



Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Sociais
Faculdade de Direito

Luis Claudio Martins de Araujo

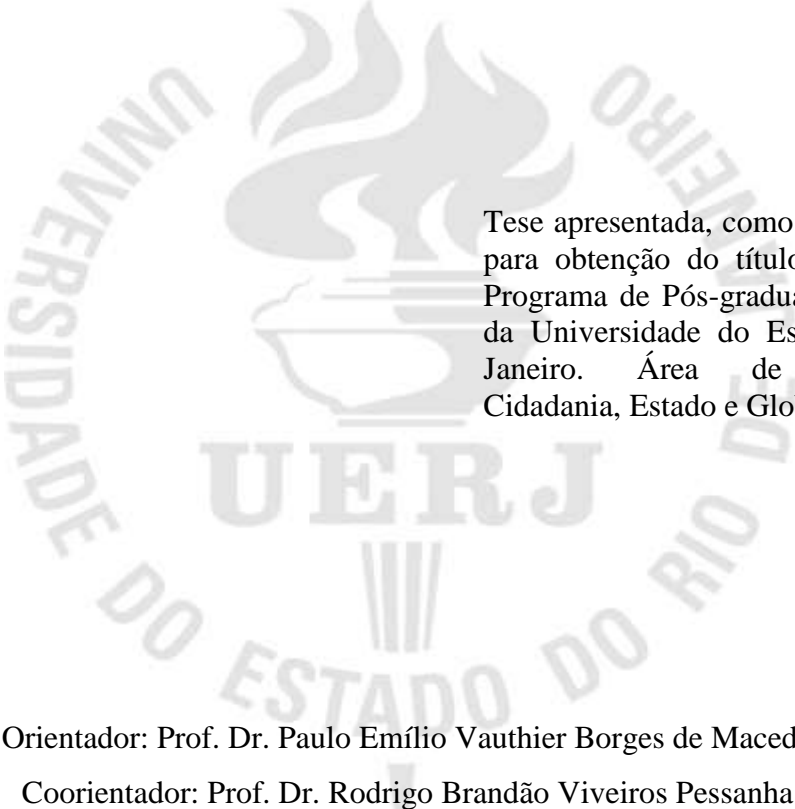
**O influxo do constitucionalismo transfronteiriço nas ordens jurídicas:
a consistência argumentativa da jurisdição de garantias nos diálogos
transnacionais**

Rio de Janeiro

2017

Luis Claudio Martins de Araujo

O influxo do constitucionalismo transfronteiriço nas ordens jurídicas: a consistência argumentativa da jurisdição de garantias nos diálogos transnacionais



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo

Coorientador: Prof. Dr. Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha

Rio de Janeiro

2017

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/CCS/C

A663 Araujo, Luis Claudio Martins de.

O influxo do constitucionalismo transfronteiriço nas ordens jurídicas: A consistência argumentativa da jurisdição de garantias nos diálogos transnacionais / Luis Claudio Martins de Araujo – 2017.
344 f.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo

Coorientador: Prof. Dr. Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha

Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Constitucionalismo - Teses. 2. Jurisdição - Teses. 3. Diálogos - Teses. I. Macedo, Paulo Emílio Vauthier Borges de. II. Pessanha, Rodrigo Brandão Viveiros. III. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. IV. Título.

CDU 342.7

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Luis Claudio Martins de Araujo

O influxo do constitucionalismo transfronteiriço nas ordens jurídicas: a consistência argumentativa da jurisdição de garantias nos diálogos transnacionais

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Aprovada em 03 de março de 2017.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo (Orientador)
Faculdade de Direito — UERJ

Prof. Dr. Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha (Coorientador)
Faculdade de Direito — UERJ

Prof. Dr. Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha
Universidade Federal do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Eduardo Ribeiro Moreira
Universidade Federal do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Eduardo Manuel Val
Universidade Federal Fluminense

Profª. Dra. Paula Wojcikiewicz Almeida
Fundação Getúlio Vargas

Rio de Janeiro

2017

DEDICATÓRIA

À minha esposa, Patrícia Burlini Soares de Araujo, pela presença constante e suporte nas horas necessárias.

Às minhas filhas, Giulia Burlini Soares de Araujo e Letizia Burlini Soares de Araujo, por mostrar a leveza da vida.

AGRADECIMENTOS

Sem qualquer sombra de dúvida, esta tese apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGDIR) da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito, é fruto não só da árdua e solitária tarefa, que é a elaboração de um trabalho acadêmico, mas também do incansável auxílio e colaboração de diversas pessoas e instituições que, cada qual com seu papel fundamental, tornaram menos duras as horas de confinamento para sua elaboração.

Assim, no plano acadêmico, inicialmente gostaria de agradecer aos Professores Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo e Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha, pela confiança que sempre demonstraram em relação a este projeto e por terem criado um ambiente propício para a discussão apaixonada de ideias e temas. Minha dívida intelectual e gratidão aos meus orientadores, por terem permitido o desenvolvimento de uma verdadeira dialética entre mestre e discípulo. Apenas espero que este trabalho, com todas as suas fraquezas, possa estar ao nível do rigor intelectual que me foi passado.

Também gostaria de agradecer, tentando não incorrer em omissões, aos Professores Ana Cristina Paulo Pereira, Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos, Bethânia de Albuquerque Assy, Carmem Beatriz de L. Tibúrcio Rodrigues, Daniel Cabral Gruenbaum, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Jane Reis Gonçalves Pereira e Marilda Rosado de Sá Ribeiro, pelas valiosas lições proferidas durante o curso de Doutorado. Foi um privilégio aprender e dialogar com um corpo docente de tão alto nível.

Aos colegas discentes, em especial ao amigo Siddharta Legale Ferreira, que compartilharam o *animus* da investigação científica e acadêmica ao longo do Doutorado, da mesma forma, agradeço pelo profícuo intercâmbio de ideias e pelo crescimento intelectual. Foi uma honra poder conviver e fazer parte desse grupo.

Agradeço, da mesma maneira, ao meu aluno e orientando, Diogo Alves Brasil Castilho de Sousa, pelas valiosas contribuições ao arranjo final deste texto, e, a todos os meus alunos, especialmente os da graduação do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC), por terem me permitido mais aprender do que ensinar, no exercício diário do magistério.

Ainda no plano acadêmico, gostaria de agradecer a algumas instituições pela generosidade com que me receberam. Tais estudos, inicialmente desenvolvidos no exterior, e posteriormente aprofundados no Brasil, foram de fundamental importância para a elaboração deste trabalho.

Assim, gostaria de agradecer à Universidade de Cambridge, por me acolher nos programas de *Visiting Fellow* no *Lauterpacht Centre for International Law*¹ e de *Visiting Scholar* no *Wolfson College*², o que permitiu aprofundar meus conhecimentos no direito e nos sistemas jurídicos britânico, comparado e internacional.

