XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE: FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS PARTICIPATIVOS

RUBENS BEÇAK

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA

FERNANDA BUSANELLO FERREIRA

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos humanos e efetividade: fundamentação e processos participativos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Rubens Beçak
Vladmir Oliveira da Silveira
Fernanda Busanello Ferreira – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-809-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE: FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS PARTICIPATIVOS

Apresentação

O XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO, realizado em parceria com o Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás - UFG, com a Universidade de Rio Verde – UniRV, a Escola Superior da Advocacia - OAB-GO e o Centro de Formação Jurídica da PGE-GO, abordou como tema central o "CONSTITUCIONALISMO CRÍTICO, POLÍTICAS PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO INCLUSIVO". A temática suscitou intensos debates desde a abertura do evento e desdobramentos no decorrer da apresentação dos trabalhos e da realização das plenárias. Particularmente a questão das relações entre constitucionalismo crítico e efetividade dos direitos humanos, a partir de processos participativos, mereceu destaque no Grupo de Trabalho "DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE: FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS PARTICIPATIVOS I", na medida em que inequivocamente a abertura democrática propiciada pela carta constitucional pátria permite e incentiva a participação efetiva cidadã na concretização dos valores constitucionais, bem como abre caminho para a inclusão de novos direitos advindos de tratados de direitos humanos, cuja afirmação no plano interno depende também de articulações da sociedade civil organizada e do cidadão individualmente considerado, para além da tradicional figura do Estado.

Sob a coordenação do Prof. Dr. Rubens Beçak, livre docente pela USP e professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP), do Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira, pós-doutor pela UFSC e professor da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS) e da Profa. Dra. Fernanda Busanello Ferreira, pós-doutora pelo Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos da UFG e professora da Universidade Federal de Goiás (UFG), o GT promoveu sua contribuição, com exposições orais e debates que se caracterizaram tanto pela atualidade quanto pela profundidade dos assuntos abordados pelos expositores.

Eis uma apartada síntese dos trabalhos apresentados:

Sob o título "REFUGIADOS AMBIENTAIS: UMA ANÁLISE DA VULNERABILIDADE DA PESSOA HUMANA EM FACE DA DEGRADAÇÃO DO MEIO AMBIENTE EM VIRTUDE DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO NÃO ORDENADO", o artigo, de

autoria de Caroline Vargas Barbosa e Carolina Soares Hissa, realiza uma crítica ao capitalismo, a partir do conceito de Revolução Ecojurídica de F. Capra, analisando a situação dos refugiados ambientais quanto à ausência de moradia, restrições à liberdade, direitos ambientais e não concretização de seus direitos humanos conforme previsto em nosso ordenamento jurídico. A pesquisa utilizou metodologia dedutiva e partiu de análise bibliográfica e documental.

Liane Marli Schäfer Lucca e Rosângela Angelin apresentaram o artigo intitulado "TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA CIDADANIA FRENTE À INCLUSÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO ENSINO SUPERIOR", no qual analisam a inclusão de pessoas com deficiência no ensino superior, quanto à necessidade de adaptação da atividade docente, a problemática do ensino não homogêneo e a preocupação com a cidadania individual, tendo como base as lições de Ingo Sarlet e Flávia Piovesan.

INABILIDADE DA OPINIÃO PÚBLICA BRASILEIRA EM COMPREENDER OS DIREITOS HUMANOS: RESSIGNIFICAÇÃO CRÍTICA ANTE A FRAGILIDADE DA INSTITUCIONALIZAÇÃO, de autoria de Luciana Ferreira Lima, aborda que a compreensão de direitos humanos remete, na opinião pública, a uma visão deturpada do conceito, por exemplo, como utopia ou como "defesa de bandidos", utilizando, na pesquisa, o método indutivo e como marco teórico Joaquim Herrera Flores. O texto problematiza, ainda, a dificuldade do ensino transversal dos direitos humanos tendo em vista essa deturpação conceitual do tema.

Bruna de Sillos e Rubens Beçak apresentaram o trabalho intitulado "NARRATIVAS CONTRA HEGEMÔNICAS NAS REDES: REFLEXÃO SOBRE O TRABALHO DA UM TETO PARA MEU PAÍS – BRASIL TETO NA LUTA POR DIREITOS HUMANOS", na qual investigaram as narrativas contra hegemônicas nas redes, utilizando, para tanto, como metodologia, a análise documental do site e instagram do projeto "Um teto para meu país", bem como uma entrevista com o dirigente da organização, na modalidade semiestruturada, e a comunicação entre lideranças e comunidade realizadas por whatsapp.

"MIGRAÇÃO PARA FINS DE TRABALHO ESCRAVO E EXPLORAÇÃO SEXUAL: UMA VISÃO MAIS HUMANISTA E MENOS CRIMINALIZADA", trabalho apresentado por Naymi Salles Fernandes Silva Torres e Andréa Flores, toma por base a situação de migração para fins de trabalho escravo e exploração sexual, partindo da análise da Lei 13.344, a qual mudou o Código Penal, bem como do Estatuto de Palermo de 2003. Analisa que o artigo 149-A do Código Penal passou a tipificar o crime de tráfico de pessoas, trazendo problematizações quanto a uma interpretação sistemática entre o texto nacional e o Estatuto

de Palermo, vislumbrando que a lei pátria primou por trazer um tratamento humanizado da vítima, garantindo a não revitimização, bem como o direito ao trabalho e ao tratamento das vítimas indiretas, resultando na complementaridade entre o direito internacional e nacional.

Giovanna Back e Ivan Dias da Motta apresentaram o artigo intitulado "APROXIMAÇÕES CONCEITUAIS DO CENÁRIO DE VIOLÊNCIA QUE A PROPOSTA DE UMA CULTURA DA PAZ PRETENDE ENFRENTAR EM DEFESA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE", no qual aproximam a defesa da paz, trazida pelo ordenamento brasileiro, em 2018, e a prevenção de violência, especialmente, a escolar. Com base em Deleuze e Bergson, discutem a habituação de comportamentos, a repetição, o decalque e os rizomas. Analisam o uso da perspectiva criativa do conflito, entendendo a escola e educação pela paz como caminho ressocializador, valorizando a educação que não disciplina corpos dóceis e úteis.

Intitulado "EXAMINANDO DRAGÕES": O ANTI ANTIRRELATIVISMO COMO PROPOSTA AO CONTRASSENSO DA DISCUSSÃO CLÁSSICA ENTRE O UNIVERSALISMO E RELATIVISMO CULTURAL DOS DIREITOS HUMANOS", o trabalho da autoria de Pedro Lucas Campos de Medeiros, problematiza os debates entre universalismo e relativismo cultural e defende a tese do anti antirrelativismo, discutindo se a dignidade da pessoa humana é um fundamento absoluto e apontando o conceito como forma de fundamentar e limitar as permissões culturais, em contraponto à tese do relativismo.

Luiz Antônio da Silva Júnior é o autor do artigo "A NEGAÇÃO DA IDENTIDADE PELO USO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER A PARTIR DO CASO GONZÁLEZ E OUTRAS VERSUS MÉXICO", no qual aponta o caso González e outros, em que três mulheres foram mortas em Suarez, na fronteira do México com os EUA, e o confronta com a realidade nacional, discutindo a efetividade da lei brasileira que incluiu o feminicídio como qualificadora do homicídio.

