XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO INTERNACIONAL II

BRUNO MANOEL VIANA DE ARAUJO

VALESCA RAIZER BORGES MOSCHEN

VALTER MOURA DO CARMO

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

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

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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

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

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

D598
Direito internacional II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/ UDF;
Coordenadores: Bruno Manoel Viana De Araujo, Valesca Raizer Borges Moschen, Valter Moura do Carmo – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-165-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Internacional. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO INTERNACIONAL II

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos os artigos do Grupo de Trabalho - Direito Internacional II do CONPEDI. A obra possui como objetivo a divulgação e análise de diferentes questões controvertidas do Direito Internacional contemporâneo. A coletânea está composta pelos artigos selecionados e apresentados no XXV Encontro Nacional do CONPEDI realizado entre os dias 6 e 9 de julho, em Brasília, numa parceria com o Mestrado e o Doutorado da Universidade de Brasília - UNB, com a Universidade Católica de Brasília – UCB, com o Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP. Em sua estrutura observam-se temas de diversos aspectos do Direito Internacional, como aqueles inerentes:

a. à Proteção e Promoção dos Direitos Humanos: Proteção Multinível de Direitos Humanos: o Trabalho escravo no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos; os Tratados Internacionais Ambientais na Política de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais; A Liberdade de Expressão e a Aplicação de Sanções Penais como Medidas Ulteriores no Sistema Interamericano de Direitos Humanos; Respostas Internacionais a Violência do Gênero e Avanços da Lei Maria da Penha; Processo Internacional Transfronteiriço: os Litígios que não Respeitam Fronteiras – Da Soberania à Tutela dos Direitos.

b. à Judicialização do Direito Internacional e o Diálogo com o Sistemas Judiciais Nacionais: Por que resistir? A resistência do STF ao Diálogo com a Corte IDH; Possíveis Conflitos Existentes entre o Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira de 1988; A Judicialização do Direito Internacional : a Jurisdição da Corte Internacional de Justiça sob a Ótica do Voluntarismo Estatal de Direitos Humanos; A Instrumentalização das Teorias do Diálogo Judicial: Aproximação do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos por meio da Autoridade Persuasiva; A Incompatibilidade da Prisão Perpétua do Tribunal Penal Internacional e a Constituição de 1988;

c. à Integração Regional: Soberania da União Europeia e no Mercosul em Tempos de Globalização; A Construção da Supranacionalidade à Luz do Constitucionalismo Internacional; Globalização e Integração entre os Povos da América Latina.

d. ao Direito Econômico Internacional: A Importância do órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio para a Proteção dos Interesses Econômicos do Estado Brasileiro; Tratado Transpacífico e a Organização Mundial do Comércio: uma Análise da Mudança na Estruturação do Comércio Internacional; A apropriação de Recursos Genéticos entre a Convenção sobre Diversidade Biológica e a Organização Mundial do Comércio: Caminhos para uma Harmonização?; Um Olhar sobre as Empresas Transnacionais e a Internacionalização do Direito; A Influência do Princípio de Cooperação Internacional: Reflexões sobre a política Brasileira de Cooperação Sul-Sul com Moçambique.

e. ao Diálogo entre as Fontes do Direito Internacional: A Aplicação da convenção de Nova Iorque de 1958 no Brasil; A Incorporação dos Tratados Internacionais: uma Análise sobre as Consequências no Direito Interno; Análise da Força dos Comentários à Convenção Modelos da OCDE em Face da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados;

Esperamos que este livro contribua para a compreensão das intensas transformações sofridas pela Sociedade Internacional nos tempos atuais e possa ser útil no desenvolvimento e na transformação do Direito Internacional.

Prof. Dr. Bruno Manoel Viana De Araujo (UPE)

Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen (UFES)

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo (UNIMAR)

A INSTRUMENTALIZAÇÃO DAS TEORIAS DO DIÁLOGO JUDICIAL: APROXIMAÇÃO DO SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS POR MEIO DA AUTORIDADE PERSUASIVA

THE INSTRUMENTALIZATION OF THEORIES OF TRANSJUDICIAL COMMUNICATION: APPROXIMATION OF LEGAL SYSTEMS BY PERSUASIVE AUTHORITY

Caio Cesar Gadelha Moreira Gonçalves
Stephanie Ann Pantoja Nunes

Resumo

: A presente análise parte dos impactos da aplicação da autoridade persuasiva, advinda do diálogo judicial, comparando-se duas decisões: Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Kichwa de Sarayaku Vs. Equador e do Supremo Tribunal Federal no caso Raposa Serra do Sol, cujas temáticas versam sobre a tutela do direito à propriedade das comunidades indígenas e seu reflexo no choque com direitos previstos tanto na Constituição Federal quanto na Convenção Americana de Direitos Humanos. Autoridade persuasiva é apresentada como um instrumento avançado na tutela dos direitos humanos, por meio cooperação internacional, integração e cooperação jurídica internacional.