Da mesma maneira, gostaria de agradecer à Universidade de Oxford, pelo período em que pude exercer a pesquisa em suas instalações, na qualidade de *Academic Visitor*³. Do acervo bibliográfico incomparável e do conhecimento compartilhado nas lições diárias, pude avançar no instrumental objeto desta tese.

Desse período de investigação, gostaria de agradecer aos Professores Fernando Lusa Bordin, Marc Weller, Paul Yowell, Sarah Nouwen e Veronika Fikfak, pelas valorosas orientações individualizadas e pelas brilhantes palestras. Particularmente, gostaria de dedicar um agradecimento especial ao *former Justice* da *Supreme Court of the United Kingdom* e *Emeritus and Honorary Fellow* do *Wolfson College* da Universidade de Cambridge, Lord Collins of Mapesbury, que gentilmente abriu espaço na sua conturbada agenda e cedeu parcela do seu precioso tempo, para me orientar e auxiliar nas bases teóricas desta Tese, permitindo uma melhor delimitação e aprofundamento da área de investigação deste trabalho acadêmico.

Gostaria ainda de agradecer ao auxílio sem paralelo que recebi de Michelle Searle, Karen Fachechi, Anita Rutherford e Geraldine Malloy, bem como, a todo corpo administrativo da Universidade de Cambridge e da Universidade Oxford, ao fornecerem o suporte necessário à pesquisa realizada.

Também agradeço à Agatha Verdebout, Ana Sofia Freitas de Barros, Jed Odermatt, Loris Marotti, Melanie Fink e Ruben Zandvliet, e a todos os pesquisadores estrangeiros com

¹ O vínculo de *Visiting Fellow* no *Lauterpacht Centre for International Law*, se insere no *Visiting Fellow and Scholar Programme* do *Centre*. O *Lauterpacht Centre for International Law* (LCIL) da Faculdade de Direito da Universidade de Cambridge, foi fundado em 1985 por Sir Elihu Lauterpacht, sob o nome de *Research Centre for International Law*, e, rebatizado em 1997 de *Lauterpacht Centre for International Law* (LCIL), com o objetivo de promover o Direito Internacional por meio da combinação da pesquisa individual e coletiva, e pela publicação de obras sobre o Direito Internacional. O *Visiting Fellow and Scholar Programme* do *Centre*, visa o desenvolvimento e o encorajamento acadêmico de pesquisadores britânicos e estrangeiros, por meio de pesquisas individuais, participação nos Seminários e nas demais atividades do *Center* da Faculdade de Direito.

² Já o vínculo de *Visiting Scholar* no *Wolfson College* da *University of Cambridge*, se insere no *Academic Visitors Programme* do *College*. O *Wolfson College* é um dos 31 (trinta e um) *colleges* da Universidade de Cambridge, que possui como integrantes, em sua maioria, alunos de pós-graduação, e, funciona, assim como os demais *colleges*, como o meio principal e inicial de acesso à Universidade. Por sua vez, o *Academic Visitors Programme* do *College*, se destina a pesquisadores que tenham um propósito acadêmico consistente, que desejam passar um período na Universidade de Cambridge, para, após, retornar para sua instituição de origem no final do período como *Visitor*.

³ O programa de *Academic Visitor* da *University of Oxford*, é destinado a professores e acadêmicos de outras instituições de ensino, com uma agenda de pesquisa claramente definida, que pretendam desenvolver suas investigações na Universidade de Oxford.

quem pude dialogar ao longo da pesquisa. Sem dúvida, por meio dos grupos de pesquisa e seminários ocorridos nesse período nasceu uma grande parcela desta Tese de Doutorado⁴.

No plano profissional, não poderia deixar de expressar meus agradecimentos à Advocacia-Geral da União, em particular ao Advogado-Geral da União Substituto, ao Conselho Consultivo da Escola da Advocacia-Geral da União e ao Procurador-Regional da 2ª Região, que me permitiram desempenhar, com dedicação integral, o exercício acadêmico que foi a elaboração desta Tese. Sem a autorização para o gozo da minha licença capacitação, certamente este trabalho teria sido bastante dificultado.

Ademais, não poderia me olvidar dos colegas da Procuradoria-Regional da União da 2ª Região, que através de um espírito de extremo companheirismo, mesmo com a sabida dificuldade que adviria com a minha ausência durante o período de gozo da licença capacitação, mostraram a profunda abdição que é exclusiva de poucos, ao darem todo o suporte e incentivo necessários para a finalização deste trabalho acadêmico.

No plano familiar, gostaria de agradecer aos meus pais, Luis Alberto de Araujo e Maria do Carmo Martins de Araujo, e, aos meus avós, Wilson Martins e Gildete Dantas Martins. Sem sobre de dúvida, os padrões de conduta e de enriquecimento pessoal que me foram ensinados, influenciaram definitivamente minha trajetória profissional e acadêmica. É graças ao estímulo constante de vocês aos estudos e à pesquisa que estou aqui neste momento.

Da mesma forma, gostaria de agradecer à minha esposa Patrícia Burlini Soares de Araujo, pelo amor, companheirismo, apoio incondicional, generosidade e por me fazer enxergar que a vida deve ser compartilhada. As renúncias e sua paciência imperturbável, foram fundamentais para conclusão deste trabalho. Tudo o que posso aqui é expressar a minha total devoção e infinita gratidão (*back of every great work we can find the self-sacrificing devotion of a woman*⁵).

Da mesma maneira, gostaria de agradecer à nossa filha, Giulia Burlini Soares de Araujo, que com seu nascimento em 2010, trouxe novo brilho à nossa família e reescreveu o sentido das nossas vidas. Os períodos de ausência para o meu desenvolvimento acadêmico, inicialmente com o Mestrado, e, posteriormente, com o Doutorado, acabaram, involuntariamente, por reduzir o tempo do nosso convívio diário, mas, sem dúvida, por conta de seu sorriso e de suas brincadeiras diuturnas, este trabalho foi imensamente mais leve. Obrigado minha filha!

⁴ Cabe destacar que o *Lauterpacht Centre for International Law* possui um lugar de relevo neste aspecto, especialmente, através dos *Visiting Fellows roundtable seminars*, onde os *Visitors* poderiam apresentar o resultado de sua pesquisa e receber as críticas e sugestões dos demais *Fellows*, tendo este Doutorando apresentado o tema *The effectiveness of international and foreign decisions in Brazilian legal system* ao final de sua pesquisa.

⁵ Placa erigida em 1951, pelo Clube de Engenharia de Nova York, na Brooklyn Bridge.