"A EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS DOS IDOSOS: UM ESTUDO COMPARADO DOS MECANISMOS PROTETIVOS NO PLANO GLOBAL", de autoria de José Arthur Figueiras Deolino e Heleno Veloso de Faria Júnior, discute a efetividade dos direitos humanos dos idosos, realizando um comparativo da temática nos mecanismos protetivos no plano global, especialmente com base na Carta Africana de Direitos Humanos, no Sistema Regional Europeu e no Sistema Interamericano, no protocolo de São Salvador e na Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Vinicius Silva Lemos apresentou o artigo “O DEVER DO DIÁLOGO EFETIVO NAS CITAÇÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE PRECEDENTES DAS CORTES DE DIREITOS HUMANOS” em que analisou o dever de diálogo efetivo entre cortes. Verificou que o modo como o Brasil utiliza as decisões de direitos humanos possui uma eficácia persuasiva, sendo que o Supremo Tribunal Federal utiliza muito mais as decisões das cortes de direitos humanos para dar autoridade à decisão, como reforço argumentativo. Indica que ocorre uma bricolagem, sendo que não há metodologia de cada ministro e muito menos do colegiado quanto ao uso dos precedentes de direitos humanos. Refere que há uma aparência de utilização do direito internacional, mas que falta um efetivo diálogo internacional do Supremo Tribunal Federal no que tange aos precedentes das cortes de direitos humanos.

Sob o título “O CREDENCIAMENTO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE”, o artigo, de autoria de José Antonio Remedio e Rafael Angelo Chaib Lotierzo, analisa o instituto do credenciamento como forma de efetivação do direito fundamental à saúde. Verifica que a contratação de terceiros em casos de licitação inexigível para prestar serviço de saúde permite que pequenos municípios consigam cumprir a finalidade constitucional, concretizando o direito humano à saúde.

Marco Aurélio Raniéri e Julia Thais de Assis Moraes apresentaram o artigo intitulado “A VIOLAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO PROCESSO DE ANULAÇÃO DEMARCATÓRIA PANAMBI LAGOA RICA FACE AOS DOS DIREITOS HUMANOS”, no qual analisam a violação da segurança jurídica no processo de anulação demarcatória da terra indígena Panambi Lagoa Rica, em que o juiz determinou que a população deveria ocupar 12 mil hectares, sob pena de anulação da demarcação, o que configuraria cerceamento de direitos humanos pelo judiciário.

PRINCÍPIO DA SUBJETIVIDADE, MODERNIDADE E A CONCEPÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS À LUZ DO PENSAMENTO DE JÜRGEN HABERMAS, de autoria de Letícia da Silva Almeida e Raquel Carvalho Menezes De Castro, aborda a construção do princípio da subjetividade na modernidade, considerados três momentos: cristianismo, revolução francesa e reforma protestante. Apresenta, em Habermas, os direitos humanos como capa protetiva da pessoa e parâmetro de normas de vida comum.

O artigo intitulado “BAIXA CONSCIÊNCIA DEMOCRÁTICA E DIREITOS SOCIAIS: QUANDO OS DIREITOS POLÍTICOS FOMENTAM NOVOS DIREITOS”, de autoria de Lazaro Alves Borges, analisa a consciência democrática e os direitos sociais com base nas teses do minimalismo e maximalismo democrático. Partindo dos estudos de José Murilo de

Carvalho, indica que no Brasil muitos dos direitos sociais nasceram em épocas ditatoriais, sendo o direito produto de um governo elitista, ressaltando, assim que o debate das políticas públicas, de forma participativa, poderia representar um engrandecimento dos direitos socais.

"PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O RECONHECIMENTO DO DIREITO DAS MINORIAS: QUESTÕES CONTEMPORÂNEAS E O RISCO DE RETROCESSO" é o título do artigo de autoria de Arthur Ramos do Nascimento e Fernando de Brito Alves, no qual é analisado o risco de retrocesso e o efeito backlash. Propõe uma blindagem de vedação ao retrocesso por meio do controle de convencionalidade.

Walter Gustavo da Silva Lemos apresentou o artigo "COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE E A NECESSIDADE DE UMA COMISSÃO DA VERDADE PARA APURAÇÃO DOS ATOS CONTRA OS INDÍGENAS NO BRASIL", de sua autoria, no qual argumenta ser necessário instaurar uma Comissão Nacional da Verdade Indígena. Parte do pressuposto de que a construção de uma Justiça de Transição deve se basear na busca da verdade, nos termos da Corte Interamericana. Afirma ainda que o anexo segundo do relatório final da Comissão da Verdade brasileira indica, dentre as medidas para o futuro, a necessidade de criar uma comissão própria indígena, tendo em vista que morreram aproximadamente 8300 índios no país, existindo uma violação ao direito humano à verdade que poderia ser mitigado pela instauração de comissão específica.

Sob o título "A CIDADANIA FISCAL COMO EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA NA ADMINISTRAÇÃO PARTICIPATIVA", as autoras Maria De Fatima Ribeiro e Renata Cristina de Oliveira Alencar Silva, defendem em seu artigo que a participação do contribuinte na tomada de decisões sobre o pagamento de tributos é uma forma do contribuinte não apenas ver a arrecadação como custo, justificando a sonegação, mas de percebê-la como instrumento necessário para a concretização dos objetivos constitucionais, tais como o direito humano à educação.

As autoras Rosana Walter e Riva Sobrado no artigo "O DANO AO PROJETO DE VIDA E O FEMINICÍDIO" postulam que, com base na proteção da pessoa, conferida pelo Código Civil de 2002 e no reconhecimento dos direitos de personalidade, o feminicídio gera aos herdeiros o direito de pleitear remuneração por dano extrapatrimonial ao projeto de vida.

"ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA NO BRASIL: TRABALHO ESCRAVO E DEGRADANTE COMO FORMA DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS", de autoria de Florisbal de Souza Del Olmo e Luiz Henrique Santos Da Cruz, aborda que a

escravidão não acabou com a lei áurea, referindo que acabar ou reduzir o trabalho escravo não significa apenas acabar com a submissão do trabalhador, mas sim com a influência dos grandes especuladores.

Como se vê pela leitura dessa apresentação, os artigos exploraram de forma ampla a pluralidade da temática que envolvem a fundamentação e efetividade dos direitos humanos, com destaque central para o fenômeno democrático da participação como forma de garantia e concretização dos direitos humanos.

Prof. Dr. Rubens Beçak/FDRP-USP

Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira/UFMS

Profa. Dra. Fernanda Busanello Ferreira/UFG

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O DEVER DO DIÁLOGO EFETIVO NAS CITAÇÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE PRECEDENTES DAS CORTES DE DIREITOS HUMANOS

THE DUTY OF THE EFFECTIVE DIALOG IN THE CITATIONS OF THE SUPREME FEDERAL COURT ON PRECEDENTS FROM THE COURTS OF HUMAN RIGHTS

Vinicius Silva Lemos [1]

Resumo

Este presente trabalho tem o intuito de analisar a doutrina dos precedentes judiciais e a utilização pelo STF dos precedentes das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, com a verificação das eficácias dessas decisões perante o direito brasileiro e, ainda, discriminando a necessidade de um dever de diálogo efetivo para a utilização destes precedentes pelo Tribunal brasileiro.