Palavras-chave: Comunidade indígena, Diálogo judicial, Autoridade persuasiva

Abstract/Resumen/Résumé

The discourse of forest environmental protection, as a way to raise market demands , the light of environmental protection currents , starting this analysis of the beginnings of ecological and unfolding discussions , establishing parallel with the current global market environment through mechanisms border protection, bringing to analyze the case of the forestry sector in Pará. Finally linking the data presented found that bureaucratic factors that imprison the sector due to state adoption of more rigorous environmental policies, which does not meet any of the essential objectives environmental defense completely shattering the current dictates of socioenvironmentalism.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Indigenous community, Judicial dialogue, Persuasive authority

1. Introdução

A busca pela fundamentação dos direitos humanos, diante da necessidade da implementação dos mesmos em escala global, é uma voz que deve ser ouvida, justamente, em caso de ausência deste elemento basilar, a incidência ideológica dos direitos humanos como um todo resulta em profundo menoscabo. Em consequência, a continuidade desta lacuna a sociedade padece e sua emancipação é postergada. (SEN, 2009)

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em junho de 2012, deparou-se com um caso intrigante, na qual fora debatido o direito à propriedade da comunidade indígena Kichwa de Sarayaku em contraposição à atuação do estado do Equador. Ao analisar em profundidade esta decisão, percebe-se que o cerne da fundamentação da decisão, que determinou o posicionamento da Corte, foi o uso do diálogo judicial.

Deste jogo de fundamentação jurídica, surgem mecanismos jurídicos de argumentação que influenciam, fortemente o método de análise de casos concretos semelhantes, sobretudo quando se verifica a decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro que, por sua vez, consolidou a ideia de restrição do uso das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos ao contrastá-la com os valores da Constituição Federal de 1988. A partir da posição da Suprema Corte, a proteção dos direitos federativos ganha força e aquilo que é adverso à unidade do Estado será colocado em segundo plano, em virtude do instrumento que foi utilizado para definir a interpretação dos direitos em choque.

A ampliação da incidência dos direitos humanos em escala local, no entanto, diante da força persuasão, obtida por meio da fundamentação das decisões judiciais é um fator que se impõe, diante da arquitetura interpretativa da Suprema Corte brasileira. Com efeito, na busca pela fundamentação dos direitos humanos, que tem a jurisdição constitucional como seu fio condutor, a força persuasiva da argumentação judicial se apresenta como o elemento determinante.

O surgimento do diálogo judicial estreita o debate do desenvolvimento dos direitos humanos a partir do uso da autoridade persuasiva, especialmente quando, em casos similares, protegem-se os mesmos direitos de modo distinto. Neste trabalho, pretende-se analisar as funções deste debate judicial diante da tutela do direito de propriedade às comunidades indígenas para se verificar um importante vetor de influência neste processo: a persuasão argumentativa. Para tanto, o trabalho se divide em três partes. Na primeira, apresentam-se os contornos de ambas as decisões judiciais a fim de compará-los em seus fundamentos e aspectos jurídicos próprios. Na segunda, expõem-se as nuances das teorias do diálogo judicial, para compreensão de seus objetivos, bem como a relação que as mesmas possuem entre si, além do

elo existente entre o diálogo com a complexidade do fato social, para que se possibilite a compreensão da função deste debate judicial perante o destinatário máximo do Direito: a sociedade. Por fim, serão apresentados os argumentos em favor do uso da autoridade persuasiva e sua imprescindibilidade para a teoria do diálogo judicial no tocante à tutela dos direitos humanos das comunidades indígenas, e, ainda nesta seção, será apresentada a questão por trás do uso da autoridade persuasiva, com o fito de explicitar sua relevância no tratamento da temática dos Direitos Humanos.

2. Sistema global de direitos humanos e análise prática: comparação dos casos Raposa Serra do Sol e Kichwa de Sarayaku

O Direito é uma construção social, integrando, portanto, em seu âmago toda a carga cultural do povo que o forjou. Quer partamos de uma visão contratualista, marxista ou foucaultiana: é impossível dissociar o direito da construção de uma dada sociedade. Neste sentido, os sistemas jurídicos pátrios trazem em seu bojo todo um contexto de lutas e conquistas sociais de seus cidadãos, sendo que cada Estado Nação possui sua própria construção histórica e, consequentemente, certa supremacia legal outorgada pela soberania, fluindo daí a obrigação que estes ordenamentos jurídicos, reflitam os anseios e desejos dos cidadãos aos quais tutelam.

Ocorre que, no presente contexto internacional de crescimento estruturado na explosão das trocas de informações e alargamentos das fronteiras globais, ocorre a necessidade de se estabelecer os mecanismos de interação entre os entes que participam desta aldeia global.

Frente a essa nova realidade global de interação, o Direito não poderia quedar-se ausente, sendo um dos primeiros convidados a estabelecer-se nesta nova ordem, inicialmente mediante tratados e acordos comerciais bilaterais ou multilaterais, sendo ainda fortemente fomentado pelas questões de violações dos Direitos Universais do Homem, tendo em vista que nesta seara repousam os chamados direitos naturais, os quais já trazem consigo um contexto universalista histórico considerado comum à humanidade fato que facilita seu diálogo por dentre os diversos sistemas jurídicos.