Por fim, gostaria de agradecer à nossa filha, Letizia Burlini Soares de Araujo, que com seu nascimento em abril de 2016, trouxe a certeza de que o sentimento de completude da nossa família ainda está sendo escrito. Para Letizia, que foi concebida e gestada durante este curso de Doutorado, e, que, nestes poucos meses de vida, cresceu sob o imperativo de um pai que teve que se dividir entre o Doutorado, o magistério e a Procuradoria, a promessa de que irei me dedicar imensamente à tarefa nada simples, mas extremamente prazerosa, da paternidade.

Sem vocês, que estiveram diuturnamente ao meu lado durante o isolamento necessário para o desenvolvimento desta Tese de Doutorado, nada teria sido possível. Este trabalho é dedicado especialmente a vocês. Obrigado!

RESUMO

MARTINS DE ARAUJO, Luis Claudio. *O influxo do constitucionalismo transfronteiriço nas ordens jurídicas: A consistência argumentativa da jurisdição de garantias nos diálogos transnacionais*. 2017. 344f. Tese (Doutorado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

Na construção de uma decisão judicial no seio da atual sociedade globalizada, mostra-se perceptível que, cada vez mais, as decisões na jurisdição doméstica e transnacional são trabalhadas pelo diálogo entre Cortes ao redor do globo. Ou seja, é inegável que a cada dia juízes de diferentes tribunais olham para fora de suas fronteiras, à procura de novos argumentos para justificar seus próprios casos, e, assim, pode-se afirmar que as decisões judiciais não são mais um processo isolado de deliberação dos tribunais locais, mas, sim, parte de um processo transnacional de diálogo entre Cortes em todo o globo. Ademais, o conceito clássico de soberania do Estado-nação, derivado da Paz de Westphalia em 1648 (tratados de Osnabrück e Münster), após o fim da Guerra dos Trinta Anos, baseada na integridade territorial e Estados como os principais atores nas relações internacionais, vem tomando novos formatos na agenda internacional contemporânea. Com o surgimento de uma justiça baseada no conceito de mundo globalmente ordenado, o conceito de soberania acaba por ser reescrito por uma sociedade cosmopolita interdependente e complexa, na qual a ideia de jurisdição deve ser relida para endossar o conceito de um mundo interconectado, integrado e harmonioso. Portanto, principalmente a partir do século XX, a teoria da soberania tem sido rediscutida à luz de visões contemporâneas sobre o Estado-nação, e, da mesma forma, a concepção de jurisdição centrada unicamente no Estado soberano e limitada às fronteiras nacionais, acaba por ser analisada a partir de uma sociedade complexa e interdependente. Nesse sentido, o uso de decisões transnacionais na tomada de decisões permite a incorporação de novos pontos de vista aos intérpretes judiciais, em que a referência a outras Cortes providencia uma ferramenta adicional e potencialmente útil à medida que o Judiciário tenha de lidar com questões complexas semelhantes. Dessa forma, não há como se negar a influência que tais Cortes transnacionais promovem como referencial teórico fundamental nos diferentes níveis de entendimento judicial, em uma saudável fertilização cruzada de ideias e abordagens, em uma construção que, ao termo, ajuda as Cortes a analisar a questão sob uma perspectiva diferente, em uma interação que, em contrapartida, aumenta o reconhecimento das decisões tomadas pelas Cortes dos sistemas jurídicos doméstico e transnacional. Ademais, neste processo transnacional, as decisões judiciais são desenvolvidas à luz do paradigma internacional e estrangeiro, permitindo novas referências para os intérpretes judiciais, em um processo que contribui para o respeito mútuo na comunidade transnacional, com a oxigenação de ideias e paradigmas utilizados pelos tribunais. Por conseguinte, o objetivo desta Tese é compreender o influxo do constitucionalismo transfronteiriço nas ordens jurídicas, a partir da perspectiva de justificação da consistência argumentativa da jurisdição de garantias nos diálogos transnacionais, com base em um processo de intercâmbio judicial, que aumenta a legitimidade e o respeito das decisões tomadas pelos tribunais locais e transnacionais, em um processo de reciprocidade, persuasão e aculturação, no que diz respeito a casos complexos similares.

Palavras-chave: Constitucionalismo transfronteiriço. Ordens jurídicas. Consistência argumentativa. Jurisdição de garantias. Diálogos transnacionais.

ABSTRACT

MARTINS DE ARAUJO, Luis Claudio. *The impact of cross-border constitutionalism in the legal systems: The rational of judicial rights review, based on the transnational dialogue*. 2017. 344p. Thesis (Doctor of Philosophy. DPhil) — Faculty of Law, University of the State of Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2017.

In the structure of a judicial decision within the current globalized society, it is clear that the decisions of domestic and transnational jurisdiction are made in a dialogue among courts around the globe. Thus, it is undeniable that every day judges from different courts look abroad, looking for new arguments to justify their own cases. Therefore, the judicial decisions are not any longer an isolated process of deliberation of local courts. On the contrary, they are part of a transnational process of dialogue among courts around the globe. Moreover, the classical concept of nation-state sovereignty, raised from the peace of Westphalia in 1648 (treaties of Osnabrück and Münster), after the end of the Thirty Years' War, based on territorial integrity and states as the primary actors in international relations, is taking new formats in the current international agenda. With the rise of a new globalized justice, based on the concept of globally-ordered world, the concept of sovereignty is replaced by a more complex interdependent cosmopolitan society, in which the idea of jurisdiction has been rewritten to endorse the concept of a fully integrated and harmonious interconnected world. Hence, mostly in the Twentieth century, the theory of sovereignty has been re-discussed in light of contemporary views about the nation-state. Similarly, the centered state conception of jurisdiction, based on the constraint of judicial decisions to the national borders, has been analyzed by a complex and interdependent society. Consequently, the use of transnational decisions brings a new standpoint to the Judiciary branch, in which the reference to other courts, provides an additional and useful instrument to deal with related cases. Thus, it is undeniable the influence of transnational courts as an important theoretical reference in the different levels of judicial understanding, in a cross-fertilization process of ideas and approaches, that helps the courts to examine issues from a different perspective, in an interaction that increases the recognition of decisions taken by local and transnational courts. Furthermore, in this transnational process, judicial decisions are developed in light of the international and foreign paradigm, allowing new references for judicial interpreters, in a process that contributes for a mutual respect in the transnational community, with the oxygenation of ideas and paradigms used by courts. The goal of this Thesis is to understand the impact of cross-border constitutionalism in the legal systems, to support the rational of judicial rights review, based on the transnational dialogue that increases the legitimacy and respect of decisions taken by local and transnational courts, in a process of reciprocity, persuasion and acculturation, in regard of similar complex cases.

Keywords: Cross-border constitutionalism. Legal systems. Rational consistency. Constitutional Courts. Judicial rights review. Transnational dialogue.