Palavras-chave: Diálogo efetivo, Precedentes, Cortes de direitos humanos, Supremo tribunal federal

Abstract/Resumen/Résumé

This study aims to analyze the doctrine of judicial precedents and the use by the supreme court of the precedents of international courts of Human Rights, with the verification of the effectiveness of these decisions before the Brazilian law and, still, discriminating against the need for a duty of effective dialog for the use of these precedents by Brazilian Court.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Effective dialog, Precedent, Courts of human rights, Federal supreme court

[1] Advogado. Doutorando em Direito Processual pela UNICAP/PE. Mestre em Sociologia e Direito pela UFF /RJ. Especialista em Processo Civil pela FARO. Professor de Processo Civil na FARO e na UNIRON.

INTRODUÇÃO

O estudo dos precedentes judiciais é pertinente para o entendimento da construção da decisão judicial, bem como da própria evolução do pensamento jurídico de determinado país ou nação jurídica.

As Cortes Internacionais de Direitos Humanos ao decidirem uma determinada matéria também produzem precedentes a serem utilizados pelos países signatários. Para tanto, há a necessidade de um diálogo, de uma consideração argumentativa sobre o precedente e o caso em concreto a ser julgado.

O recorte desse estudo está na inexistência de um diálogo real entre o STF e as Cortes Internacionais de Direitos Humanos e a delimitação do modus operandi necessário para que ao diálogo exista, dentre uma razão influenciante entre o precedente a ser utilizado e o caso em concreto.

Diante de tais parâmetros, o estudo visa estabelecer, no cerne do problema trazido, saídas comparativas propícias para o resultado esperado.

1. A VISÃO SOBRE PRECEDENTES JUDICIAIS NA CONCEPÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA

A teoria de utilização dos precedentes nasce no direito *common law*, que é baseado no uso e costume, oriundo dos países anglo-saxões. Mas, o que seria necessariamente a conceituação de um precedente? Tucc determina, ao delimitar a base de um precedente, a sua relação fática e parte motivacional, o que leva a "todo precedente é composto de duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório[1]." Para Didier Jr., Braga e Oliveira, a conceituação do precedente seria "a decisão judicial tomada à luz de um caso em concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos[2]." Para Marinoni e Mitidiero, os precedentes "são razões generalizáveis que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais. O precedente é formado a partir da decisão judicial e colabora de forma contextual para a determinação do direito e para sua previsibilidade[3]." Na análise de Rupert Cross e J. W. Harris, o precedente é essencial para a justiça, uma vez que "é um princípio básico de administração de justiça que os casos similares devem ser decididos de maneira idêntica[4]."

1 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito.* São Paulo: RT, 2004. p. 12.

Explicam, ainda, que "no sistema baseado no caso-lei[5] ou precedente, o juiz subsequente deve levar em conta as questões[6]" anteriores ou o próprio precedente.

Por essas visões pode-se realizar uma intersecção, apesar das pequenas distinções, em todas persiste que a jurisdição deve ser provocada por um indivíduo, com o pedido de resolução de um caso concreto, com uma delimitação fática e jurídica pelo estado juiz com a interpretação judicial ao caso, culminando em uma decisão que, pelos seus elementos, serve como base para utilização posterior em casos que tragam as mesmas indagações concretas. Marinoni e Mitidiero enfatizam que a decisão[7] acaba por ser a base, mas não o precedente[8], fato muito importante para a própria construção de uma visão brasileira de um precedente e o quanto necessitamos de esclarecimento sobre tal ponto.

No entanto, importante pensar o que seria a cultura do precedente no direito comparado. Quando se fala de precedente nos países adeptos ao *common law* temos uma base diferente de formação do precedente, sem uma determinada lei para aquela situação levada ao judiciário, o conflito existente merece uma solução a ser construída pelo julgador, o que, para aquela situação, é a própria formação da norma jurídica, atrelando os fatos ali dispostos como componentes da própria norma. De certo modo, há um entendimento de que não se cria o direito no *common law*, mas o direito está ali para ser descoberto, a partir da norma jurídica que resolve o conflito colocado à jurisdição.

Assim, o direito nasce dos conflitos e suas resoluções, o que impacta que, numa maneira geral, os precedentes num direito *common law* também nascem das resoluções, porém, com vinculação gradativa, seja para o juízo que assim o decidiu, seja para os tribunais em escala a partir do momento em que decidem aquela matéria, até chegar na Corte Superior, quando o efeito vinculante argumentativo terá maior incidência. Todavia, importante salientar que a cultura de precedentes não nasce de uma decisão maior da Corte, mas se consolida com esta. Ou seja, a

2 DIDIER Jr. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada.* 10ª ed. Salvador. JusPodivm. 2015. p. 441.

3 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao novo código de processo civil: artigos 926 a 975.* Coord: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. 1ª, Ed, RT: São Paulo: 2016. p. 47.

4 Livre tradução de: CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4.ed. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 3.

5 "Case-law consist of the rules and principles stated and acted upon by judges in giving decisions." CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4.ed. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 3 Pode ser traduzido livremente como "O precedente consiste das regras e princípios enunciados em atuações anteriores de juízes ao tomar decisões."

6 Livre tradução de: "In a system based on case-law, a judge subsequent case must have regard to these matters". CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4.ed. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 3.

7 "A decisão judicial desempenha, portanto, dupla função: define a controvérsia instaurada entre as partes e também tem valor de precedente, de sorte que um princípio de direito, deduzido por meio de uma decisão judicial, deverá ser considerado e aplicado, no futuro, a casos semelhantes" MARCATO, Antonio Carlos. Os precedentes judiciais e o novo Código de. Processo Civil. *Revista de Direito da ADVOCEF.* Ano XI nº 21 nov/2015. p. 52.

8 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao novo código de processo civil: artigos 926 a 975.* Coord: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. 1ª, Ed, RT: São Paulo: 2016. p. 47.

formação de um precedente nasce do caso comum, da atuação do juízo de primeiro grau, dos tribunais de revisão até chegar na estabilização dada pela Corte Superior, em sua decisão, criando, argumentativamente, através dos costumes, a sua própria vinculação[9].

O precedente em sua essência, oriundo do *common law*, é uma decisão diante de um posicionamento que surge da jurisdição de baixo para cima, não há um procedimento específico para tal desiderato, nem momento marcado para a assimilação de que criou um precedente, mas nasce da resolução daquele conflito novel para a sociedade, nos limites das ideias de direito, moral e costume. Desse modo, apostar e acreditar na teoria dos precedentes deve passar pela construção natural de uma estabilização de um posicionamento como algo que a própria sociedade reflete, nunca como uma atuação do judiciário como uma órgão plenamente legislador, que numa decisão desconectada com a sociedade determina o que será a norma.

Schauer[10] enfatiza que a utilização da teoria dos precedentes passar por utilizar o passado para decidir o futuro, mas de maneira que o decidido no passado saiba atuar na linha tênue entre decidir o caso em concreto naquele momento sem pensar demasiadamente no futuro, contudo que não se decida o determinado caso sem esquecer que futuramente será base para uma utilização posterior.

É e deve ser o intuito do precedente, nascer enquanto solução dada para um caso atual, de acordo com as peculiaridades de sua relação fática jurídica, como um conjunto de argumentações da solução apresentada e, consequentemente, com a possibilidade de utilização futura. Zaneti Jr. explica que o precedente é uma solução jurídica, uma resolução que se chegou, judicialmente, ao conflito ali disposto e, que seu caminho argumentativo leva à nova norma jurídica[11].