Para o alcance dos fins propostos no presente artigo, cumprem-nos comparar os dois casos que servem de base para a discussão da autoridade persuasiva e sua função perante o diálogo judicial entre as decisões paradigmáticas da Suprema Corte brasileira e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

2.1. O caso Raposa Serra do Sol

O caso da demarcação da Terra indígena Raposa Serra do Sol se integra por temas da mais alta envergadura constitucional, perante os quais se verificam a densidade jurídica de cada um perante a personagem indígena, em posição de hipossuficiência dado conflito ocorrido no

Estado de Roraima. O cerne da questão envolve a constitucionalidade do processo administrativo de demarcação da referida área, cujo pedido se resume à nulidade do Decreto Homologatório de 15.04.2005, bem como da Portaria n. 534/2005.

Os argumentos trazidos pelos requerentes, com vistas à anulação do processo de demarcação, incluem-se o da validade do laudo antropológico, já que fora assinado por apenas um profissional; o de que a reserva traria consequências desastrosas à conjuntura econômica do Estado Roraimense; no interesse da união, haveria comprometimento da segurança e soberania nacionais; por fim, que o território do referido estado se mutilaria em virtude da extensão da área em questão.

O primeiro argumento não foi aceito, por se verificar que os dados antropológicos do laudo decorrem do trabalho de profissionais de reconhecida qualificação científica, em outras palavras, disse a corte brasileira que o fato de que apenas um tenha subscrito não significa sua nulidade, desde que todos tenham atuado nele.

O segundo foi indeferido porque seria insuficiente para o proposito constitucional, qual seja o de simples crescimento econômico por si só. Percebeu-se que a questão econômica não deve ser vista de modo solitário, mas a partir de uma visão desenvolvimentista humanista[1], calcada nos valores do meio ambiente equilibrado, humanizado e culturalmente diversificado.

Por fim, verificou-se que a questão da defesa do território brasileiro, de fato, não estaria ameaçada pela simples presença dos índios naquela localidade, pois ficou comprovado nos autos que atividade dos nativos não obstava a dos militares na defesa nacional. A busca pela excelência defesa nacional, portanto, não tem como empecilho o processo de demarcação, inclusive, por serem, segundo o Supremo, as comunidades meras usufrutuarias de terras cuja propriedade é constitucionalmente pertencente à união.

Ao lado destes argumentos trazidos pela decisão da Corte brasileira, temos a sistemática defesa cultural dos povos indígenas, com elevação de seus direitos justamente pela posição de proteção que recebem da constituição federal, não apenas dos direitos conferidos aos mesmos, mas pelos objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Bem como é clara a opção pela prevalência da Constituição Federal em face da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, Convenção n. 169 da OIT e a própria

[1] No indeferimento deste, vale destacar que a Corte brasileira interpretou acertadamente a visão econômica dos direitos no caso concreto, pois diante da dicotomia entre crescimento econômico e desenvolvimento é importante estabelecer a visão de SEN, já que, para ele, o desenvolvimento se apresenta como um processo de expansão das liberdades reais pessoais. Significa dizer que o desenvolvimento decorre do avanço real das liberdades, porém não significa o desenvolvimento de liberdades na acepção individualista, já que ele indica a *democracia* como elemento chave para o desenvolvimento. (SEN, 1999).

jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em seu voto, o Min. Relator, Carlos Britto, chega afirmar, "Por isso que falamos (...) da desnecessidade de amparo estrangeiro às causas indígenas, hoje, pois nenhum documento jurídico alienígena supera a nossa constituição em modernidade e humanismo...". (BRASIL. 2009, p. 294.)

O poder coercivo para uso da constituição pode ser ilustrado (que demonstra uso da hierarquia normativa como fundamentação), também, pelas palavras do Min. Menezes Direito, que expõe: "(os documentos internacionais sobre os Povos Indígenas)... não pode negar vigência às normas de hierarquia constitucional e de topografia pétrea, como a unidade nacional, a indissolubilidade e o princípio federativo"(BRASIL. 2009, p. 398). Este ponto é crucial para a demonstração da (in)sensibilidade jurídica do ministro, não com a problemática indígena, mas sim com outro direito previsto na constituição, cuja opção interpretativa é claramente direcionada para o potencial coercitivo da autoridade judicial[2].

Esta ideia é, sem dúvida, o pano de fundo de toda discussão de proteção aos direitos indígenas no âmbito brasileiro.

A elevação do capítulo de proteção dos direitos indígenas previsto na constituição à acepção máxima revela um problema jurídico maior por de trás de tudo: a pobre fundamentação jurídica para se chegar à esta conclusão. Chega-se neste ponto por ao se verificar que os ministros não adentram, em sua profundidade, à tessitura internacional sobre o assunto, pois, se o fizessem, verificariam que a proteção maior deste povo internacionalmente vulnerável se dá com o uso do direito a propriedade das comunidades indígenas, tal como entendido no âmbito internacional como veremos ao expor o caso Kichwa de Sarayaku Vs. Equador.

Michele Taruffo ensina que este posicionamento pela hierárquica constitucional, é fruto do modelo federativo de jurisdição constitucional alemão, por meio da qual o efeito vinculante se dá, predominantemente, pela forca da autoridade, e raramente pela via da persuasão argumentativa (MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS,1997, p. 441). Em outras palavras, a estrutura institucional da vinculação dos precedentes adotada no Brasil demonstra não se preza, em sua predominância, pelo uso da forca persuasiva dos argumentos e sim do poder vinculante.

