreign practices continued in the later nineteenth century. In *Fong Yue Ting v. United States*, the majority invoked the practices of other nations to argue that national sovereignty permitted racist immigration laws, while the dissenters argued that the United States ‘takes nothing’ from the practice of foreign despots. Justice John Harlan, in his lone dissent in *Plessy v. Ferguson*, appealed to the world beyond the United States at two junctures in this justly praised dissent. First, he said, the Civil War amendments were ‘notable additions to the fundamental law...[,] welcomed by the friends of liberty throughout the world,’ placing the U.S. Constitution in a more global context. Second, Harlan invoked U.S. exceptionalism to chastise the legal racism of the majority’s decision upholding racial segregation in public transport: ‘We boast of the freedom enjoyed by our people above all other peoples. But it is difficult to reconcile that boast with a state of the law which, practically, puts the brand of servitude and degradation upon a large class of our fellow-citizens.’

Throughout the twentieth century, opinions in constitutional cases referred to foreign or international law in resolving interpretative questions. In 1995, the Court referred extensively to foreign law in upholding mandatory vaccinations; and the famous ‘Brandeis Brief’ presented information about foreign laws to which the Court referred in 1998 in upholding a state Law limiting working hours for women. In *Lochner v. New York*, Justice Oliver Wendell Holmes’ dissent referred to foreign experience and concern over working hours of bakers should have been upheld. Holmes invoked Australian law in his dissent from the Court’s invalidation of a federal minimum wage law for women in 1923. And Justice Felix Frankfurter in the 1930s and 1940s referred to foreign federalisms in cases involving constitutional tax immunities.

In both the Vinson and Warren courts, a concern to distinguish the United States from European totalitarianisms was visibly reflected in constitutional decisions – on criminal procedure, equal protection, and race – and has been well documented by scholars. These concerns also were invoked by Justice Robert Jackson’s famous concurrence in the *Youngstown Steel* decision, one of the most important cases dealing with constitutional limitations on presidential power. The United Nations Charter or the U.N. General Assembly’s Universal Declaration of Human Rights made their way into Supreme Court justices’ opinions on at least a half between 1949 and 1970. And in *Miranda v. Arizona*, the Courts analyzed the laws of four other English-speaking countries dealing with the interrogation of suspects, concluding that their experience suggested that law enforcement would not suffer from providing more protections and that, given our Constitution, we should offer “at least” much protection against abusive interrogations as they did.

In more recent decades, international and foreign law has been referred to in deciding the constitutionality of the death penalty as a punishment for particular defendants or particular crimes, and foreign practices have been noted – by majorities and dissenters – in a significant number of cases in other areas, including abortion, assisted suicide, and gay rights.” Para tanto vide: JACKSON, 2009.

⁵⁴ O caso envolvendo *Marbury v. Madison* se inicia com a vitória de Thomas Jefferson e a derrota do candidato do então presidente John Adams, Aaron Burr, na disputa pela presidência da República. Adams, ciente da derrota, e, de forma a se resguardar, tratou de aparelhar politicamente o Poder Judiciário. Assim, inicialmente, aprovou o *Judiciary act* em janeiro de 1801, criando dezoito cargos judiciais, com a suposta pretensão de consolidar o Poder Judiciário no país e desvincular os juízes da Suprema Corte da atuação simultânea como *circuit justices*. Em fevereiro do mesmo ano, e a menos de 15

em 1867⁵⁵ e *Wilkerson v. Utah* em 1879⁵⁶, prossegue na alusão à lei australiana em *Lochner v. Nova York* em 1905⁵⁷, e, dentre outros inúmeros casos, atinge seu *highpoint*, segundo Austen L. Parrish⁵⁸, ao debater temas extremamente controversos, como a

dias do término de seu mandato, Adams aprovou o *The organic act of District of Columbia*, uma lei de organização por meio da qual foram criados quarenta e dois cargos de juiz de paz, que foram preenchidos por meio de um procedimento relâmpago. Por fim, Adams nomeou seu então Secretário de Estado, John Marshall, à presidência da Suprema Corte norte-americana. A estes futuros agentes públicos, os apositores de Adams denominaram *midnight judges*, associando a nomeação dos mesmos aos momentos finais do governo de Adams. De toda sorte, com a nova composição do Congresso, de maioria opositora a Adams, o *Judiciary act* foi revogado pelo *Repeal Act* de 1802, levando à extinção dos cargos de *circuit judge* e à retirada dos respectivos juízes de seus postos. Não tardou para que os conflitos de interesses se judicializassem. Assim, William Marbury impetrou *writ of mandamus*, reuendo que lhe fosse dado a posse no cargo de juiz de paz, visto que, apesar de já nomeado com base no *The organic act of District of Columbia*, o Secretário de Estado do presidente Jefferson, John Marshall, não deu a Marbury a investidura no cargo. O caso de William Marbury foi relatado pelo Presidente da Suprema Corte, o *Chief Justice* John Marshall, nomeado pelo antigo Presidente Adams. Marshall entendeu que os juízes possuíam direito à investidura, e a propositura da ação para obrigar o Estado a cumprir seu dever era o procedimento correto, mas, por outro lado, reconheceu a inconstitucionalidade do dispositivo legal que atribuía competência à Suprema Corte para julgar a matéria, pois, no entendimento de Marshall, as competências originárias da Suprema Corte estariam submetidas à reserva de Constituição. Assim, Marshall inaugura o *judicial review* moderno, que corresponde à viabilidade do Poder Judiciário, à luz de parâmetros constitucionais, revisar ou até mesmo anular atos emanados dos outros Poderes. Vide: BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