Num sistema que respeita as decisões anteriores, há um respeito à própria teoria do precedente e da manutenção do decidido, com a possibilidade clara e normal do judiciário, de maneira apta e legítima, criar normas, a partir da atividade judicante na relação fato determinado e

---

9 "a ideia de vinculação do julgado precedente às demandas semelhantes surgiu nos idos do século XIX, quando a Câmara dos Lordes admitiu o caráter vinculativo das suas próprias decisões nos casos *Beamish v. Beamish* em 1861, referendado no caso *London Street Tranways v. London County Council,* este último tido como o mais célebre case." PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre a common law, civil law e o precedente judicial.* http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf

10 "A perspectiva tradicional sobre os precedentes, dentro e fora do direito, tem, desta maneira, focado no uso dos precedentes do passado nas decisões atuais. Entretanto, de uma maneira igualmente se não mais importante, uma argumentação por precedente se projeta também para o futuro, pedindo-nos para olhar as decisões de hoje como um precedente pra os julgadores do amanhã. Hoje não é apenas o futuro do passado; é, do mesmo modo, o ontem do amanhã. Um sistema de precedentes, assim, envolve a responsabilidade especial que acompanha o poder de comprometer o futuro antes de chegarmos lá." SCHAUER, Frederick. Precedente. *Precedentes.* Organizadores: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACEDO, Lucas Buril de; ATAIDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. Editora JusPodivm, Salvador, 2015. p. 50/51.

11 Ao definir os precedentes, de modo geral, Zaneti Jr. estabelece como normas jurídicas estabelecidas que podem ser retiradas da solução daquele caso em concreto, sempre com a necessidade de uma argumentação comparativa entre os casos – o anterior e o atual de possível aplicabilidade do precedente: "Trata-se, portanto, da solução jurídica explicitada argumentativamente pelo intérprete a partir da unidade fático-jurídica do caso-precedente com o caso-atual." ZANETI JR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª. ed. Salvador: Jus Podivm. 2016. p. 304/305.

direito aplicado. Ao julgar, naturalmente nasce uma norma jurídica para utilização posterior, pela necessidade de julgar os casos idênticos de maneira similar.

O Brasil tem uma complexidade normativa processual, sem a tradição de uma cultura de precedentes, apesar de uma utilização paulatina de um direito jurisprudencial, com a utilização de decisões reiteradas de tribunais, não há, como enfatiza Zaneti Jr., uma vinculação[12] do que se decidiu anteriormente ao que se decidirá em caso parecido. Devemos, por tradição, vinculação somente à norma legal[13], o que ocasiona, mediante diversas interpretações possíveis do texto normativo, uma jurisprudência claudicante e com excesso de recorribilidade, o que já relembramos Cambi[14] sobre a maneira lotérica da jurisprudência.

Nesse caminho, não há como seguir do mesmo modo, sem uma uniformização dos posicionamentos jurisprudenciais e, ainda, permitindo decisões díspares entre os tribunais e, por muitas vezes, dentro de um mesmo tribunal. Há a necessidade crível de evolução, o que levou a criação do art. 926 do CPC/2015 que tende a solucionar essa precariedade, com a inserção do dever de uniformização e, posteriormente a esta, mantê-la estável, coerente e íntegra[15].

Uma dúvida recai neste ponto: o disposto no art. 926 passa pela criação de precedente? Há pertinência neste questionamento para que se tenha a noção da criação de uma cultura de precedentes no Brasil[16] e, ainda, para que se entenda o que seria o precedente. Em conjunção com este dispositivo, muitos outros, principalmente os quais delinearemos neste capítulo, foram criados – alguns antes do CPC/2015 e outros neste ordenamento – para uniformizar entendimentos e

12 Zaneti Jr. explica a utilização da jurisprudência, apesar de não ser um precedente, no direito brasileiro e a maneira com que esta tem um certo poder, mas não guarda a relação correta com a função de basilar, de maneira argumentativa em sua autoridade, a decisão posterior: "A expressão "direito jurisprudencial" é de uso habitual nos países de *civil law*. Essa expressão, normalmente, refere-se ao uso reiterado de decisões judiciais, como exemplo do que os tribunais estão decidindo, indicando uma linha de entendimento dos tribunais." ZANETI JR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª. ed. Salvador: Jus Podivm. 2016. p. 303.

13 Sobre a jurisprudência, Zaneti Jr. explica: "Portanto, não é considerada, do ponto de vista dogmático, norma válida e obrigatória. Esta força vinculante comumente, é atribuída apenas às normas legais." ZANETI JR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª. ed. Salvador: Jus Podivm. 2016. p. 303.

14 "A ideia da jurisprudência lotérica se insere justamente nesse contexto; isto é, quando a mesma questão jurídica é julgada por duas ou mais maneiras diferentes. Assim, se a parte tiver a sorte de a causa ser distribuída a determinado Juiz, que tenha entendimento favorável da matéria jurídica envolvida, obtém a tutela jurisdicional; caso contrário, a decisão não lhe reconhece o direito pleiteado." CAMBI, Eduardo. Jurisprudência Lotérica. *Revista dos Tribunais.* São Paulo: RT, ano 90, v. 786, abr. 2001. p. 111.

15 "A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito. Trata-se de uma garantia contra arbitrariedades interpretativas. A integridade limita a ação dos juízes; mais do que isso, coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é uma forma de virtude política. A integridade significa rechaçar a tentação da arbitrariedade" STRECK, Lênio Luiz. *Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC.* http://www.conjur.com.br/2013-out-21/leniostreck-agora-apostar-projeto-cpc

16 "o respeito aos precedentes judiciais é ainda tema novo no Brasil e gera grande polêmica. Parte da magistratura entende que a aplicação de decisões judiciais anteriores a novos casos implicaria restrição à liberdade de convicção do julgador. Isso é natural diante desse momento de ruptura. Cada grande mudança é, normalmente, acompanhada de resistência. Mas, na verdade, o estudo mais apropriado da teoria dos precedentes mostra que ela não viola a liberdade judicial. Muito pelo contrário. Se aplicada corretamente, tal teoria valoriza as decisões e ainda assegura uma evolução da própria jurisprudência." DOTTI, Rogéria. Os precedentes judiciais e antecipação: a tutela da evidência no novo CPC. *Revista de Direito da ADVOCEF.* Ano XI nº 21 nov/2015. p. 68.

vincular os próprios tribunais[17], os quais seus órgãos estão vinculados, pelo próprio dever de autorreferência[18] e os órgãos hierarquicamente inferiores, desde os tribunais de revisão quanto os juízes de primeiro grau.

Evidente que o intuito de uma teoria de precedentes, ainda que seja uma às avessas, como no Brasil, é conceder ao sistema judiciário e, consequentemente, à sociedade uma previsibilidade[19], garantindo um mínimo de segurança jurídica, princípio constitucional basilar para a aplicabilidade da justiça. Para pensarmos nessa segurança jurídica, dois outros pontos são essenciais: a confiança e a isonomia nas decisões jurídicas.

Para Marinoni, a confiança[20] está relacionada com a previsibilidade[21], para se alcançar esta, o sistema deve propiciar confiança ao jurisdicionado, de diferentes maneiras, para Ingo Sarlet, somente haverá a confiança "quando o Direito assegurar também a proteção da confiança do indivíduo (e do corpo social com um todo) na própria ordem jurídica e, de modo especial, na ordem constitucional vigente[22]".

17 Enunciado n.º 316 do FPPC: A estabilidade da jurisprudência do tribunal depende também da observância de seus próprios precedentes, inclusive por seus órgãos fracionários.