Contudo, este debate, a respeito de que o elemento hierárquico dos tratados de direitos humanos em comparação com a Constituição Federal, não pode servir como fator determinante

[2] Não se pode deixar de salientar que este poder de autoridade, tal como foi utilizado pelo Supremo Tribunal Federal no caso Raposa Serra do Sol, utiliza como base a teoria Kelseniana de Jurisdição Constitucional: "Cada grau da ordem jurídica constitui, pois, ao mesmo tempo uma produção de direito com respeito ao grau inferior e uma reprodução do direito com respeito ao grau superior. Garantias da Constituição significam, portanto, garantias da regularidade das regras imediatamente subordinadas à constituição" (KELSEN, 2003, p. 126.).

para interpretação harmônica da carta magna em relação a estes diplomas internacionais. Conforme os ensinamentos do professor MAUÉS, a posição que ocupa o tratado internacional de direitos humanos perante o ordenamento jurídico "deve ser complementado com a reflexão sobre sua função hermenêutica em nosso ordenamento". (MAUÉS, 2013.p.226)

A problemática se instaura com o empobrecimento da argumentação judicial quando estão em evidencia direitos alvos de proteção internacional, pois a decisão que se fundamenta em argumentos puramente hierárquicos estão fadados à inobservância da sensibilidade jurídica que se verifica em demandas que tem em um dos seus polos um grupo social hipossuficiente. Utilizando o método comparativo, expor-se-á o caso Kichwa de Sarayaku decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que desempenha papel fundamental para a fixação do uso da autoridade persuasiva do diálogo judicial.

2.2. O caso Kichwa Sarayaku Vs. Equador

Ao partir para comparação com o caso da Corte interamericana, percebe-se a mudança de tratamento do mesmo tema que rodeou a Suprema corte Brasileira. Tratar-se-á, neste momento, justamente do caso da Corte de San José.

Os fatos da demanda demonstram que, às margens do Rio Bobonaza, na região Amazônica pertencente ao Equador, vive a comunidade tradicional dos Povos Indígena Kichwa de Sarayaku que promovem sua subsistência a partir da agricultura familiar coletiva, caça, pesca, que trabalha por meio de uma cosmovisão a respeito do território, repassando de geração a geração por meio dos seus costumes e tradições.

Ocorre que, em 1996 o Estado do Equador pactuou com a Companhia General de Combustível-CGC, para exploração de Hidrocarbonetos e petróleo cru no bloco 23 da região amazônica, compreendendo uma área de 200.000 ha., nas quais habitam várias associações, comunidades e dentre tais os povos indígenas, como o povo Kichwa de Sarayaku, que em 2002 encaminhou uma carta ao ministério de Minas e Energia informando que não concordava com a entrada da companhia em seu território, que ao ser ignorado, judicializou a questão.

Em 2003 ante a falta de efetividade da medida ocasionada pela demora excessiva na resposta o caso foi denunciado a Corte Interamericana de Direitos Humanos sob a justificativa de haveria a violação dos seguintes artigos: O artigo 1 (obrigação de respeitar os direitos.), artigo 13 (liberdade de pensamento e de expressão), artigo 21 (direito à propriedade privada), artigo 22 (liberdade de circulação e residência), artigo 23 (direito), o artigo 25 (Proteção Judicial), artigo 26 (Desenvolvimento progressivo), artigo 4 (direito à vida), 5 (Direito à Integridade Pessoal), artigo 7 (direito à liberdade pessoal), artigo 8 (garantias judiciais).

No período posterior à prolação da sentença, precisamente em 2004, houve medida liminar para suspender as atividades da companhia CGC, sendo determinada uma comissão para vistoria e avalição da situação no local, sendo que em 2012 o Estado do Equador veio a ser condenado pela violação dos seguintes direitos: Direito à consulta previsto na Convenção 169 Organização Internacional do Trabalho, Convenção de Viena, Sistemas estrangeiros, art. 2 da Convenção Americana; Direito à propriedade comunal; Art. 21 CADH, Direito à identidade cultural.

O que interessa ao presente artigo é a contemplação do método utilizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para decidir o caso. Isto, pois a mesma não se restringiu a dizer o direito conforme a prevalência hierárquica normativa dos tratados internacionais. Ao contrário, a mesma buscou aquele tratado internacional que se adequasse à sensibilidade jurídica do povo indígena, e, ao fazê-lo percebeu a importância do direito à consulta consectário ao direito à propriedade, previstos na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho.

Além disso, este julgado ocorre quando a Corte Interamericana já possuía farta jurisprudência tratando exatamente dos direitos violados no caso Raposa Serra do Sol. Mais ainda, é importante notar, que a construção jurídica feita pela Corte Internacional, a partir de cada violação, se deu por meio do diálogo judicial entre a legislação de outros Estados e a Convenção Americana de Direitos Humanos, fenômeno este que será analisado no próximo tópico.

Da comparação das duas decisões, o Supremo Tribunal Federal, ao contrário da Corte Interamericana, opta pelo uso da constituição como o instrumento mor da aplicação dos direitos indígenas no caso raposa serra do sol, ao arrepio dos documentos internacionais que versam sobre o tema. Demonstrou-se, neste sentido uma postura argumentativa totalmente contrária a da autoridade persuasiva. Ao fazê-lo incorreu em grave equívoco, pois, a visão constitucional do tema é limitada, por outro lado a Corte Interamericana de Direitos Humanos, demonstrou que a problemática deve ser vista diante do aproveitamento da melhor condição às comunidades indígenas, mesmo que importe na utilização da normativa internacional.