⁵⁵ *Cummings v. Missouri* envolvia a obrigatoriedade de que religiosos e algumas outras profissões, fizessem juramento de que não tinham cometido determinados crimes para que pudessem exercer a sua profissão. Na verdade, havia a ideia subjacente de punição dos ex-confederados, com a criação de leis com punição *ex post facto*, ou seja, de atos que não eram puníveis no momento em que foram cometidos. A Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que o juramento era inconstitucional, porque violara as proibições constitucionais contra o *bills of attainder* (ato que declarar uma pessoa culpada de algum crime sem o privilégio de um processo judicial) e *leis ex post facto*. Para fundamentar sua decisão, a Suprema Corte se valeu de diversos casos similares ocorridos na Inglaterra e França. Para tanto vide: JACKSON, 2009.

⁵⁶ Em *Wilkerson v. Utah*, a Suprema Corte confirmou a decisão tomada pela Suprema Corte de Utah, afirmando que a execução por um pelotão de fuzilamento, como prescrito pelo estatuto de Utah, não era uma punição cruel e incomum. Para tanto, também se valeu de casos similares ocorridos na Inglaterra. Para tanto vide: JACKSON, 2009.

⁵⁷ No caso, o Estado de *New York* editou em 1895 o *Bakeshop act*, lei que regulava as condições sanitárias e de trabalho em padarias e que possuía, dentre seus dispositivos, uma limitação à carga horária dos padeiros em dez horas diárias ou sessenta horas semanais. O desrespeito à mencionada regra, acarretava a pena de multa ao responsável pelo estabelecimento. Joseph Lochner era dono de uma padaria situada em território dentro da jurisdição de *New York*. Indignado com o recebimento da segunda multa em virtude do desrespeito à restrição legal do período de trabalho de seus funcionários, ele levou a controvérsia até os tribunais. Em seu ponto de vista, a lei do Estado de *New York* violava a liberdade de contratar, direito constitucionalmente albergado sob a cláusula do devido processo legal em seu aspecto substancial. Em 1905, a Suprema Corte, então, decidiu, diante de apertada votação (cinco votos a quatro), declarar a inconstitucionalidade da referida legislação, alegando ser desarrazoada, desnecessária e arbitrária a limitação que a mesma impunha à liberdade de contratar. A era *Lochner*, período definido por decisões judiciais de invalidação de leis que buscavam reformas sociais e econômicas, foi superado apenas pelo julgamento de *West Coast Hotel Co. v. Parrish* em 1937. Vide: BRANDÃO, 2012.

⁵⁸ Segundo Austen L. Parrish em “Storm in a teacup: the U.S. Supreme Court’s use of foreign law. *University of Illinois Law Review*, 2007”: “The debate reached a highpoint after the U.S. Supreme Court cited to foreign law in four well-publicized, controversial decisions in ‘hotly contested areas of constitutional law’ involving capital punishment, gay rights, and affirmative action. First, in *Atkins v. Virginia*, the Court held that executing mentally disabled persons violates the Eighth Amendment’s prohibition against cruel and unusual punishment. In so doing, Justice Stevens, writing for the Court, referred to the ‘world community’ and its ‘overwhelming[]’ disapproval of imposing the death penalty on mentally disabled offenders.

pena de morte e os direitos dos homossexuais, nos já citados *Atkins v. Virginia* de 2002, *Lawrence v. Texas* de 2003 e *Roper v. Simmons* de 2005, e, da mesma forma, ao tratar das políticas de ações afirmativas, em *Grutter v. Bollinger* e *Gratz v. Bollinger* de 2003⁵⁹.

De toda sorte, esta posição também pode ser observada em alguns países europeus, como se percebe no caso *Pretty v. United Kingdom* de 2002⁶⁰, em que a *Lords of Appeal in Ordinary* britânica, antes do envio da questão à Corte Europeia de Direitos

Second, on the heels of Atkins, came Grutter v. Bollinger. In Grutter, the Court found foreign law relevant when it upheld the use of affirmative action in university admissions. During the oral argument for Gratz v. Bollinger, decided the same day as Grutter, Justice Ginsburg asked the solicitor general:

We're part of a world, and this problem is a global problem. Other countries operating under the same equality norm have confronted it. Our neighbor to the north, Canada, has; the European Union, South Africa, and they have all approved this kind of, they call it positive discrimination [T]hey have rejected what you recited as the ills that follow from this. Should we shut that from our view at all or should we consider what judges in other places have said on this subject?