18 Evidente que se há um precedente, como explicitado, os órgãos hierarquicamente abaixo, são vinculados, mas, antes disso, qualquer órgão tem o dever de manter a sua própria jurisprudência uniformizada e, posteriormente, estabilizada, pelo próprio dever de autorreferência, passando para a sociedade uma sensação de segurança jurídica. Peixoto delimita bem sobre isso: "Um relevante dever gerado aos tribunais pela adoção de uma teoria de precedentes é a necessidade de autorreferência. Não se pode mais admitir que, em havendo algum entendimento anterior sobre um mesmo tema, possa ele ser solenemente ignorado na decisão do magistrado. As decisões não podem partir de um grau zero." PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica.* Salvador, Jus Podivm. 2015. p. 193.

19 "Para que o cidadão possa esperar um comportamento ou se postar de determinado modo, é necessário que haja univocidade na qualificação das situações jurídicas. Além disso, há que se garantir-lhe previsibilidade em relação às consequências das suas ações. O cidadão deve saber, na medida do possível, não apenas os efeitos que as suas ações poderão produzir, mas também como os terceiros poderão reagir diante delas. Note-se, contudo, que a previsibilidade das consequências oriundas da prática de conduta ou ato pressupõe univocidade em relação à qualificação das situações jurídicas, o que torna esses elementos indissociavelmente ligados." MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: A força dos precedentes. *Estudos dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR.* Coord. Luiz Guilherme Marinoni. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 560.

20 "A previsibilidade obviamente depende da confiança. Não há como prever sem confiar. De modo que também pode ser dito que a confiança é um requisito da previsibilidade. Portanto, como o Estado tem o dever de garantir a previsibilidade, cabe-lhe tutelar ou proteger a confiança do cidadão em relação às consequências das suas ações e às reações dos terceiros diante dos seus atos, assim como no que diz respeito aos efeitos dos atos do poder público." MARINONI, Luiz Guilherme. *Princípio da segurança jurídica dos atos jurisdicionais.* http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2016/08/Princípio-da-Segurança-dos-Atos-Jurisdicionais-MARINONI.pdf

21 O sentido de previsibilidade é mais amplo do que somente prever e, de certo modo, ter ciência prévia do que se decidirá, mas é saber que não acontecerá nada fora do padrão, o que Wambier preconiza bem; "Quando se pensa na previsibilidade, como objetivo a ser perseguido e alcançado pelo direito, não se quer com isso dizer que as partes tenham sempre condições de prever de forma precisa como será a decisão de um processo em que contendem. Mas a decisão não deve ser daquelas que jamais poderiam ser imaginadas." WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. *Revista de Processo.* São Paulo, v. 34, n. 172, jun./2009. p. 142.

22 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Público.* Belo Horizonte, v. 3, n. 11, out. 2005. p. 11.

O sistema normativo deve propiciar uma base de confiança, uma gama de direitos que propiciem uma confiança legítima[23] do jurisdicionado no próprio Estado como garantidor da justiça, com a possibilidade de uma previsibilidade naquela prestação jurisdicional. Sem essa confiança, não há, evidentemente, uma relação pertinente entre o indivíduo que almeja a justiça e o próprio Estado. Sem norma condizente a garantir uma pacificação, uniformização e estabilidade, a situação somente se agrava, o que leva o sistema normativo a ser o ponto inicial da confiança. Depois, a segurança jurídica almejada na teoria dos precedentes se concretiza quando na aplicabilidade futura deste se alcançará a isonomia jurídica[24], pela própria utilização coerente daquele paradigma para o caso análogo futuro a ser julgado, possibilitando uma igualdade de tratamento pelo tribunal aos jurisdicionados, seja aquele que formou o precedente, seja aquele que tem o caso a ser julgado com base na utilização deste precedente. Decisões que utilizam os precedentes, de forma correta, com a comparação da decisão que formou o paradigma com a delimitação de fatos daquela ação, são coerentes na aplicação do direito.

Entretanto, diante de um sistema ainda em construção de precedentes, sem a importação definida do direito estrangeiro para o instituto, com os moldes brasileiros, vários pontos processuais devem ser atados para uma melhor aplicabilidade dessa teoria. Nisso, Lopes Filho, veementemente, discorda[25] que essa teoria dos precedentes ocasione, pura e simplesmente, a garantia de segurança jurídica, seja por esta não ser somente uma previsibilidade de resultados ou, ainda, que um sistema de precedentes não está interligado a estrutura de aplicabilidade do que se decidiu, mas, sim, sobre a própria lógica de resolução natural de problema e replicação destas, com a sua autoridade argumentativa[26] como melhor solução e não pela vinculatividade legal.

---

23 "Em outras palavras, o respeito aos precedentes estratifica a confiança legítima: os jurisdicionados passam a confiar nas decisões proferidas pelo judiciário, acreditando que os casos similares terão o mesmo tratamento e as soluções serão idênticas para situações iguais." CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 656.

24 "Neste cenário, o respeito ao princípio da isonomia (em sua conotação material) e à própria segurança jurídica passou a exigir uma aproximação entre os sistemas *civil law* e o *common law*, a fim de assegurar tratamento igual para casos iguais (*treat like cases alike*)." DOTTI, Rogéria. Os precedentes judiciais e antecipação: a tutela da evidência no novo CPC. *Revista de Direito da ADVOCEF.* Ano XI nº 21 nov/2015. p. 63.

25 Lopes Filho argumenta claramente como erro a visualização de precedente como garantidor de uma segurança jurídica. LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo.* 1a. Ed. Salvador: Jus Podivm. 2014. p. 115

26 Neste mesmo sentido, Bustamante defende que o precedente deve vencer pelo argumento, deve ser visto pelo que representa juridicamente e, não, pela autoridade do seu procedimento. "Torna-se essencial, por conseguinte, estabelecer o mesmo tipo de cultura argumentativa sobre o precedente judicial existente no direito do Reino Unido. Sem essa cultura argumentativa, o efeito vinculante do precedente judicial pode muito bem ser compreendido, na realidade, como um pretexto para a mera produção discricionária de normas abstratas pelos tribunais, ou mesmo – o que seria pior ainda – para ao mesmo tempo autorizar o Supremo Tribunal Federal a cassar simplesmente qualquer decisão judicial, por meio de Reclamações, e desonerá-lo da difícil tarefa de realização uma comparação analítica de casos para realizar essa pesada interferência sobre os demais órgãos do Poder Judiciário." BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC. *Precedentes.* Organizadores: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACEDO, Lucas Buril de; ATAIDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. Editora JusPodivm, Salvador, 2015. p.296.

2. OS PRECEDENTES DAS CORTES DE DIREITOS HUMANOS E A APLICABILIDADE NO BRASIL

No mundo existem diversas Cortes de Direitos Humanos, como a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) ou Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) e Corte Africana de Direitos Humanos. Todas elas são entidades que visam estabelecer os parâmetros das concepções de direitos humanos no que seriam sistemas regionais de integração e proteção desses direitos[27].

A atuação dessas Cortes em casos em que os Estados signatários não agiram jurisdicionalmente ou, se fizeram, foi de modo insatisfatório na concepção protetiva aos direitos humanos. Desse modo, há possibilidade de jurisdição revisional ou originária dessas Cortes.

A competência dessas Cortes se divide em contenciosa e consultiva, dependendo, também da própria visão de que cada signatário terá em modo relacional com a Corte. Estas podem, no exercício de sua jurisdição, até julgar de modo condenatório compensatório[28], de maneira pecuniária, através de indenizações, bem como mediante obrigações de fazer, seja em casos específicos ou em políticas públicas.