3. Teorias do Diálogo Judicial

O diálogo judicial transnacional é realidade na comunidade global presente, fato este já suscitado neste texto, sendo relevante neste ponto evidenciar as características singulares das autoras com relação ao desenvolvimento desta inter-relação transnacional.

Incialmente é de grande valia o conceito de deferência trazido nos moldes de SLAUGHTER, que se traduz na igualdade de condições, uma espécie de justiça e eficiência, voltadas para os objetivos que se quer alcançar, por meio de negociação, do diálogo judicial.

Neste sentido, relevante é a inserção que autora faz no sentido de que o objetivo das interações entre sistemas se dá sob o aspecto prático de soluções de conflito no que ela denomina de "casos de família", pois todos os participantes do diálogo seriam como participantes de um mesmo sistema, não interessando sob este aspecto saber quem vai responder ou resolver a questão no contexto singular, pois o conflito alcança contornos transfronteiriços, sendo que, independentemente de quem prolata a decisão, o importante é a solução da lide e que tal solução ultrapasse a fronteiras, assim como o problema.

TORRES PÉREZ, cunha, de forma objetiva, oito pré-requisitos objetivos os quais serão pontuados aqui.

Para que um diálogo efetivo se desenvolva com a capacidade de, ao menos, basear a legitimidade normativa da adjudicação de direitos da CEJ, os pré-requisitos seguintes precisam ser preenchidos (obtém-se o diálogo quando): (i) há pontos de vista competindo sobre o significado da lei, e ao mesmo tempo (ii) há terreno comum para entendimento mútuo. Para que o diálogo se desenvolva, (iii) nenhum dos participantes deveria ter completa autoridade sobre o outro, e ainda assim (iv) eles deveriam ver a si mesmos como parte de um empreendimento comum no qual os membros mutuamente conhecem e respeitam um ao outro. Finalmente, (v) todos deveriam ter oportunidades iguais de participar (vi) no diálogo com o passar do tempo.

JACKSON, a qual vai desenvolver uma teoria analítica acerca da recepção do sistema interno normativo frente ao diálogo com este macro sistema jurídico global, apresenta e desenvolve largamente os conceitos de Resistência, Convergência e Engajamento. Importante para o presente trabalho é que tais conceitos são altamente relevantes para o debate e completa compreensão da temática, sendo que cada um destes tem desdobramentos, sendo aqui necessário apenas nortear os conceitos trazidos pela autora.

O primeiro é a postura de resistência, é preceituada como atitude na qual as fontes de Direito externo são basicamente desconsideradas, pautando-se em um espírito constitucionalista exacerbado, albergado pelo positivismo, que de posse das teorias contratualistas adquire um tom defensivo do sistema interno, que promove o direito como identidade autóctone de uma dada sociedade, sendo que ao decidir com base em fontes externas haveria um elitismo, sendo tal decisão contra a soberania popular.

A Convergência, por sua vez, é marcada por ser um modelo onde os ordenamentos internos devem seguir e buscar fomentar posturas que vão a direções comuns, importando

ressaltar que a postura convergente aqui não significa necessariamente que haverá a atitude interpretativa favorável ao sistema jurídico global em detrimento do interno, tratando-se na verdade de atitude interpretativa no sentido de tender-se a vincular e analisar o sistema externo, objetivando sempre adotar, por meio do diálogo, a melhor decisão para solução da lide sem preceitos objetivos positivistas, mas albergando-se da busca global pela priorização dos direitos universais da pessoa, objetivando minimizar suas violações, ainda que tal conduta implique em ir à contramão de um dado sistema interno, sendo importante ressaltar que as constituições democráticas caminham e tendem a ser mais receptivas para estes diálogos transnacionais convergentes. Sendo que pôr fim a convergência em maior ou menor grau de um dado sistema somente pode ser avaliado pelo conjunto de suas decisões, uma vez que posturas isoladas podem ser facilmente confundidas com o Engajamento.

A postura do engajamento é trazida como um fio condutor que, ora se aproxima mais da convergência, ora da resistência, sendo encarada como um momento de transição. É sabido que nenhum sistema jurídico migra de uma postura de resistência para uma convergência sem passar por algo intermediário, e este espaço intermediário é que se denomina de engajamento, o qual pode ser deliberativo se aproximando mais da resistência, no sentido em que concede uma permissão de ponderação no diálogo judicial, através de uma comparação, ou relacional, que se aproxima da postura convergente, haja vista ter uma imposição de se verificar os sistemas externos, não há aqui uma obrigação de obedecer mais sim uma obrigação de consultar, utilizar como fonte de consulta os sistemas externos ainda que para discordar, sendo aceitos como argumento de autoridade no sistema interno.