In her concurrence in the Grutter case, Justice Ginsburg—joined by Justice Breyer—explained that '[t]he Court's observation that race-conscious programs 'must have a logical end point,' accords with the international understanding of the office of affirmative action,' and cited to the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination.

Third was Lawrence v. Texas. In June 2003, the Court struck down Texas legislation that criminalized sodomy, reversing its decision in Bowers v. Hardwick. In reaching this result, Justice Kennedy relied not only on a 1957 British Report, but also decisions by the European Court of Human Rights. As Justice Kennedy noted: '[A]lmost five years before Bowers was decided, the European Court of Human Rights considered a case with parallels to Bowers and to today's case The [European] court held that the laws prescribing conduct were invalid under the European Convention on Human Rights.'

Lastly, and most recently, came Roper v. Simmons. In Roper, Justice Kennedy, again writing for the Court, struck down state laws that permitted the execution of juvenile offenders. In so holding, the Court acknowledged that other countries and international conventions have banned the execution of juvenile murderers. Justice Kennedy cited to the United Nations Convention on the Rights of the Child and the International Convention on Civil and Political Rights. In her dissent, Justice O'Connor similarly acknowledged that foreign sources of law were relevant to the issues before the Court. Commentators concluded that Roper's reliance on foreign sources 'portend[ed] a sea change in the Court's doctrine.'"

⁵⁹ Em *Grutter v. Bollinger* e em *Gratz v. Bollinger* de 2003, discutia-se a política de ações afirmativas da Universidade de Michigan. Em *Grutter v. Bollinger*, a Suprema Corte norte-americana entendeu inconstitucional o critério de 'pontos fixos' utilizado para minorias sub-representadas, visto que não permitiria que os candidatos fossem individualmente avaliados. Já em *Gratz v. Bollinger*, a Suprema Corte confirmou a política de ação afirmativa de admissões da Universidade de Michigan, visto o interesse na promoção da diversidade, para atingir um corpo discente diversificado. Em ambos os casos, a Suprema Corte fez ampla referência à experiência da África do Sul, Canadá e União Europeia. Para maiores detalhes acerca do caso Cf. PARRISSH, Austen L. Storm in a teacup: the U.S. Supreme Court's use of foreign law. **University of Illinois Law Review**, 2007.

⁶⁰ Diane Pretty estava sofrendo de doença degenerativa, e, ficou paralisada do pescoço para baixo. Como estava impedida por sua doença de se suicidar sem auxílio, Pretty queria que seu marido fornecesse a assistência ao suicídio. Contudo, apesar do *Suicide Act* inglês de 1961 não considerar crime cometer suicídio, o auxílio ao suicídio seria criminalizado. Pretty se dirigiu inicialmente ao *Director of Public Prosecutions*, solicitando que o seu marido não fosse processado, caso viesse a auxiliá-la no suicídio. Este pedido foi recusado e Pretty recorreu para o *Lords of Appeal in Ordinary*, que se valeu de acórdão do Supremo Tribunal do Canadá, proferido no âmbito de um processo semelhante, para negar o pedido. A questão foi levada à Corte Europeia de Direitos Humanos, que concluiu que neste caso particular, não havia sido violada qualquer disposição da Convenção Europeia. Vide: BOBEK, 2013.

Humanos⁶¹, se valeu de acórdão do Supremo Tribunal do Canadá para vedar a possibilidade do auxílio ao suicídio. O *Conseil Constitutionnel* francês, da mesma forma, se baseou na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, o *Bundesverfassungsgericht*, ao analisar a *loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénal pour cause de trouble mental* na Decisão n° 2008-562 DC de 21 de fevereiro de 2008⁶², prática iniciada na Decisão n° 74-54 DC de 15 de janeiro de 1975⁶³, quando o Conselho Constitucional pela primeira vez se valeu da jurisprudência de outros tribunais estrangeiros ao examinar a *loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*.

Na União Europeia⁶⁴, da mesma forma, o quadro não se apresenta de forma muito diversa, especialmente diante do desenvolvimento do conceito de direito comunitário e da soberania compartilhada, construído principalmente durante a segunda quadra do Século XX⁶⁵, em que os Estados continuam a ser nações soberanas e independentes, mas há o compartilhamento de suas soberanias, o que faz com que a

⁶¹ Na Grã-Bretanha, visando à incorporação das disposições presentes na Convenção Europeia de Direitos do Homem de 1950, o *Human Rights Act* foi editado pelo Parlamento inglês em 1998. O texto legal prevê que o Poder Judiciário inglês deve interpretar as leis, editadas anterior ou posteriormente à edição do *Human Rights Act*, em conformidade com as suas normas, entretanto, não pode o juiz inglês declarar a revogação de uma norma por entender que há desconformidade com o *Human Rights Act*. Assim, ao analisar um caso, o juiz pode apenas declarar que a norma do *common law* não está em conformidade com o previsto no *Human Rights Act*, ou seja, com o determinado pela Convenção Europeia de Direitos do Homem, devendo, entretanto, ao aplicar a lei inglesa, comunicar ao Ministro competente a respeito da incompatibilidade existente. Ademais, o *Human Rights Act* prevê, diante do conflito de normas do *common law* e o texto da Convenção Europeia de Direitos do Homem, a possibilidade da declaração de compatibilidade junto ao Parlamento, que deve ser utilizado durante o processo legislativo, ficando o parlamentar, responsável por realizar uma declaração de compatibilidade, assegurando que o regramento apresentado está em conformidade com as previsões do *Human Rights Act*. Assim, a atuação do Parlamento inglês após o *Human Rights Act*, vem sendo constantemente analisada, a partir da possibilidade de seus atos estarem ou não sendo praticados em conformidade com a Convenção Europeia de Direitos do Homem. BOGDANOR, Vernon. *The new British Constitution*. Oxford: Hart Publishing, 2009.