As decisões dessas Cortes, cada qual com suas peculiaridades, detém natureza de coercibilidade, com a necessidade de que cada ordenamento jurídico regulamente como seria o cumprimento do conteúdo dessa decisão.

No entanto, apesar do valor decisório da jurisdição dessas Cortes, há também uma outra influência, a visão de que toda decisão proferida por estes colegiados têm autoridade de um precedente judicial a ser respeitado para os próximos julgamentos, formando uma norma jurídica entre o caso em concreto e o direito ali aplicado, justamente para aplicabilidade em eventuais casos análogos, seja para a própria Corte, mas principalmente pelo sistema judicial de cada país signatário da Corte de Direitos Humanos.

Ou seja, o que se decide nas Cortes de Direitos Humanos viram diretrizes e precedentes judiciais para os próprios Estados utilizarem em seu sistema jurídico.

2.1 A eficácia persuasiva

Os precedentes das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, naqueles parâmetros que o Brasil é subordinada à competência da Corte, não tem uma eficácia automática de vigência no ordenamento jurídico brasileiro, quando não é o Estado que faz parte do caso a ser julgado para a construção daquela decisão.

27 HEYNS, Christof; PADILLA, David; ZWAAK, Leo. Comparação esquemática dos sistemas regionais de direitos humanos: uma atualização. SUR - *Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 4, 2006, p. 161-169. p. 161.

28 CARMO NETO, Manoel Bonfim do. O papel dos sistemas regionais na proteção dos direitos fundamentais. *Revista Mestrado em Direito,* Osasco, n. 1, 2008, p. 309-326. p. 318.

Ou seja, se o Brasil for parte da demanda, há uma vinculação como parte, mas não há uma vinculatividade como norma jurídica a ser utilizada como um precedente vinculante. Nesse viés, o que se decide nessas Cortes, não tem valor imediato para aplicabilidade no Brasil, contudo o que for decidido pelas Cortes que temos submissão de competência para julgar, os julgamentos alheios ao Brasil, tem caráter de formação de um precedente persuasivo.

Não há, portanto, um caráter de vinculação automática ou efeito *erga omnes*.

Todavia, não é o fato de não gozar de uma eficácia erga omnes que faz ter a ausência de importância no direito brasileiro e nos julgamentos a serem realizados sobre as mesmas questões, somente não há uma vinculação imediata.

O direito brasileiro deve considerar os julgados das Cortes Internacionais de Direitos Humanos para a construção de sua própria decisão, num viés dialógico, promovendo um modo de análise sobre os julgados e a visão de que podem influenciar a tomada de decisão judicante no Brasil, contudo sem qualquer autoridade imediata.

Diante dessa eficácia persuasiva, não há a aplicação imediata, contudo não impede o dever de diálogo e consideração, podendo, mesmo juridicamente, um julgado de uma Corte Internacional ser considerado, analisado e utilizado no ordenamento brasileiro.

2.2 A eficácia *erga omnes*

Apesar do posicionamento de que as decisões construída pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos não têm eficácia imediata e autoritária ao Brasil – e a outros países – há uma decisão em sentido contrário. Schäfer e outros dispõem sobre tal decisão:

> No entanto, a partir do seu pronunciamento na Supervisão ao Cumprimento de Sentença no caso Gelman vs. Uruguay, a Corte definiu que os seus julgamentos possuem eficácia erga omnes, afetando todos os países que firmaram a CADH, independentemente de terem sido ou não parte no processo internacional (CorteIDH, 2013), sob o fundamento de que cumpre a cada Estado promover e proteger os direitos humanos, adequando seus ordenamentos nacionais ao disposto no corpus juris interamericano, na forma prevista nos arts. 1.1 e 2 da Convenção. Essa orientação, que impõe a todos os Estados subserviência a qualquer julgamento proferido pela Corte, não encontra fundamento em qualquer disposição do Pacto de San José e pode até mesmo dificultar as relações entre o referido órgão e os Tribunais nacionais, pois impõe um monólogo no qual a CorteIDH dita a melhor forma de proteção e promoção dos direitos humanos (Dulitzky, 2015) e impede que os agentes de cada país levem em consideração as peculiaridades sociais, econômicas e políticas locais e adotem posições que podem ser mais favoráveis à vítima[29].

Pelo teor dessa decisão acima explicitada, o julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos teria aplicabilidade imediata aos países signatários, subordinados, então, a prevalecer esse

29 SCHÄFER, Gilberto ; RIOS, R. R.; LEIVAS, P. G. C; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal Brasileiro e a Corte Interamericana De Direitos Humanos: Uma Realidade nos Dias Atuais? Ajuris (Porto Alegre), 2017. p. 224.

entendimento, ao que se decidiu na Corte, mesmo que o Estado não tenha participado daquele processo.

Esse entendimento é totalmente oposto ao efeito persuasivo normal de um precedente formado em Cortes Internacionais de Direitos Humanos, num giro decisório sem diálogo com os costumes e direitos locais. Não haveria, nessa hipótese, um dever de diálogo, mas um dever de cumprimento, de inserção no ordenamento jurídico daquele Estado uma norma novel, com o intuito de aplicá-la.

3. A UTILIZAÇÃO INADEQUADA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS DAS CORTES DE DIREITOS HUMANOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O STF ao julgar um recurso ou uma ação constitucional que verse sobre Direitos Humanos, ao aplicar a norma, pode ou deve, dependendo da situação, dialogar com precedentes formados por Cortes Internacionais de Direitos Humanos, justamente pela correlação material existente entre a matéria a ser julgada e a especialidade de tais órgãos.

3.1 A utilização sem o devido diálogo: viés meramente como argumento de autoridade

Para a correta utilização de um precedente de uma Corte Internacional de Direitos Humanos, um Tribunal deve invocá-lo mediante os parâmetros de utilização de um precedente, seja ele persuasivo ou vinculante, ou seja, com a correta discriminação da relação fático-jurídica que interliga o precedente a ser utilizado e o caso a ser julgado por aquela Corte.

No entanto, o STF quando utiliza de precedente das Cortes Internacionais de Direitos Humanos mais se preocupa como o modo de reforço da argumentação de que aquele Ministro votante construiu do que realmente um diálogo entre as Cortes.

Esse modo de utilização acaba por ser uma mera forma de argumentar com uma autoridade de corroboração da Corte Internacional, mas sem realmente um diálogo entre as Cortes. Os problemas seriam em duas frentes, primeiro que cada Ministro acaba por invocar de modo isolado um precedente judicial, depois não há um método adequado para que haja a real utilização dialógica entre os casos – o precedente e aquele a ser julgado.

O primeiro problema está na falta de diálogo entre os próprios julgadores do STF, cada qual realizando o seu voto sem o debate entre os próprios julgadores, o que nos leva a entender que há somente um monólogo de um dos membros da Corte Brasileira que suscita o precedente – persuasivo ou vinculante – da Corte Internacional de Direitos Humanos.

Diante desse viés, não há um debate ou diálogo entre as Cortes, mas a mera argumentação de autoridade daquele Ministro para corroborar que a sua fundamentação ou posicionamento seria o mais adequado, com citações de passagens de precedentes existentes em Cortes Internacionais de Direitos Humanos.

O intuito – e erro – de tais citações é para criar uma argumentação decisória de que há legitimidade na decisão, como uma chancela na construção decisória e seu conteúdo pelo argumento de autoridade do suposto diálogo daquele pensamento com algum formado em outro julgamento de uma Corte Internacional de Direitos Humanos.