LISTA DE CASOS POR CORTE

África do Sul

1. Tribunal Constitucional

Caso <i>Carmichele v. Minister of Safety and Security and another</i>	154
Caso <i>Centre for Child Law v. Minister for Justice and Constitutional Development and others</i>	100
Caso <i>Doctors for Life Int'l v. the Speaker of the Nat'l Assembly & Others</i>	89
Caso <i>Gay Equality Project v. Minister of Home Affairs</i>	78
Caso <i>Minister of Health v. Treatment Action Campaign</i>	117 e 118
Caso <i>Minister of Home Affairs v. Fourie and another</i>	78
Caso <i>President of the Republic v. Hugo</i>	83, 84 e 274
Caso <i>South African Commercial Catering and Allied Workers Union v. Irvin & Johnson Ltd. (Seafoods Division Fish Processing)</i>	273 e 274
Caso <i>State v. Makwanyane</i>	99 e 274

Alemanha

1. Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*)

<i>BvR 1215/2007</i>	233
<i>BvR 1379/2001</i>	229
Caso <i>Aborto I (Schwangerschaftsabbruch I)</i>	88 e 89
Caso <i>Aborto II (Schwangerschaftsabbruch II)</i>	88, 89, 92 e 266
Caso <i>Apothekenurteil</i>	62
Caso <i>Blinkfüer</i>	70 e 106
Caso <i>Classroom crucifix II (Kruzifix im Klassenzimmer)</i>	111
Caso <i>Geschwisterbeischlaf</i>	93 e 284
Caso <i>Görgülü</i>	283
Caso <i>Lüth</i>	70 e 104
Caso <i>Maastricht</i>	283
Caso <i>Caroline of Monaco II</i>	109 e 284
Caso <i>Solange I</i>	283
Caso <i>Solange II</i>	283 e 297
Caso <i>Wallraff</i>	70 e 106

2. Tribunal Superior de Justiça alemã (*Bundesgerichtshof*)

Caso *Greek Citizens v. Federal Republic of Germany* 228

Arbitragens Internacionais *ad hoc*

Caso *Alabama (Alabama Claims)*168, 215 e 234

Caso *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic* 199

Caso *The Government of the State of Kuwait v. The American Independent Oil Company (Kuwait v. Aminoil)* 199

Caso *The Trail Smelter Arbitration (United States v. Canada)* 216

Argentina

1. Suprema Corte de Justiça

Caso *Ekmekdjian v. Sofovich*.....181 e 208

Caso *Mazzeo, Julio Lilo y otros*181 e 233

Caso *Simón Julio Hector y Otros s/Privacion Ilegitima de la Libertad etc (Simón)* 270

Austrália

1. Suprema Corte (*High Court*)

Caso *Al-Kateb v. Godwin* 100

Caso *Australian Capital Television Proprietary Ltd. v. Commonwealth*..... 145

Caso *Australian Communist Party v. The Commonwealth*114 e 115

Caso *Australian Consolidated Press Ltd v. Uren*..... 241

Caso *Colonial Sugar Refining Co v. Attorney-General* 241

Caso *Commonwealth v. Australian Capital Territory*..... 77

Caso *D'Emden v. Pedder*..... 114, 271

Caso *Gould v. Brown*..... 114

Caso *Kable v. Director of Public Prosecutions*..... 102

Caso *Kirmani v. Captain Cook Cruises Pty Ltd*..... 241

Caso *Nationwide News Proprietary v. Wills* 145

Caso *Parker v. The Queen*..... 241

Caso *Re Wakim*..... 114

Caso *Viro v. The Queen*..... 241

Áustria

1. Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*)

Decisão VfSlg. 52, n. 11500..... 207

2. Suprema Corte (*Oberster Gerichtshof*)

Caso *Dralle v. Republic of Czechoslovakia*..... 224

Bélgica

1. Tribunal Constitucional da Bélgica (*Cour Constitutionnelle de Belgique*)

Arrêt 145/2012..... 250

2. Corte de Cassação (*Cour de Cassation*)

Caso *Le Ski* 185 e 207

Belize

1. Suprema Corte

Caso *Caleb Orozco v. Attorney General of Belize* 81

Bolívia

1. Tribunal Constitucional

Sentencia 0664/2004-R 181 e 233

Brasil

1. Superior Tribunal de Justiça

Habeas Corpus 268459 111

Recurso Especial 737993..... 82

Recurso Ordinário 41 223

Recurso Ordinário 57 223

Recurso Ordinário 64 223

Recurso Ordinário 70 223

2. Supremo Tribunal Federal

Ação Direta de Inconstitucionalidade 595..... 267

Ação Direta de Inconstitucionalidade 869..... 106 e 107

Ação Direta de Inconstitucionalidade 2054..... 71

Ação Direta de Inconstitucionalidade 2240.....	166
Ação Direta de Inconstitucionalidade 2386.....	98
Ação Direta de Inconstitucionalidade 2390.....	98
Ação Direta de Inconstitucionalidade 2397.....	98
Ação Direta de Inconstitucionalidade 2859.....	98
Ação Direta de Inconstitucionalidade 2860.....	164
Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510.....	92, 166 e 266
Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815.....	104
Ação Penal 470.....	95, 96 e 269
Apelação Cível 9696	223
Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54	88 e 266
Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 101	166
Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130	105 e 166
Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132	79, 166 e 265
Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153	264 e 265
Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186	75, 166 e 268
Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187	109 e 166
<i>Habeas Corpus</i> 82424	108 e 267
<i>Habeas Corpus</i> 87585	211 e 264
<i>Habeas Corpus</i> 124306.....	88, 266 e 267
Inquérito 2424	98
Mandado de Injunção 670	166 e 251
Mandado de Injunção 712	166 e 251
Mandado de Segurança 21729.....	114
Mandado de Segurança 34530.....	250
Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1407	63
Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347.....	268
Petição 3388	166
Recurso Extraordinário 80004.....	211
Recurso Extraordinário 158215.....	71
Recurso Extraordinário 160222.....	70 e 71
Recurso Extraordinário 161243.....	71
Recurso Extraordinário 201819.....	70 e 71

Recurso Extraordinário 381367.....	251
Recurso Extraordinário 466343.....	211, 264 e 265
Recurso Extraordinário 511961.....	105, 166 e 264
Recurso Extraordinário 578543.....	222
Recurso Extraordinário 597285.....	166
Recurso Extraordinário 597368.....	222
Recurso Extraordinário 601314.....	96
Recurso Extraordinário 661256.....	251
Recurso Extraordinário 693456.....	251
Recurso Extraordinário 827833.....	251
Recurso Extraordinário 855178.....	118

Canadá

1. Corte de Apelação de Ontário (*Court of Appeal for Ontario*)

Caso <i>Bouzari v. Islamic Republic of Iran</i>	286
---	-----

2. Corte Superior de Québec (*Quebec Superior Court*)

Caso <i>Estate of the Late Zahra (Ziba) Kazemi, et al. v. Islamic Republic of Iran</i>	225
--	-----