⁶² Na Decisão n° 2008-562 DC de 21 de fevereiro de 2008, o Conselho Constitucional francês entendeu pela validade da *loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénal pour cause de trouble mental*, que, dentre outros dispositivos, vedava a liberdade condicional à pessoas com risco significativo de reincidência, tomando como base precedentes semelhantes do *Bundesverfassungsgericht*. CARPENTIER, Elise. La utilización de la jurisprudencia constitucional extranjera por el consejo constitucional francés. In: **Memoria del X congreso iberoamericano de Derecho Constitucional**. Lima, 16-19 de Septiembre 2009.

⁶³ Na Decisão n° 74-54 DC de 15 de janeiro de 1975, o Conselho Constitucional, pela primeira vez, teve em conta a jurisprudência de outros tribunais estrangeiros para entender que o aborto, nos termos da *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, seria válido. CARPENTIER, 2009.

⁶⁴ Ao longo dos séculos, o Direito Internacional Público (DIP) foi implementado não só por Estados soberanos, mas também por organizações mundiais ou regionais, como a União Europeia, e, desde 1949, essas organizações internacionais tiveram seu estatuto jurídico reconhecido como organizações intergovernamentais, pela opinião consultiva da Corte Internacional de Justiça sobre a questão da Reparação dos Danos Sofridos em Serviço das Nações Unidas (Vide: *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, <http://www.icj-cij.org/docket/files/4/1837.pdf>).

⁶⁵ RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento. Responsabilidad de los Tribunales Nacionales y Derecho Comunitario. La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario en vía judicial, a partir de la sentencia Köbler (C-224/01) del Tribunal de Justicia. **Revista del Poder Judicial**, núm. 70, 2004.

União Europeia desempenhe um papel distinto⁶⁶, especialmente diante da sua estrutura quase-federal^{67,68,69}. Também a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH)⁷⁰, aplicando a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, por exemplo, em *Al-Adsani v. United Kingdom* de 2001⁷¹, entendeu que a proibição de tortura consiste em *ius cogens*, ou seja, norma imperativa de Direito Internacional. Já em *Soering v. United Kingdom* de 1989^{72,73}, a corte também afirmou o caráter de *ius cogens* da proibição da pena de morte, o que tornaria essa norma imperativa do Direito Internacional superior aos ordenamentos jurídicos nacionais.

Portanto, pode-se entender que, na complexa sociedade internacional cosmopolita, os meios juridicamente legítimos de coadjuvação entre cortes locais, estrangeiras, supranacionais e internacionais, devem ser orientados a partir da perspectiva da eficácia das decisões transnacionais, promovendo a compreensão, discussão, reflexão e aproveitamento de novos e distintos argumentos ao debate judicial local.

⁶⁶ RAMÍREZ-ESCUADERO, 2004.

⁶⁷ EUROPA - The EU at a glance - The History of the European Union. <http://europa.eu/abc/history/index_en.htm>. Acesso em: 30 Jul. 2012.

⁶⁸ Idem. Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar, **Cuadernos de Derecho Local**, n. 3, 2003.

⁶⁹ Idem. O sistema normativo da União Europeia e sua incorporação às ordens jurídicas dos estados-membros. In: AMBOS, Kai; PEREIRA, Ana Cristina Paulo (Orgs.). **Mercosul e União Europeia: perspectivas da integração regional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 53-90.

⁷⁰ A Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) foi criada em 1959, e, é o órgão com competência para o julgamento dos casos que envolvem violação à Convenção Europeia de Direitos Humanos (ConEDH).

⁷¹ UNHCR | Refworld | *Al-Adsani v. The United Kingdom*. Disponível em <<http://www.unhcr.org/refworld/country,,ECHR,,KWT,4562d8cf2,3fe6c7b54,0.html>>. Acesso em: 30 Jul. 2012.