O segundo equívoco e demonstração de falta de diálogo nessa utilização inadequada de precedentes de Cortes Internacionais de Direitos Humanos pelo STF está na falta de metodologia[30] e critérios para tal citação. O precedente deve ser utilizado de modo influenciante, com a devida análise pormenorizada de pontos fáticos que convergentes entre as situações – do precedente e do julgamento a ser realizado, justamente para que resulte na possibilidade de diálogo, de influência e de servir como um paradigma para a tomada de decisão no julgamento pelo STF.

O método é importante, a análise detalhada do que se julgou no precedente, na questão fático, com a correlação com o caso a ser julgado, passando à análise da solução dada no julgamento da Corte Internacional de Direitos Humanos no precedente e se tal construção jurídica é a mais adequada para o caso em concreto e, ainda, se há no ordenamento jurídico brasileiro um viés mais benéfico do que o conteúdo dessa decisão, pelo fato de que a norma a ser usada (ou o conteúdo) deve ser aquele que mais beneficia a aplicação e garantia dos Direitos Humanos, ainda que seja para descumprir o precedente, mas num sentido de ser mais benéfico do que o precedente.

Para uma citação ser correta em um julgamento do STF, o método deve ser obedecido, justamente para a configuração de um real diálogo entre Cortes e a devida utilização do precedente, bem como a necessidade de um diálogo coletivo, de debate entre os Ministros participantes dos julgamentos, no intuito de realmente analisar a aplicação, ou não, daquele precedente ao caso a ser julgado.

Os julgamentos e precedentes existentes sobre Direitos Humanos das Cortes Internacionais devem servir como um viés bussolar para a construção da decisão pelo STF e não de modo argumentativo de autoridade, somente para corroborar uma posição que um Ministro ou a Corte queira tomar sem proporcionar o devido diálogo de precedentes.

3.2 A desnecessidade de citação sem um diálogo entre as cortes

30 HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 2015, n. 2, p. 193-210, 2015.

Para que um precedente de uma Corte de Direitos Humanos seja citado pelo STF em algum julgamento, com o intuito de utilização para a construção jurídica daquela situação que está em julgamento, a citação ao precedente deve ocorrer nas diretrizes condizentes de utilização entre o caso já julgamento pela Corte Internacional e aquele que está para o julgamento pelo Tribunal brasileiro.

Por diretrizes condizentes, há a necessidade de comparação entre as situações, principalmente nas questões fáticas, para que seja possível um real enquadramento jurídico da solução jurídico encontrada pela Corte Internacional naquela situação a ser julgada pelo STF. Se as questões fáticas forem diversas, com outros pontos, estes devem ser explicitados, de modo a definir-se os pontos de convergência e divergência, com argumentos analíticos condizentes sobre as aproximações ou distanciamentos das soluções jurídicas.

Quanto mais próximos e convergentes os fatos, maior a possibilidade de diálogo construtivo lógico e jurídico entre a decisão já existente, mesmo que de uma Corte internacional, e aquela do julgamento para o caso em questão. Se os fatos são idênticos ou próximos, as soluções jurídicas tendem a caminhar juntas e, nesse caso, a decisão já existente de uma Corte de Direitos Humanos tem alto valor cognitivo e influenciante.

Na utilização de um precedente de uma Corte de Direitos Humanos para influenciar um julgamento brasileiro, a análise deve ser minuciosa para que se chegue nos motivos que ensejam tal diálogo entre as Cortes. Uma citação de um precedente de Corte de Direitos Humanos sem o ônus argumentativo da construção analítica se torna uma citação avulsa, como um mero argumento de autoridade, somente demonstra que o Ministro quer a utilização daquele julgado como um meio de proporcionar a aparência de uma autoridade maior para o seu argumento, mas não para a influência sobre a construção de um pensamento uníssono e dialógico.

3.3 A necessidade de fundamentação comparativa entre *rationes decidendi* para evitar bricolagem

Por bricolagem[31] se entende que há uma utilização de uma série de citações a casos – no nosso exemplo, internacionais – sobre o assunto, sem se dar o luxo de interligação entre o ponto a ser julgado e o caso a ser citado. Não há nenhuma comparação entre as *rationes decidendi*, somente

31 "bricolagem, em que as citações dos julgamentos de Cortes de outros países são realizadas de maneira relativamente aleatória, sem que exista um esforço de argumentação para demonstrar a semelhança entre os fatos e as situações jurídicas existentes em cada um dos casos, nem de quaisquer outros critérios que possam demonstrar de que forma o precedente internacional contribui para a solução do caso sub judice e, em algumas situações, "[...] são desnecessárias, equivocadas ou mesmo superadas nos tribunais de origem" (Conci; Gerber, 2016, p. 236)." SCHÄFER, Gilberto ; RIOS, R. R.; LEIVAS, P. G. C; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal Brasileiro e a Corte Interamericana De Direitos Humanos: Uma Realidade nos Dias Atuais? Ajuris (Porto Alegre), 2017. p. 214.

a invocação de que um julgado foi realizado no mesmo sentido, como uma aparência de que há total similitude fático-jurídica e a possibilidade de enquadramento na construção jurídica do caso a ser julgado.

Há a necessidade comparativa entre as situações fático-jurídica, ou seja, das *rationes decidendi*, com o intuito de autorizar não somente a utilização, mas a própria influência daquela decisão já existente para o caso análogo a ser julgado pela Corte brasileira.

A percepção do julgador deve ser pela análise dos fatos de formação do precedente para que haja a relação de convergências com os fatos do caso a ser julgado, o que importa num ônus interpretativo do Ministro que suscita tal precedente a ser analisado. E, evidentemente, que tal utilização deve importar na consequência de um ônus argumentativo de fundamentação, com a demonstração para os demais julgadores e para as partes que houve o esforço comparativo entre os casos, com a real análise entre estes.

A utilização de uma citação de um caso somente para dizer que houve um caso similar, sem a demonstração de convergências e divergências é a chamada bricolagem[32], como explicitada acima, sem o menor intuito, pelo julgador, de desincumbir-se de demonstrar se há, ou não, um real diálogo construtivo e influenciante do precedente na formação do pensamento e construção da decisão do caso a ser julgado. O intuito da citação é ganhar autoridade do julgamento proposta pelo julgador votante, sem a pretensão de um real diálogo entre Cortes, o que se torna, evidentemente, equivocada enquanto modo de operar-se[33].

3.4 O dever de diálogo efetivo pelo STF nas citações de precedentes das Cortes de Direitos Humanos

O STF tem o costume, dentro da sua competência judicante, de analisar casos em que os Direitos Humanos entram em pauta ou que somente pontos destes direitos entram em questão.

Nessas situações, o julgador deve desincumbir-se do ônus argumentativo que lhe é necessário, com a interligação entre os pontos convergentes e divergentes e a devida análise entre o caso que gerou o precedente e o caso a ser julgado, como salientamos na construção desta pesquisa.

32 GERBER, K. ; CONCI, L. G. A.. Diálogo entre Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: controle de convencionaliidade concomitante ao controle de convencionalidade?. In: Gerber, Konstantin; Figueiredo, Marcelo; Conci, Luiz Guilherme Arcaro. (Org.). A jurisprudencia e o diálogo entre tribunais. 1ed.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, v. , p. 233-278. p. 236.