3. Suprema Corte do Canadá

Caso <i>Association des parents de l'école Rose-des-vents v. British Columbia</i>	76 e 77
Caso <i>Attorney General (Que.) et al. v. Farrah</i>	273
Caso <i>Butler v. Her Majesty The Queen</i>	108
Caso <i>Greenwood Shopping Plaza Ltd. v. Beattie et al</i>	273
Caso <i>Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)</i>	272
Caso <i>Health Services & Support Facilities Subsector Bargaining Assn v. British Columbia</i>	272
Caso <i>Mahe v. Alberta</i>	76
Caso <i>R. v. Mills</i>	259
Caso <i>R. v. Morgentaler</i>	86
Caso <i>R. v. O'Connor</i>	259
Caso <i>R. v. Oakes</i>	255
Caso <i>R. v. Sharpe</i>	159
Caso <i>Rodriguez v. British Columbia</i>	91 e 280
Caso <i>Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)</i>	94

Caso <i>United Food and Commercial Workers, Local 1518 v. KMart Canada Ltd</i>	272
Caso <i>Vriend v. Alberta</i>	80, 159 e 253
Caso <i>Yukon Francophone School Board, Education Area #23 v. Attorney General of the Yukon Territory</i>	273

China

1. Suprema Corte (*Supreme People's Court*)

Caso <i>Shenyang v. Chao Hendung</i>	148
Parecer <i>Notice on Strengthening Economic Adjudication</i>	148

Chipre

1. Suprema Corte (*Supreme Court of Cyprus*)

Caso <i>Malachtou v. Arnefti and Arnefti</i>	265
--	-----

Colômbia

1. Tribunal Constitucional

<i>Sentencia</i> C-075/2007	80
<i>Sentencia</i> C-098/1996	80
<i>Sentencia</i> C-221/1994	162
<i>Sentencia</i> C-239/1997	90 e 162
<i>Sentencia</i> C-355/2006	88
<i>Sentencia</i> C-577/2011	79
<i>Sentencia</i> SU-214/2016	79 e 270
<i>Sentencia</i> SU-559/1997	116 e 117
<i>Sentencia</i> T-025/2004.....	162
<i>Sentencia</i> T-153/1998.....	162 e 269
<i>Sentencia</i> T-627/2012.....	88
<i>Sentencia</i> T-970/2014.....	91

Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos (*United Nations Commission on Human Rights*)

Caso <i>Manuel Wackenheim v. France</i>	70
---	----

Comitê das Nações Unidas para os Direitos Humanos (*United Nations Human Rights Committee*)

Caso *Amanda Mellet v. Ireland* 87

Comissão Europeia de Direitos Humanos (*European Commission of Human Rights*)

Caso *Brüggemann and Scheuten v. Germany* 89

Caso *Informationsverein lentia; haider; arbeitsgemeinschaft offenes; weber; radio melody ges.m.b.h. v. Austria*105 e 106

Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Relatório 3/1987177 e 214

Relatório 62/2002177 e 214

Relatório 97/2003177 e 214

Relatório 100/2003177 e 214

Relatório 101/2003177 e 214

Coreia do Sul

1. Tribunal Constitucional

Caso *National Security*150 e 284

Corte Europeia de Direitos Humanos (*European Court of Human Rights*)

Caso *A. v. The United Kingdom* 102

Caso *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom* 84

Caso *Al-Adsani v. The United Kingdom*..... 287

Caso *Al-Khawaja v. The United Kingdom*184 e 281

Caso *Associazione Nazionale Reduci and 275 Others v. Germany* 229

Caso *B. v. France* 82

Caso *Burden and Burden v. The United Kingdom* 183

Caso *Červenka v. The Czech Republic*101 e 102

Caso *Caroline von Hannover v. Germany*.....109 e 284

Caso *Castells v. Spain*286 e 287

Caso *Chahal v. The United Kingdom* 101

Caso *Cumpănă and Mazăre v. Romania* 287

Caso <i>Da Conceição Mateus v. Portugal</i>	251 e 252
Caso <i>D.H. and Others v. The Czech Republic</i>	76
Caso <i>Dudgeon v. The United Kingdom</i>	81, 277 e 278
Caso <i>E.B. v. France</i>	80
Caso <i>Eriksson v. Sweden</i>	232
Caso <i>Firth and Others v. The United Kingdom</i>	94
Caso <i>Gagliano Giorgi v. Italy</i>	95
Caso <i>Gorgülü v. Germany</i>	283
Caso <i>Handyside v. The United Kingdom</i>	108
Caso <i>Hirst v. The United Kingdom</i>	94 e 281
Caso <i>Ireland v. The United Kingdom</i>	101, 205 e 287
Caso <i>Jersild v. Denmark</i>	267
Caso <i>Jones and Others v. The United Kingdom</i>	285
Caso <i>Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany</i>	228, 251 e 286
Caso <i>Klass and Others v. Germany</i>	96 e 97
Caso <i>Koufaki and Adedy v. Greece</i>	252
Caso <i>Kozak v. Poland</i>	80 e 81
Caso <i>Kruslin v. France</i>	232
Caso <i>Lashin v. Russia</i>	101 e 102
Caso <i>Lautsi and Others v. Italy</i>	111, 112 e 251
Caso <i>Lingens v. Austria</i>	103
Caso <i>Lithgow and Others v. The United Kingdom</i>	114 e 115
Caso <i>Malone v. The United Kingdom</i>	96, 97 e 205
Caso <i>Mamère v. France</i>	286 e 287
Caso <i>McElhinney v. Ireland</i>	225 e 286
Caso <i>McHugh and Others v. The United Kingdom</i>	94
Caso <i>Mouvement raëlien suisse v. Switzerland</i>	107
Caso <i>Nada v. Switzerland</i>	102 e 103
Caso <i>Norris v. The Ireland</i>	81
Caso <i>Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland</i>	87 e 88
Caso <i>Pishchalnikov v. Russia</i>	94
Caso <i>Pretty v. The United Kingdom</i>	91 e 92
Caso <i>Razaghi v. Sweden</i>	112 e 113

Caso <i>Rees v. The United Kingdom</i>	82
Caso <i>Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium v. Belgium</i>	76
Caso <i>Rutkowski and Others v. Poland</i>	95
Caso <i>S.A.S v. France</i>	183 e 251
Caso <i>Salduz v. Turkey</i>	94 e 282
Caso <i>Santos Januário v. Portugal</i>	251
Caso <i>Smith and Grady v. The United Kingdom</i>	80
Caso <i>Soering v. The United Kingdom</i>	100, 214 e 287
Caso <i>Stoll v. Switzerland</i>	105
Caso <i>Thlimmenos v. Greece</i>	112 e 113
Caso <i>Versini-Campinchi and Crasnianski v. France</i>	98
Caso <i>Winterwerp v. The Netherlands</i>	101
Caso <i>X. and Y v. The Netherlands</i>	183
Caso <i>X. v. The United Kingdom</i>	101