⁷² Soering havia cometido um homicídio nos Estados Unidos e havia fugido para a Inglaterra. Os Estados Unidos, assim, requereram a extradição de Soering. A CEDH foi acionada por Soering, que argumentou em seu pedido, para negação da extradição, a violação do artigo 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que impede a extradição de pessoa que no país destinatário venha sofrer (ou haja grande risco de sofrer) tortura ou pena ou tratamento cruel e degradante. A CEDH entendeu que a forma de execução da pena de morte pode vir a constituir uma pena cruel, levando em consideração as circunstâncias pessoais do condenado. No caso, a corte ressaltou a idade (Soering tinha apenas 18 anos quando cometeu o crime) e seu estado mental e, por este motivo, por unanimidade, entendeu que a extradição de Soering violaria o artigo 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Soering só foi extraditado mais tarde, quando os Estados Unidos aceitaram em assegurar uma série de direitos a Soering, para que este, em seu Estado, não fosse condenado à pena de morte.

⁷³ UNHCR | Refworld | *Soering v. The United Kingdom*. <<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3ae6b6fec>>. Acesso em: 30 Jul. 2012.

3. A racionalidade argumentativa da jurisdição constitucional justificada pelos diálogos institucionais transnacionais.

Existe uma tendência crescente de invocação do direito transnacional na tomada de decisões jurisdicionais locais, em uma positiva troca de experiências, conceitos e teorias entre cortes constitucionais, com a possibilidade de aprendizado recíproco entre as instâncias envolvidas nesse diálogo⁷⁴. Neste fenômeno global, novos argumentos e pontos de vista são incorporados ao debate e adquire-se uma perspectiva mais ampla⁷⁵, e a consulta a julgamentos transnacionais torna-se inevitável⁷⁶. Questões convergentes podem ser analisadas pelos intérpretes jurisdicionais por uma análise não vinculativa⁷⁷.

Neste sentido, quando a jurisprudência local se abre para influências transnacionais, a ideia de racionalidade e de legitimidade dentro dos processos locais ganha força, justificada pela necessidade de previsibilidade e respeito pelas expectativas estabelecidas em precedentes transnacionais semelhantes⁷⁸. Ou seja, quando uma decisão doméstica se inclina no sentido de seguir uma decisão transnacional em caso similar, a ideia de equidade e a exigência de que as práticas judiciais devam ser desenvolvidas de uma forma coerente se mostram preenchidas, em um processo em desenvolvimento, em que as decisões judiciais levam em consideração as decisões

⁷⁴ WALDRON, Jeremy. Foreign law and the modern ius gentium. **Harvard Law Review**, v. 129, p. 129, 2005.

⁷⁵ DIXON, Rosalind. Transnational constitutionalism and unconstitutional constitutional amendments. **Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, n. 349, May 2011.

⁷⁶ JACKSON, Vicki C. Progressive Constitutionalism and Transnational Legal Discourse. In: BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. (Eds). **The Constitution in 2020**. Oxford University Press, 2009.

⁷⁷ A ideia de vinculação aos precedentes transnacionais ainda é um tema bastante caro para a jurisdição doméstica. Todavia, sem sombra de dúvida, não há como se negar o devido peso argumentativo ao direito transnacional na interpretação jurisdicional local. Tal ponto foi debatido no caso *Gorgülü* de 2004, julgado pelo *Bundesverfassungsgericht* alemão. No caso, se discutiu se as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos vinculariam ou não aos juízes alemães, tendo se entendido que, embora as decisões da CEDH não sejam vinculantes para os tribunais alemães, estes têm a obrigação de levar em consideração os seus argumentos.

⁷⁸ Esta concepção pode ser entendida, em nível doméstico, na exposição de Robert Alexy, quando afirma que ao tomar uma decisão, o intérprete terá que escolher uma alternativa que entenda como melhor, com base em parâmetros argumentativos e em uma valoração que se ajuste: aos valores da coletividade; ao sistema de valorações do ordenamento jurídico; ou a uma ordem objetiva de valores ou enunciados de direito natural. Logo, as propostas apresentadas para objetivação da questão desta valoração, pode se agrupar em consensos fáticos; valorações extraídas do material jurídico existente; princípios suprapositivos; ou conhecimentos empíricos. De toda sorte, Alexy critica todos esses critérios de objetivação das valorações por serem insuficientes. Assim, a argumentação jurídica é uma atividade linguística de correção dos enunciados normativos, e, esta pretensão de correção de enunciados normativos por meio do discurso jurídico encontra condições limitadoras, em especial a sujeição à lei, ao precedente, à dogmática e às leis processuais. Assim, o que Alexy pretende por meio de sua construção teórica, são estudos analíticos sobre a estrutura argumentativa das decisões, das regras e das formas de argumentos, usada em decisões sucessivas e nos processos jurídicos. Para tanto vide: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio A. da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

anteriores tomadas em casos similares, como parte de uma longa história que deve ser reinterpretada e continuada⁷⁹.

É exatamente neste sentido, que se pode afirmar que, subjacente a esta ideia, se encontra a procura do respeito recíproco na comunidade internacional, na medida em que a jurisdição transnacional exerce mecanismos de reciprocidade, persuasão e aculturação, em que os Estados se adaptam ao direito transnacional, em função do seu auto interesse no ganho de racionalidade, legitimidade e unidade. Neste sentido, nos países em que as ordens jurídicas transnacionais são percebidas como legítimas, há maior facilidade para o diálogo, o que leva à persuasão, bem como a trocas recíprocas e de aculturação, com implicações para a compreensão da racionalidade argumentativa doméstica.