33 "O referido autor insurge-se quanto à possibilidade de o julgador brasileiro escolher, de forma aleatória ou preordenada, tão somente aqueles precedentes que confirmam a tese que se está defendendo, sem especial atenção às circunstâncias de fato e jurídicas que levaram a Corte estrangeira a adotar uma interpretação específica (o que ele denomina "contar cerejas") e relata que, em algumas situações, a Suprema Corte norte-americana busca justificar suas decisões a partir da prática constitucional em outros países – e não nos fundamentos das decisões –, de forma a justificar um consenso internacional sobre uma determinada matéria ("contar narizes")." SCHÄFER, Gilberto ; RIOS, R. R.; LEIVAS, P. G. C; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal Brasileiro e a Corte Interamericana De Direitos Humanos: Uma Realidade nos Dias Atuais? Ajuris (Porto Alegre), 2017. p. 213.

Sobre o diálogo – ou ausência deste – do STF com outras Cortes Internacionais de Direitos Humanos, Schäfer e outros salientam enfaticamente:

> O que se demonstra, a partir do exame do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, é a ausência de diálogo com a Corte Interamericana. Apenas um – Ministro Celso de Mello – dos onze julgadores analisou as decisões anteriormente proferidas pela CorteIDH, descrevendo os fatos por ela examinados, comparando-os com o caso sub judice, buscando suas semelhanças e suas diferenças para afastar a incidência dos precedentes interamericanos (Brasil, 2010). Este é o sentido de diálogo que se busca: a utilização racional e fundamentada do precedente interamericano pelos julgadores brasileiros, com exposição dos elementos que levaram o julgador à adoção da ratio decidendi exposta no julgamento tomado como parâmetro, ao seu afastamento ou à sua superação, o que possibilita a todos acompanhar o raciocínio desenvolvido e evita a mera escolha arbitrária dos precedentes invocados[34].

De modo geral, o STF deve abrir mais para o diálogo com as Cortes Internacionais de Direitos Humanos, seja pelo fato de que os precedentes dali provenientes tem influência no direito brasileiro, seja também pelo fato de que o conteúdo ali existente pode ajudar na construção judicante de um caso a ser julgado sobre o mesmo tema pela Corte brasileiro.

No entanto, o *modus operandi* de tal diálogo deve ser alterado, seja na própria suscitação, com a discriminação dos pontos existentes de convergência e divergência e, ainda, que seja debatido pelo colegiado a aderência ou não de tal precedente, para posteriormente utilizar-se, ou não, da solução jurídica ali disposta.

A utilização de bricolagem não deve ser o único meio de utilização e "diálogo" entre o STF e as Cortes internacionais de Direitos Humanos, devendo, portanto, haver um real diálogo entre os julgadores com os precedentes dali provenientes, seja qual o valor normativo que se atribua, uma vez suscitada a utilização da matéria, pertinente se faz que haja uma análise comparativa pormenorizada para a efetivação da relação entre os precedentes e não mera colação de citações de casos aqui e acolá, sem o menor critério, tampouco justificativa jurídica de utilização.

Há, como vimos, a necessidade de métodos de diálogo, estes de modo construtivo científico para que o diálogo seja real, influenciante e evidente[35].

4. CONCLUSÃO

O ponto central desse estudo foi demonstrar que há uma necessidade de melhor diálogo entre o STF e as Cortes Internacionais de Direitos Humanos, com a devida utilização de um

34 SCHÄFER, Gilberto ; RIOS, R. R.; LEIVAS, P. G. C; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal Brasileiro e a Corte Interamericana De Direitos Humanos: Uma Realidade nos Dias Atuais? Ajuris (Porto Alegre), 2017. p. 214.

35 "O resultado é a transformação dos sistemas regionais por meio da inovação jurisprudencial e do fortalecimento da capacidade de responder a desafios concernentes a violações de direitos, propiciando proteção mais efetiva aos direitos das vítimas. " PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

precedente destes órgãos pelo Tribunal brasileiro, com a necessidade de utilização de todo arcabouço jurídico argumentativo para tanto.

Para a utilização de um precedente, qualquer que seja, em qualquer julgamento, há a necessidade de comparação de *rationes decidendi*, com a aferição sobre as coincidências fáticas e das comparações jurídicas, imbuindo-se de uma construção jurídica dialógica entre o julgamento do caso em concreto e a utilização adequada do precedente.

No entanto, há a utilização inadequada e superficial de tais precedentes pelo STF, como uma argumentação meramente de autoridade, para fortificar o que o Ministro debate, sem atentar-se num diálogo real entre as Cortes.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC. *Precedentes.* Organizadores: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACEDO, Lucas Buril de; ATAIDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. Editora JusPodivm, Salvador, 2015.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência Lotérica. *Revista dos Tribunais.* São Paulo: RT, ano 90, v. 786, abr. 2001.

CARMO NETO, Manoel Bonfim do. O papel dos sistemas regionais na proteção dos direitos fundamentais. *Revista Mestrado em Direito,* Osasco, n. 1, 2008, p. 309-326.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4.ed. Oxford: Oxford University Press, 2004.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER Jr. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada.* 10ª ed. Salvador. JusPodivm. 2015.

DOTTI, Rogéria. Os precedentes judiciais e antecipação: a tutela da evidência no novo CPC. *Revista de Direito da ADVOCEF.* Ano XI nº 21 nov/2015.

GERBER, K. ; CONCI, L. G. A.. Diálogo entre Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: controle de convencionaliidade concomitante ao controle de convencionalidade?. In: Gerber, Konstantin; Figueiredo, Marcelo; Conci, Luiz Guilherme Arcaro. (Org.). A jurisprudencia e o diálogo entre tribunais. 1ed.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, v. , p. 233-278.

HEYNS, Christof; PADILLA, David; ZWAAK, Leo. Comparação esquemática dos sistemas regionais de direitos humanos: uma atualização. SUR - *Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 4, 2006, p. 161-169.

HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 2015, n. 2, p. 193-210, 2015.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo.* 1a. Ed. Salvador: Jus Podivm. 2014.

MARCATO, Antonio Carlos. Os precedentes judiciais e o novo Código de. Processo Civil. *Revista de Direito da ADVOCEF.* Ano XI nº 21 nov/2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao novo código de processo civil: artigos 926 a 975.* Coord: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. 1ª, Ed, RT: São Paulo: 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: A força dos precedentes. *Estudos dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR.* Coord. Luiz Guilherme Marinoni. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____. *Princípio da segurança jurídica dos atos jurisdicionais.* http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2016/08/Princípio-da-Segurança-dos-Atos-Jurisdicionais-MARINONI.pdf

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica.* Salvador, Jus Podivm. 2015.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre a common law, civil law e o precedente judicial.* http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Público.* Belo Horizonte, v. 3, n. 11, out. 2005.

SCHÄFER, Gilberto ; RIOS, R. R.; LEIVAS, P. G. C; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal Brasileiro e a Corte Interamericana De Direitos Humanos: Uma Realidade nos Dias Atuais? Ajuris (Porto Alegre), 2017.

SCHAUER, Frederick. Precedente. *Precedentes.* Organizadores: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACEDO, Lucas Buril de; ATAIDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. Editora JusPodivm, Salvador, 2015.

STRECK, Lênio Luiz. *Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC.* http://www.conjur.com.br/2013-out-21/leniostreck-agora-apostar-projeto-cpc

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito.* São Paulo: RT, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. *Revista de Processo.* São Paulo, v. 34, n. 172, jun./2009.

ZANETI JR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª. ed. Salvador: Jus Podivm. 2016.