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso <i>Almonacid Arellano e outros v. Chile</i>	180, 181 e 265
Caso <i>Barreto Leiva v. Venezuela</i>	95, 269 e 270
Caso <i>Barrios Altos v. Peru (Barrios Altos)</i>	180, 208 e 270
Caso <i>Bayarri v. Argentina</i>	95
Caso <i>Boyce y otros v. Barbados</i>	178
Caso <i>Caballero Delgado y Santana v. Colombia</i>	179 e 208
Caso <i>Caesar v. Trinidad y Tobago</i>	213
Caso <i>Cantoral Benavides v. Peru</i>	213
Caso <i>Cinco Pensionistas v. Peru</i>	117
Caso <i>Gelman v. Uruguai</i>	248
Caso <i>Genie Lacayo v. Nicaragua</i>	95 e 179
Caso <i>Goiburú et al. v. Paraguai</i>	214 e 225
Caso <i>Gómez Palomino v. Perú</i>	179
Caso <i>Heliodoro Portugal v. Panamá</i>	178 e 208
Caso <i>Hermano Gómez Paquiyauri v. Peru</i>	213
Caso <i>Herrera Ulloa v. Costa Rica</i>	103 e 286

Caso <i>Julia Gomes Lund et al. e outros v. Brasil (Guerrilha do Araguaia)</i>	264 e 265
Caso <i>Kimel v. Argentina</i>	103 e 286
Caso <i>La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) v. Chile</i>	107, 179, 208
Caso <i>Loayza Tamayo v. Peru</i>	96
Caso <i>López Álvarez v. Honduras</i>	77, 95 e 269
Caso <i>Myrna Mack Chang v. Guatemala</i>	178
Caso <i>Perozo y otros v. Venezuela</i>	180
Caso <i>Raxcacó Reyes v. Guatemala</i>	99 e 100
Caso <i>Sétimo Garibaldi v. Brasil</i>	180
Caso <i>Suárez Rosero v. Ecuador</i>	179
Caso <i>Tibi v. Ecuador</i>	179 e 213
Caso <i>Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Peru</i>	181 e 232
Caso <i>Tribunal Constitucional del Peru</i>	233
Caso <i>Villagrán Morales y otros v. Guatemala (los “Niños de la Calle”)</i>	214
Caso <i>Yatama v. Nicaragua</i>	84
Caso <i>Ximenes Lopes v. Brasil</i>	180 e 234
Opinião Consultiva 3/1983.....	100
Opinião Consultiva 5/1985	105, 178, 179, 264 e 297
Opinião Consultiva 18/2003.....	214

Corte Internacional de Justiça

Caso <i>Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)</i>	220 e 231
Caso <i>Belgium v. Spain (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited)</i>	174 e 213
Caso <i>Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro</i>	173
Caso <i>Cameroon v. The United Kingdom (Northern Cameroons)</i>	287
Caso <i>Democratic Republic of the Congo v. Belgium</i>	173 e 174
Caso <i>Germany v. Denmark and the Netherlands (North Sea Continental Shelf)</i>	194 e 213
Caso <i>Germany v. Italy: Greece intervening (Ferrini and Distomo)</i>	173, 227, 228, 229, 230, 252 e 285
Caso <i>Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa)</i>	174

Caso <i>Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (request for advisory opinion)</i>	173, 213 e 216
Caso <i>Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (advisory opinion)</i>	174, 213, 216 e 219
Caso <i>Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America (Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie)</i>	290
Caso <i>Mexico v. United States of America (Avena case)</i>	173, 174 e 233
Caso <i>Nicaragua v. United States of America</i>	194 e 213
Caso <i>Obligations concerning negotiations relating to cessation of the nuclear arms race and to nuclear disarmament (casos Marshall Islands v. United Kingdom, Marshall Islands v. Pakistan e Marshall Islands v. India)</i>	173
Caso <i>Portugal v. Australia (East Timor)</i>	174 e 213
Caso <i>Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations</i>	202
Caso <i>Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya (case concerning the Continental Shelf)</i>	193
Caso <i>United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania (Corfu Channel)</i>	215 e 216
Caso <i>United States of America v. Iran (United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran)</i>	173, 174 e 213

Corte Permanente de Arbitragem

Caso <i>Eritrea and Yemen (Territorial Sovereignty)</i>	196 e 197
Caso <i>Ireland v. The United Kingdom (OSPAR Arbitration)</i>	196
Caso <i>Netherlands v. Portugal (Boundaries in the Island of Timor)</i>	196 e 197
Caso <i>United States of America v. The Netherlands (The Island of Palmas)</i>	196

Corte Permanente de Justiça Internacional

Caso <i>Britain et al. v. Germany (S.S. “Wimbledon”)</i>	215
Caso <i>Certain German Interests in Polish Upper Silesia</i>	206
Caso <i>Lotus (France v. Turkey)</i>	193, 194, 218 e 219
Caso <i>Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. The United Kingdom)</i>	172, 219 e 220
Caso <i>Status of Eastern Carelia (USSR v. Finland)</i>	219