Desde modo, o que se está a afirmar é que referência a cortes transnacionais providenciam uma ferramenta adicional e potencialmente útil, à medida que o judiciário tenha que lidar com questões complexas, proporcionando outra fonte de opiniões que poderá auxiliar os juízes, quando forem confrontados com assuntos semelhantes. Em síntese, o uso de decisões transnacionais permite que haja uma saudável fertilização cruzada de ideias, em que a análise das abordagens externas a temas semelhantes, enriquece a compreensão da corte acerca da questão.

⁷⁹ A ideia se assemelha à concepção de Dworkin do direito como integridade. Assim, as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas, que combinam elementos que se voltam tanto ao passado, quanto ao futuro. A prática contemporânea, é um processo em desenvolvimento, o que rejeita a dicotomia entre passado e futuro, considerando inútil a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito. O princípio da integridade, assim, instruirá os juízes a identificar os direitos e deveres legais até onde for possível, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade. Portanto, as proposições jurídicas devem derivar dos princípios de justiça, equidade e devido processo, e, para Dworkin, esses princípios norteiam as proposições jurídicas, oferecendo a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. O juiz deve sempre buscar uma coerência narrativa, que melhor se adapte ao estado passado e presente do direito, e que estabeleça a melhor visão dos princípios da moral política compartilhados pela comunidade em cada momento da história. A preocupação de Dworkin, está em construir uma teoria do direito que procure princípios e determinações de objetivos válidos, que sirvam para justificar uma ordem jurídica concreta em seus elementos essenciais, dando coerência a todas as decisões tomadas em casos singulares. Aqui se enquadra o “romance em cadeia” (*chain novel*) de Dworkin, em que as decisões judiciais devem levar em consideração as decisões anteriores tomadas em casos similares, como parte de uma longa história que deve ser reinterpretada e continuada, de acordo com o que possivelmente será o melhor andamento da história. Por isso, quando o juiz Hércules é chamado à tarefa de construir uma ordem coerente de princípios (nas três áreas de deliberação judicial: casos de *common law*, de legislação e de dimensão constitucional), as exigências da equidade o levam a analisar a história institucional de determinado sistema de direitos. Assim, um sistema justo é possível, quando resultado de um processo continuado de aprendizagem, devendo os juízes tomar decisões que reflitam a moral amplamente difundida na comunidade. Logo, há uma reconciliação entre passado e presente, entre história e justiça, pois há uma reconstrução racional da história institucional, com vistas à aceitabilidade racional no presente. Assim, a integridade vê a interpretação da lei a partir da história em movimento, porque a interpretação da lei muda a medida que a história se transforma. Para tanto vide: DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

É o que Sanford Levinson defende ao dispor que é uma prática simplesmente prudente reconhecer experiências estrangeiras e aplicar as lições encontradas a dilemas semelhantes nos Estados Unidos⁸⁰. Vicki Jackson também segue a mesma linha argumentativa, ao sustentar que o emprego de decisões estrangeiras pode contribuir para uma melhor compreensão acerca das idiossincrasias locais, e incentiva a melhor compreensão das consequências possíveis nas diferentes escolhas interpretativa⁸¹.

Logo, a disposição da corte em empregar as práticas transnacionais acaba por ser reflexo da inserção do país em uma comunidade mais ampla e que, ao menos presumivelmente, compartilha dos seus valores essenciais. Portanto, a ascensão de abordagens comuns dos juízes nacionais para questões transnacionais incorpora às práticas jurídicas locais tendências centrais da comunidade internacional, apoiada em diretrizes da comunidade global, em um espírito de interconexão com instâncias judiciais estrangeiras.

A mudança conceptual subjacente é a de incorporação de ideias transnacionais, forjada a partir de decisões tomadas por tribunais estrangeiros, em um diálogo ativo e contínuo com a jurisdição nacional. O resultado é que as cortes devem, em questões que transcendem as fronteiras nacionais, ao enfrentarem problemas comuns, reconhecer os demais participantes deste empreendimento judicial global, envolvendo o empréstimo e recepção de decisões transnacionais.

Ao explorar esse fenômeno, fica evidente que, na comunidade internacional, a citação a uma decisão estrangeira abre um leque de opções à corte e convida a uma mudança de consciência da jurisdição local, com o reconhecimento das relações no sistema transnacional. É exatamente o que o antigo *Chief Justice* Carsten Smith, da Suprema Corte da Noruega, afirmou ao dispor que o Supremo Tribunal tem a obrigação natural de tomar parte no debate transnacional e introduzir novas ideias legais na comunidade internacional a partir de decisões judiciais nacionais⁸². Ou mesmo o que a antiga *Justice* Claire L'Heureux-Dubé da Suprema Corte canadense percebeu quando

⁸⁰ LEVINSON, Sanford. Looking abroad when interpreting the U.S. Constitution: some reflections. **Texas International Law Journal**, v. 39, p. 353-366, 2004.