BURGORGUE-LARSEN, ao pontificar sobre o diálogo judicial das Cortes Regionais de Direitos Humanos traz a questão dos vetores do diálogo que seriam os principais responsáveis pela inter-relação do diálogo internacional, neste ponto a autora nomeia os vetores da Corte Interamericana de Direitos Humanos e os vetores do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o que não será pontuado no presente estudo, assim como a classificação e a sistematização que traz a autora sobre o diálogo, subdividindo-o em duas grandes classes: diálogo concertado, que se subdivide em integrado e convencional; e diálogo desenfreado que se subdivide em ideal sistêmico e ideal humanista, os quais ficaram no presente apenas a título de registro.

Nos capítulos estudados da obra de BURGORGUE-LARSEN é importante para o presente, delimitar-se a questão dos *Standards*, que, em suma, são parâmetros que surgem da interpretação que se promove para adequar ao sistema interno o que se extrai do sistema externo. O papel destes padrões é desenvolver e atualizar o conteúdo da constituição,

objetivando alçar sempre um maior nível de internacionalização das normais constitucionais e atribuir uma força persuasiva a jurisprudência internacional, porém ressalva que a adesão a um *Standard* tem que ser completamente livre, sem imposições, devendo ser pautado na discricionariedade.

A teoria do diálogo judicial, no uso dos *Standards*, se apresenta como fonte normativa do direito que integra o ordenamento composto por normas, criadas na medida em que atendam à realidade social, as quais derivam de diversas fontes. Isto, pois a decisão judicial se mostra como a pedra angular da efetivação da jurisdição constitucional, o que muda da realidade vista até então: as decisões judiciais se tornam verdadeiras fontes de direito por meio da fundamentação das decisões.

Superado o tema dos *Standards,* volta-se ao debate específico das categorias teóricas do diálogo judicial, sendo interessante destacar, para objetivo deste artigo, o enfoque trazido por TORRES PÉREZ, já citada anteriormente, pois traz uma abordagem sistematizada mediante a hierarquização do sistema. A autora inicia sua análise evidenciando a hierarquia normativa presente nos sistemas jurídicos, apontando a Constituição como lei suprema nacional, evidenciando que a legitimação para esta constatação nos sistemas é que a constituinte é expressão direta do poder e vontade popular, o que se denota como um fundamento de autoridade pública que conferiria a norma constitucional o status de norma maior de um sistema interno.

Este direcionamento se faz necessário quando da compreensão de que o crescimento do argumento da autoridade persuasiva se dá justamente, segundo SLAUGHTER, quando os países em diálogo se sentem compelidos adotar certas decisões, como é o caso expresso da União Europeia, que claramente objetiva uma uniformização rápida e padronização judicial, em especial na questão de Direitos Humanos.

Todavia, em se tratando de diálogos transnacionais diversos do contexto de singularidade ao qual está submetido os países da União Europeia, mais complexo ainda se torna o desenvolvimento de uma teoria de interação que priorize o respeito mútuo, através de uma postura de deliberação comparativa, sendo relevante para o estabelecimento do diálogo o respeito à identidade dos participantes do processo, afim de que haja sempre alternância entre recepção e diálogo.

Em suma, as ideias do diálogo judicial, acima expostas, são importantes para perceber que as abordagens das relações interdependentes das normas nos levam a conclusão de que, em que pese o sistema normativo ser complexo e múltiplo, o que deve prevalecer em suas relações

é o espírito da pacificação social, tendo por base um elemento comum de eficácia, que é a aplicação do texto normativo tendo como base uma fundamentação jurídica persuasiva.

Neste sentido, para se entender a finalidade das teorias do diálogo judicial, deve-se ter em mente a complexidade da vida social como instrumento para tornar o ordenamento hábil à regular os fatos cotidianos que interessem à ciência jurídica. É sobre tema que irá se debruçar no próximo tópico, para que seja possível compreensão do porque se deve utilizar o diálogo judicial.

No entanto, a duvida a quanto à categoria teórica da autoridade persuasiva permanece aberta. O que se entende por autoridade persuasiva? Quais seus reflexos no diálogo judicial e sua importância perante a fundamentação dos direitos humanos em escala interna.

3.1. Autoridade Persuasiva

O conceito de autoridade persuasiva foi cunhado, ainda em 1994, por SLAUGHTER em seu primeiro texto, quando a mesma ainda discutia se haveria ou não a existência e possibilidade de instauração destes diálogos transnacionais; se manteve presente em todas as demais autoras aqui citadas, dada a sua relevância para o diálogo, vez que é sempre uma preocupação das instituições estrangeiras que influenciam os sistemas internos, objetivando fomento do verdadeiro diálogo judicial, buscando evitar que haja um único centro de influência, que promova a transformação em todos os outros, sem interagir e se correlacionar com o mesmo.

A autoridade persuasiva se caracteriza por ser um polo de influência, fato este que até em nome da própria dinâmica dos diálogos judiciais transnacionais, sempre aparecerá. Ocorrendo seu fortalecimento, segundo SLAUGHTER, quando os demais sistemas se sentem compelidos a adotar certas decisões.

Para a ideia da autoridade persuasiva, conforme SLAUGHTER, se contrapõe ao dever de seguir determinada decisão judicial por simples coerção, tal como ocorre nas decisões de um tribunal hierarquicamente superior ao inferior. A persuasão não possui poder coercitivo, ao contrario, envolve outros tribunais por meio da confiança na persuasão do fundamento da decisão a ser seguida.