Espanha

1. Supremo Tribunal

Sentencia 12/200884 e 283

Sentencia 693/2013 111

2. Tribunal Constitucional

Sentencia 22/1984 63

Sentencia 53/1985 89

Sentencia 116/199992 e 266

Estados Unidos

1. Corte da Prefeitura da Cidade de Nova York (*New York City Mayor's Court*)

Caso *Rutgers v. Waddington*..... 122

2. Corte de Apelação de Nova York (*New York Court of Appeal*)

Caso *Riggs v. Palmer* 277

3. Corte de Apelação de Virgínea (*Virginia Court of Appeals*)

Caso *Commonwealth v. Caton*..... 122

4. Corte de Apelação para o Segundo Circuito (*Court of Appeals for the Second Circuit*)

Caso *Letelier v. Republic of Chile* 224

5. Corte Distrital para o Distrito de Columbia (*District Court for the District of Columbia*)

Caso *Hugo Prinz v. Federal Republic of Germany*224 e 225

6. Corte Superior da Carolina do Norte (*North Carolina Superior Court*)

Caso *Bayard v. Singleton*..... 122

7. Corte Superior do Condado de Litchfield (*Litchfield County Superior Court*)

Caso *Symsbury v. Bidwell*..... 122

8. Suprema Corte

Caso *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*125 e 250

Caso *American Booksellers v. Hudnut* 108

Caso *Armstrong v. United States* 243

Caso *Ashton v. Cameron County Water Improvement District*..... 125 e 250

Caso *Atkins v. Virginia*99, 113, 276, 279, 280 e 296

Caso *Bailey v. Drexel Furniture Co* 249

Caso *Bakke v. Regents of the University of California*73, 74 e 268

Caso *Balzac v. Porto Rico* 243

Caso <i>Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino</i>	115 e 222
Caso <i>Berghuis v. Thompkins</i>	93
Caso <i>Boumediene v. Bush</i>	139
Caso <i>Bourke v. Beshear</i>	78
Caso <i>Bowers v. Hardwick</i>	81 e 279
Caso <i>Brandenburg v. Ohio</i>	107
Caso <i>Brown v. Board of Education of Topeka</i>	73, 74 e 125
Caso <i>California v. Stewart</i>	93
Caso <i>Carter v. Carter Coal Company</i>	125 e 250
Caso <i>CBS v. Democratic National Comitee</i>	106
Caso <i>Chaplinsky v. New Hampshire</i>	249
Caso <i>Chimel v. California</i>	97
Caso <i>Chisholm v. Georgia</i>	258
Caso <i>City of Boerne v. Flores</i>	110, 111 e 124
Caso <i>Cohens v. Virginia</i>	257
Caso <i>Collin v. Smith</i>	107
Caso <i>Commonwealth of Puerto Rico v. Sanchez Valle</i>	243
Caso <i>Communist Party of the United States v. Subversive Activities Control Board</i>	116
Caso <i>Cooper v. Aaron</i>	73, 74 e 124
Caso <i>Cruzan v. Director, Missouri Department of Health</i>	91
Caso <i>Cummings v. Missouri</i>	278 e 279
Caso <i>Curtis Publishing Company v. Butts</i>	104
Caso <i>DeBoer v. Snyder</i>	78
Caso <i>De Lima v. Bidwell</i>	243
Caso <i>Dennis v. United States</i>	281
Caso <i>Diamond v. Chakrabarty</i>	272
Caso <i>Dooley v. United States</i>	243
Caso <i>Downes v. Bidwell</i>	243
Caso <i>Dred Scott v. Sanford</i>	249
Caso <i>Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith</i>	111
Caso <i>Examining Board of Engineers, Architects, and Surveyors v. Flores de Otero</i>	243
Caso <i>Fong Yue Ting v. United States</i>	278
Caso <i>Gertz v. Robert Welch, Inc.</i>	104

Caso <i>Gideon v. Wainwright</i>	93
Caso <i>Goetze v. United States</i>	243
Caso <i>Graham v. Florida</i>	275 e 276
Caso <i>Gratz v. Bollinger</i>	73, 74, 268, 279 e 280
Caso <i>Griggs v. Duke Power Co.</i>	75
Caso <i>Griswold v. Connecticut</i>	85
Caso <i>Grutter v. Bollinger</i>	74, 268, 279 e 280
Caso <i>Hall v. Florida</i>	99
Caso <i>Hamdan v. Rumsfeld</i>	100
Caso <i>Hamdi v. Rumsfeld</i>	139
Caso <i>Hammer v. Dagenhart</i>	249
Caso <i>Harris v. McRae</i>	86
Caso <i>Herbert v. Lando</i>	104
Caso <i>Hirabayashi v. United States</i>	249
Caso <i>Hollingsworth v. Perry</i>	78
Caso <i>Huus v. New York and Porto Rico Steamship Co.</i>	242
Caso <i>John V. Doe v. Holy See</i>	226
Caso <i>Katz v. United States</i>	284
Caso <i>Korematsu v. United States</i>	249
Caso <i>Lawrence v. Texas</i>	81, 125, 277, 279 e 280
Caso <i>Lemon v. Kurtzman</i>	110
Caso <i>Lochner v. New York</i>	124, 250, 278, 279 e 285
Caso <i>Louisville Joint Stock Land Bank v. Radford</i>	125 e 250
Caso <i>Lynch v. Donnelly</i>	110
Caso <i>Marbury v. Madison</i>	121, 122, 123, 166, 278 e 279
Caso <i>Marsh v. Alabama</i>	72 e 110
Caso <i>Martin v. Hunter's Lessee</i>	257
Caso <i>McCreary County v. American Civil Liberties Union of Kentucky</i>	111
Caso <i>McCulloch v. Maryland</i>	114, 271 e 272
Caso <i>McIntyre v. Ohio Elections Commission</i>	275
Caso <i>Medellín v. Texas</i>	174
Caso <i>Miranda v. Arizona</i>	93, 125 e 278
Caso <i>Morehead v. New York ex rel. Tipaldo</i>	125 e 250

Caso <i>Murray v. The Schooner Charming Betsy</i>	209
Caso <i>New York Times v. Sullivan</i>	104
Caso <i>New York Times v. United States</i>	104 e 105
Caso <i>Obergefell v. Hodges</i>	78 e 271
Caso <i>Oregon v. Mitchell</i>	258
Caso <i>Osborn v. Bank of the United States</i>	257
Caso <i>Panama Refining Co. v. Ryan</i>	125 e 250
Caso <i>Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth</i>	85 e 86
Caso <i>Planned Parenthood v. Casey</i>	85 e 86
Caso <i>Plessy v. Ferguson</i>	73 e 278
Caso <i>Pollock v. Farmers Loan & Trust Co</i>	258
Caso <i>Railroad Retirement Board v. Alton Railroad Co.</i>	125 e 250
Caso <i>R.A.V. v. St. Paul</i>	107
Caso <i>Red Lion Broadcaststtin Co v. FCC</i>	106
Caso <i>Riley v. California</i>	97, 98 e 125
Caso <i>Roe v. Wade</i>	85, 258 e 266
Caso <i>Roper v. Simmons</i>	99, 113, 275, 276, 279, 280 e 294
Caso <i>Rust v. Sullivan</i>	86
Caso <i>Schenck v. United States</i>	284
Caso <i>Schneider v. Rusk</i>	277
Caso <i>Schooner Exchange v. M’Faddon</i>	222
Caso <i>Stone v. Graham</i>	111
Caso <i>Stuart v. Laird</i>	123
Caso <i>Tanco v. Haslam</i>	78
Caso <i>Texas v. Johnson</i>	108 e 271
Caso <i>The Antelope</i>	277
Caso <i>The Republic of Argentina v. NML Capital, Ltd</i>	225 e 226
Caso <i>Thompson v. Oklahoma</i>	275 e 294
Caso <i>Trop v. Dulles</i>	277
Caso <i>Underhill v. Hernandez</i>	222
Caso <i>United States v. Butler</i>	125 e 250
Caso <i>United States v. Carolene Products Co</i>	125
Caso <i>United States v. Darby Lumber Co.</i>	249