⁸¹ JACKSON, Vicki C. Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement. **Harvard Law Review**, v. 119, p. 109-114, 2005.

⁸² SMITH, Carsten. The Supreme Court in present-day society. In: TSCHUDI-MADSEN, Stephan (Ed.). **The Supreme Court of Norway**. Oslo: Aschenhoug and Co., 1998. p. 134-135.

expôs que os tribunais de todo o mundo estão olhando para os juízos de outras jurisdições⁸³.

Este diálogo, conduzido mediante citação mútuas, bem como através de interações cada vez mais diretas, contribui para uma jurisprudência global e para a qualidade das decisões nacionais, em um processo que aumenta a racionalidade e a legitimidade das decisões domésticas pelos empréstimos transnacionais⁸⁴, bem como a construção de autoconsciência de uma comunidade global judicial, engajada em um diálogo cosmopolita que promove o respeito mútuo e o fluxo argumentativo entre cortes.

Assim, esse intercâmbio transnacional cria um incentivo ao diálogo em vez de monólogo, e os tribunais deliberadamente procuram estabelecer o seu lugar em uma comunidade global judicial, pois a experiência de outros tribunais pode "lançar luz" sobre as consequências de diferentes soluções para um problema jurídico comum, em um debate transjudicial, como exposto pelo *Justice* Breyer da Suprema Corte norte-americana em *Thompson v. Oklahoma* de 1988⁸⁵.

Portanto, observar os problemas das demais sociedades, ajuda a corte a ver um problema em uma perspectiva diferente, fornecendo uma ampla gama de ideias e experiências, que conduz a opiniões mais reflexivas, aumentando a racionalidade e a legitimidade de uma opinião judicial, e, portanto, neste sentido, a prática de citar decisões estrangeiras reflete um espírito de deliberação transjudicial dentro de uma comunidade transnacional autoconsciente. Ademais, aumentar a fluxo de ideias e precedentes entre os juízes de todo o mundo acaba por gerar, ao final, um consenso

⁸³ L'HEUREUX-DUBÉ, Claire. The Importance of dialogue: globalization and the international impact of the rehnquist court. **Tulsa Law Journal**, v. 34, p. 15-16, 1998.

⁸⁴ Como expõe Anne-Marie Slaughter em "A global community of courts. **Harvard International Law Journal**, v. 44, p. 191, 2003", a ideia de fertilização cruzada não é necessariamente nova: "Is such cross-fertilization really new? It is a well recognized phenomenon among imperial powers and their colonies. It is well established in the Commonwealth. As lawyers will remember from their first-year courses, plenty of evidence of borrowing from English law can be also found in nineteenth-century U.S. and federal reports. In this century, the traffic has largely flowed in the other direction; since 1945 recent constitutional courts around the world, frequently established either by the United States or on the model of the U.S. Supreme Court, have borrowed heavily from U.S. Supreme Court jurisprudence. Thus, it is difficult to demonstrate from existing data that the use of comparative materials in constitutional adjudication has in fact increased."

⁸⁵ William Wayne Thompson, de 15 anos de idade na época do crime, foi julgado como um adulto por assassinato, considerado culpado e sentenciado à morte pela *Oklahoma Sentencing Court*, tendo posteriormente a *Court of Criminal Appeals of Oklahoma* confirmado a decisão. A Suprema Corte norte-americana, pela primeira vez, entendeu que a sentença de morte de um menor seria "uma punição cruel e incomum" e violaria a Oitava Emenda da Constituição dos Estados Unidos. O caso foi posteriormente ampliado em *Roper v. Simmons* de 2005. Vide: PARRISSH, 2007.

internacional sobre determinadas questões⁸⁶ e a existência de um conjunto comum de precedentes transnacionalmente legitimados, a partir do diálogo permanente entre os órgãos judiciais da comunidade mundial.

Essa ótica significa que o reconhecimento devido às decisões de outras nações, em virtude de pertencerem a um sistema internacional comum, justifica a obrigação das cortes em relação a uma comunidade de litigantes que se situa também para além das fronteiras da jurisdição de origem. Ou seja, com vistas a responder à mobilidade moderna e às necessidades de um mundo globalizado, deve-se assegurar uma ponte entre os tribunais, em que as questões são enfrentadas como situações globais, porém refletem relações processuais locais.

Isso exige do intérprete judicial a visão de adaptabilidade aos problemas atuais, visto que o volume de disputas que envolvem referenciais transnacionais, gerados por um mundo globalizado. As cortes passam a se entender como participantes do mesmo sistema mundial de resolução de conflitos; há pois um sentido de pertencimento a um sistema muito mais amplo, e a deferência a tribunais alienígenas se mostra como uma questão de respeito às demais cortes do sistema transnacional. Ou seja, tendo em vista que os tribunais de diferentes países estão envolvidos na mesma tarefa de julgar e resolver questões que atravessam fronteiras, a interação regular entre cortes aumenta a possibilidade do surgimento de um sistema judicial transnacional, impulsionado pelo fato de que o reconhecimento das decisões tomadas pelas cortes do sistema jurídico transnacional, agrega racionalidade, legitimidade e unidade às decisões domésticas, a partir do diálogo para resolução de conflitos comuns.