A ideia de autoridade persuasiva também se aplica à questão da coerção entre instrumentos jurídicos hierarquicamente distintos. O argumento da coercitividade direcionaria para a escolha do diploma cuja ascendência hierárquica fosse superior a outro. Este simples fato, seria bastante para fundamentar a decisão judicial.

Já no contexto das outras autoras, há que se pontuar que resta implícito o presente argumento de autoridade, sendo que V. JACKSON, até mesmo por estar inserido em um

contexto de resistência do sistema Norte Americano, o qual, por exercer um forte argumento de autoridade dada sua posição estratégica na atual comunidade global, não se preocupa tanto em desdobrar-se sobre o estudo do argumento de autoridade e os cuidados que o mesmo requer para sua manipulação e implementação junto aos diálogos transnacionais.

Por outro lado, BURGORGUE-LARSEN traz claramente, quando de sua análise das cortes regionais de direitos humanos, a questão da posição do influenciador e influência para que possa haver a verdadeiramente a criação e expansão dessa sistemática global comum, pontuando que não deve um único sistema concentrar solitariamente o argumento de autoridade, haja vista que informa a necessidade da inexistência de subordinação e preservação da soberania dos sistemas.

Da autoridade persuasiva advém a ideia de se mergulhar, em profundidade, no corpus juris internacional, tendo em vista a necessidade de se utilizar o argumento confiável juridicamente, pois esta é o oposto da coerção que necessitaria mera citação por ter natureza vinculante seja lá qual fosse o argumento esposado. Neste sentido, o argumento da autoridade persuasiva reproduz em grande acepção a efetividade, pois deixa de lado o poder de autoridade para buscar a força da argumentação.

A busca pela autoridade persuasiva é, portanto, uma tarefa hermenêutica na qual as ideias são utilizadas como meio para entender e decifrar as instituições sociais e as formulações culturais que as cercam e lhes dão sentido. (GEERTZ, 1997, p. 280). Assim, a perspectiva de se ter o direito como pacificador das relações sociais recebe uma roupagem que lhe confere efetividade e adequação, cujo diálogo é o principal vetor.

Contudo, a força persuasiva da argumentação jurídica obtida por meio do diálogo judicial, não é um vetor que, por si só, torna-se o verdadeiro objetivo deste processo. Por trás da concepção da autoridade persuasiva e do diálogo judicial está o desenvolvimento da aplicação dos direitos humanos em escala local, que se mostra necessário nos dias atuais, como se percebeu ao comparar a decisão do Supremo Tribunal Federal no caso Raposa Serra do Sol ao caso Kichwa de Sarayaku da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

4. Autoridade persuasiva do Diálogo Judicial como instrumento desenvolvimentista dos Direitos Humanos

As teorias do diálogo judicial apresentam suas funções positivas perante o ordenamento jurídico local, dentre as mais importantes é aquela que mais se coaduna com o trabalho aqui desenvolvido, que é a ampliação da incidência dos Direitos Humanos em escala nacional, após, a fundamentação rigorosa decorrente da comunicação transjudicial, calcada na ideia da persuasão argumentativa.

Esta constatação não foge do quadro fático que se vislumbra do método comparado. No âmbito europeu, por exemplo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos fortalece aspectos interpretativos a respeito da Convenção Europeia de direitos Humanos, justamente de modo a desenvolver a progressividade efetiva dos direitos humanos. Neste contexto, surge a visão da convenção europeia como um instrumento vivo e autônomo para a defesa dos Direitos humanos. (KELLER, 2008, p. 702)

Em âmbito americano, a Corte de San José surge como modeladora interpretativa dos termos globais estabelecidos, por exemplo, os estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, este fator contribui para adequação para os fatos sociais identificados localmente (NEUMAN, 2008, p. 106). Estas concepções, reforçam, ainda mais, o poder argumentativo da implementação dos direitos humanos em escala local. Assim sendo,

> "O diálogo permitiria que os diferentes tribunais envolvidos no diálogo adotassem melhores decisões, contribuindo para a criação de uma verdadeira identidade da comunidade interamericana, para além das fronteiras nacionais". (URUEÑA, In: GALINDO, George; URUEÑA, René; TORRE PÉREZ, 2012, p. 38)

A força que possui autoridade persuasiva diante dos argumentos advindos do diálogo judicial, revela que a persuasão argumentativa, na incidência aos sistemas locais, dão azo à proteção progressiva dos direitos humanos, principalmente para a defesa das minorias perante o estado, como se verificou nos casos Raposa Serra do Sol e Kichwa de Sarayaku. O que se percebe, na região da América Latina, onde os poderes executivos são fortes e os tribunais tradicionalmente fracos, e com a aplicação nacional do direito internacional dos Direitos Humanos se fortalece de sobremaneira Tribunais nacionais, bem como contra outros ramos do poder público (URUEÑA,2012, p 27).