Dessa forma, as cortes de todo o mundo devem estar ativamente envolvidas neste processo de interação autoconsciente com os seus homólogos transnacionais, compartilhando questões comuns no intercâmbio jurídico e criando redes globais de fertilização cruzada, em que tribunais nacionais permanecem conscientes de sua independência; no entanto, reconhecem a necessidade de cooperação e validade de abordagens diferentes para o mesmo problema jurídico, aprendendo e se legitimando a partir de experiências transnacionais.

É, portanto, a visão de um sistema jurídico transnacional, estabelecido em conjunto em todo o mundo, na busca de uma melhor solução para problemas comuns⁸⁷,

⁸⁶ Como é o caso da pena de morte aos portadores de deficiência mental, exposto pela Suprema Corte norte-americana em *Atkins v. Virgínia*. Vide: PARRISSH, 2007.

mas que, fundamentalmente, nesta inserção, constroem uma melhor racionalidade argumentativa aos seus precedentes locais, justificado pelo paradigma decisional transfronteiriço.

Conclusão

Atualmente, com a dinâmica da sociedade contemporânea, o conceito de jurisdição deve ser trabalhado em um diálogo aprofundado, estruturado a partir da projeção nas cortes constitucionais, como resultado, do pluralismo e do consensualismo, arquitetados a partir de uma cadeia de reconhecimento cosmopolita. Neste diálogo global, o uso de decisões transnacionais na tomada de decisões locais, permite a incorporação de novos pontos de vista aos intérpretes jurisdicionais, a partir de mecanismos de reciprocidade, persuasão e aculturação, em que a referência à cortes transnacionais providenciam uma ferramenta adicional e potencialmente útil à medida que o judiciário tenha que lidar com questões complexas semelhantes, em uma saudável fertilização cruzada de ideias e abordagens, em que, ao termo, esta concepção ajude a corte constitucional doméstica a analisar a questão sob uma perspectiva diferente, em um interação que, em contrapartida, aumenta o reconhecimento das decisões tomadas pelas cortes do sistema jurídico transnacional.

Por conseguinte, este diálogo transnacional entre cortes constitucionais, contribui para uma justiça em escala global e para o respeito recíproco na comunidade internacional, na medida em que os empréstimos transnacionais e a construção de uma autoconsciência global judicial acabam por gerar certo consenso internacional sobre determinadas questões na jurisdição constitucional.

Portanto, esta troca profícua entre cortes constitucionais permite a oxigenação de ideias e paradigmas, ampliando o leque de referenciais e fundamentos utilizados pela jurisprudência local, o que, ao cabo, exerce um papel nodal na unidade, legitimidade e racionalidade das decisões domésticas, por meio deste diálogo transnacional.

⁸⁷ SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. *Harvard International Law Journal*, v. 44, p. 191, 2003.

Referência Básica

ARAÚJO, Nádia de. A influência das opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (Coord). **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARPENTIER, Elise. La utilización de la jurisprudencia constitucional extranjera por el consejo constitucional francés . In: **Memoria del X congreso iberoamericano de Derecho Constitucional**. Lima, 16-19 de Septiembre 2009. p. 623-636.

JACKSON, Vicki C. Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement. **Harvard Law Review**, v. 119, p. 109- 114, 2005.

_____. Constitutional law and transnational comparisons: the Youngstown decision and American exceptionalism. **Harvard Journal of Law and Public Policy**, v. 30, n. 1, September 2006.

_____. Progressive constitutionalism and transnational Legal Discourse. In: BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. (Eds). **The Constitution in 2020**. Oxford University Press, 2009.

_____. Transnational discourse, relational authority, and the U.S. Court: Gender Equality. **Loyola of Los Angeles Law Review**, v. 37, n. 271, p. 325–45, 2003.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo. Martins Fontes. 2009.

REHNQUIST, William H. Constitutional courts: comparative remarks (1989). Reprinted in: KIRCHHOF, Paul; KOMMERS, Donald P. (Eds.). **Germany and its best law: past, present, and future - A German-American Symposium**. Baden-Baden: Nomos, 1993. p. 411-412.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. **Harvard International Law Journal**, v. 44, p. 191- 219, 2003.

_____. **A new world order**. Princeton University Press, 2004.

SUNSTEIN, Cass. **A constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before**. Princeton University Press, 2009.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, n. 28, 2002.

WALDRON, Jeremy. Foreign law and the modern ius gentium. **Harvard Law Review**, v. 119, p. 129, 2005.

_____. Minority cultures and the cosmopolitan alternative. **University of Michigan Journal of Law Reform**, v. 25, p.751-778, 1991-1992.

WALDRON, Jeremy. Teaching cosmopolitan right. In: MCDONOUGH, Kevin; FEINBERG, Walter. (Eds.) **Education and citizenship in liberal-democratic societies: cosmopolitan values and cultural identities**. Oxford University Press, 2003. p. 25-35.