É inegável, portanto, a ampliação da incidência dos direitos humanos em escala local diante da forca persuasão obtida da fundamentação das decisões judiciais que se utilizam do jogo concertado do diálogo judicial. Mais ainda, outro ganho favorável a esta perspectiva é a coerência legal entre ambos os sistemas se coaduna com a forca argumentativa dos precedentes. (BANKOWSKI, Et al, 1997, p. 487)

Em arremate, é possível perceber atual conjuntura global compelindo para interação entre os sistemas jurídicos, que objetivam através desse mecanismo, quer seja o fortalecimento de um sistema interno, se partimos de uma postura de resistência, quer seja uma postura de convergência em prol do fortalecimento de sistema externo comum terão ambos, que enfrentar e trabalhar com as pluralidades[3] de cada sistema, ponderando os focos de influência, justamente

[3] Sobre a relação entre o diálogo judicial e os aspectos do pluralismo, BOGDANDY aduz que o princípio democrático, um dos princípios básicos de integração, acaba por se mostrar um problema para a produção de

para consolidar papel o interpretativo que se alcança com ampliação da incidência dos direitos humanos, por meio do diálogo judicial.

5. Conclusão

A realidade social, que se coloca perante o sistema jurídico, força a tomada de decisões que possam incidir efetivamente à prática social albergada pela norma. Por outro lado, os fatos sociais, cada vez mais complexos, demandam soluções em patamares capazes de conferir a eficácia correspondente aos seus efeitos indesejados. Em outras palavras, as imposições das normas jurídicas, diante desta pratica social complexa, devem conferir ordem. (WEBER, 2004. p. 12)

A busca pela efetividade do direito perante as complexidades das relações sociais é um fator que contribui para o surgimento de vetores que fornecem uma nova roupagem ao mesmo. Neste trabalho, buscou-se explorar a relação entre a função da autoridade persuasiva do diálogo judicial e sua relação com a ampliação dos direitos humanos em escala global, utilizando como pano de fundo a comparação do Caso Raposa Serra do Sol julgado pelo Supremo Tribunal Federal (em que se utilizou do argumento de autoridade coerciva) e o caso Kichwa de Sarayaku Vs. Equador pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (que lançou mão do discurso da persuasão argumentativa).

A partir desta análise, verificou-se que o diálogo judicial é um instrumento decisivo na fundamentação das decisões e, principalmente, fornece argumentação para criação e evolução dos direitos humanos anteriormente interpretados de forma restritiva no ordenamento jurídico local. Mais ainda, a força persuasiva das fundamentações das decisões, conforme demonstrado ao longo do artigo, possibilita que o sistema interno esteja apto à progressividade da aplicação dos direitos humanos. Por fim, defendeu-se que o uso deste instrumento fortalece uma nova racionalidade jurídica, tendo em vista a problemática que se verifica ao levar em consideração a complexidade social, pois a autoridade persuasiva deve ser utilizada para pacificar as questões sociais por meio do jogo concertado de decisões transnacionais. Até porque, como bem aponta ZAGREBELSKY, atualmente os juízes são verdadeiros garantidores da complexidade estrutural do Direito no Estado Constitucional, ou seja, os garantidores da necessária e maleável, *dúctil*, coexistência entre lei, direito e justiça. (ZAGREBELSKY, 2005)

---

normas em grau internacional, em virtude das pautas e preferencias distintas que variam de acordo com os imperativos democráticos. Neste sentido, a perspectiva de generalidade, calcada na esfera internacional, acaba por se revelar fragmentária ante as diversidades democráticas (BOGDANDY, 2012, p. 25-26.)

6. Referências

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, D. Neil; MORAWSKI, Lech; RUIZ MIGUEL, Alfonso. Rationales for precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.). *Interpreting precedents. A comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Caso Raposa Serra do Solv*. Acórdão. Pet. n.º 3.388 /PR. Pleno. Relator Min. Carlos Britto. DJU, Brasília, 17 de abril de 2009.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos.* México: Porrúa, 2013.

BOGDANDY, Armin von. *Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers*. In BOGDANDY, Armin von; VENZKE, Ingo (eds.). London. Heidelberg. New York. Dordrecht: Springer, 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador: Sentencia de 27 de junho de 2012* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). San José de Costa Rica, 2012. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf>. Acesso em: 9 ago. 2015.

GALINDO, George; URUEÑA, René; TORRE PÉREZ, Aida (Coords.) *Protección multinivel de derechos humanos*. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2012.

GEERTZ, Clifford. *O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa*. Petropolis: Vozes, 1997.

JACKSON, Vicki C. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

KELLER, Helen; STONE SWEET, Alec (eds.). *A Europe of rights: the impact of the ECHR on national legal systems*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 702.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Introdução e revisão técnica de Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MAUÉS, Antonio Moreira. *Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional*. Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos, vol. 10, nº 18.

NEUMAN, Gerald L. *Import, export, and regional consent in the Inter-American Court of Human Rights*. The European Journal of International Law, vol. 19, nº 1, p. 101-123, 2008, p. 106.

RUBIO LLORENTE, Francisco. *La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho. La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

SEN, Amartya. *Development as Freedom*. New York, Alfred A. Knopf, 1999.

_____. *The idea of Justice*. Harvard University Press: Massachusetts, 2009.

SLAUGHTER, Anne-Marie. *A Typology of Transjudicial Communication*. University of Richmond Law Review, vol. 29, p. 99-137, 1994.

TARUFFO, Michele. *Institutional factors influencing precedents*. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.). Interpreting precedents. A comparative study. Aldershot: Ashgate, 1997, p. 441.

TORRES PÉREZ, Aida. *Conflicts of rights in the European Union: a theory of supranational adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2005.