Caso <i>United States v. Eichman</i>	108, 109 e 271
Caso <i>United States v. Peters</i>	257
Caso <i>United States v. Windsor</i>	78 e 125
Caso <i>United States v. Wurie</i>	97 e 125
Caso <i>Vacco v. Quill</i>	91
Caso <i>Vanhorne's Lessee v. Dorrance</i>	122
Caso <i>Vignera v. New York</i>	93
Caso <i>Vitek v. Jones</i>	101
Caso <i>Washington v. Glucksberg</i>	91, 275 e 276
Caso <i>West Coast Hotel Co. v. Parrish</i>	251
Caso <i>Westover v. United States</i>	93
Caso <i>Wilkerson v. Utah</i>	279
Caso <i>Worcester v. Georgia</i>	257
Caso <i>Yick v. Hopkins</i>	76
Caso <i>Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer (Youngstown Steel)</i>	278

9. Suprema Corte de New Jersey (*New Jersey Supreme Court*)

Caso <i>Holmes v. Watson</i>	122
------------------------------------	-----

10. Suprema Corte de Rhode Island (*Rhode Island Supreme Court*)

Caso <i>Trevett v. Weeden</i>	122
-------------------------------------	-----

França

1. Conselho Constitucional (*Conseil Constitutionnel*)

<i>Décision</i> 71-44 DC.....	136 e 267
<i>Décision</i> 74-54 DC.....	86, 282 e 283
<i>Décision</i> 80-127 DC.....	96
<i>Décision</i> 84-181 DC.....	96
<i>Décision</i> 92-307 DC.....	100
<i>Décision</i> 2001-446 DC.....	86
<i>Décision</i> 2008-562 DC.....	101, 102 e 282
<i>Décision</i> 2010-613 DC.....	183, 249 e 250

2. Conselho de Estado (*Conseil d'Etat*)

<i>Arrêt Anti-burkini</i>	112 e 113
<i>Arrêt Cadot</i>	135

<i>Arrêt Canal</i>	207 e 208
<i>Arrêt Commune de Morsang-sur-Orge (spectacle dit de lancer de nains)</i>	70
<i>Arrêt Nicolo</i>	84, 85 e 207
<i>Arrêt Rothschild</i>	135
<i>Arrêt Ville d'Aix-en-Provence</i>	70

3. Corte de Cassação (Cour de Cassation)

<i>Caso Société des cafés Jacques Vabre et Société J. Weigel v. administration française</i>	207 e 265
<i>Caso Stéphane Chapin et Bertrand Charpentier v. Procureur de la République de Bordeaux</i>	77 e 78

4. Tribunal de Conflitos (Tribunal des Conflits)

<i>Arrêt Blanco</i>	134 e 135
---------------------------	-----------

Grécia

1. Suprema Corte Cível e Criminal (Supreme Civil and Criminal Court/Areios Pagos)

<i>Caso Margellos v. Federal Republic of Germany (Margellos)</i>	228
<i>Caso Prefecture of Voiotia and others v. Federal Republic of Germany (Distomo)</i>	227 e 228
<i>Decisão 23/1897</i>	131
<i>Decisão 169/1865</i>	131

2. Corte de Primeira Instância de Livadia (Livadia Court of First Instance/Protodikeio)

<i>Caso Prefecture of Voiotia and others v. Federal Republic of Germany (Distomo)</i>	227 e 228
--	-----------

Hong Kong

1. Court of Final Appeal

<i>Caso Cheng Albert v. Tse Wai Paul</i>	103, 104 e 149
<i>Caso Lau Kong Yung v. Director of Immigration</i>	149
<i>Caso Ng Ka Ling v. Director of Immigration</i>	148

2. Court of Appeal

<i>Caso Democratic Republic of Congo v. FG Hemisphere Associates LLC</i>	225
<i>Caso Equal Opportunities Commission v. Director for Education</i>	83 e 149

Hungria

1. Tribunal Constitucional

Határozat 20/1999.....93 e 284

Índia

1. Suprema Corte

Caso *State of Kerala v. N.M. Thomas*74 e 150

Israel

1. Suprema Corte

Caso *Banco Mizrahi* (HCJ 6821/1993) 151

Caso *Bergman* (HCJ 98/1969)..... 151

Caso *Kol Ha Am* (HCJ 73/1953) 151

Itália

1. Corte de Cassação (*Corte di Cassazione*)

Caso *Canadá v. Cargnello* 265

Caso *Ferrini v. Repubblica Federale di Germania*226 e 227

Caso *Federal Republic of Germany v. Giovanni Mantelli and Others* 227

Caso *Milde v. Civitella (The Prosecutor v. Max Josef Milde)* 227

Caso *Repubblica Federale di Germania v. Amministrazione Regionale della Vojotia* 228

Caso *Repubblica Federale di Germania v. Presidenza Consiglio dei Ministri e Maietta* 227

Caso *Repubblica Federale di Germania v. Regione della Vojotia*..... 228

2. Tribunal Administrativo Regional do Vêneto (*Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto*)

Caso *Lautsi* 112

3. Tribunal Constitucional

Sentenza 18/1975..... 87

Sentenza 518/2000.....93 e 284

Noruega

1. Suprema Corte

Caso *Wedel Jarlsberg*..... 132

Japão

1. Suprema Corte

Caso <i>Discrimination against Illegitimate Children</i>	83
Caso <i>Evening Wakayama News</i>	103, 146, e 147
Caso <i>Hoppo Journal</i>	103, 104 e 147
Caso <i>Illegitimate Children Nationality Discrimination</i>	83 e 147
Caso <i>Jehovah's Witness Kendo Refusal</i>	110 e 147
Caso <i>Overseas Voters</i>	84 e 147
Caso <i>Postal Act</i>	147
Caso <i>Sunagawa</i>	146

Nova Zelândia

1. Corte de Apelação (Court of Appeal)

Caso <i>Flickinger v. Crown Colony of Hong Kong</i>	145 e 146
Caso <i>Hopkinson v. Police</i>	109 e 271
Caso <i>Moonen v. Board of Film and Literature Board</i>	146 e 160
Caso <i>Quilter v. Attorney-General</i>	77 e 145
Caso <i>R. v. Poumako</i>	146
Caso <i>Simpson v. Attorney-General (Baigent's Case)</i>	146

Perú

1. Tribunal Constitucional

STC 0295-2012-PHC	95
-------------------------	----

Portugal

1. Tribunal Constitucional

Acórdão 25/1984	86
Acórdão 39/1984	59
Acórdão 85/1985	87
Acórdão 285/1992	64
Acórdão 288/1998	87
Acórdão 353/2012	117 e 252
Acórdão 533/1999	184 e 185

Reino dos Países Baixos (Kingdom of the Netherlands)

1. Suprema Corte do Reino dos Países Baixos (*Supreme Court of the Netherlands*)

Caso *Nordstern Allgemeine Versicherung AG v. Vereinigte Stinnes Rheinreederei* 265

Reino Unido

Escócia

1. *Scottish Registration Appeal Court*

Caso *Smith v. Scott* 94

Inglaterra

1. Câmara dos Lordes (*House of Lords*)

Caso *Airedale N.H.S. Trust v. Bland* 91

Caso *Belmarsh Prisoners' (A and others v. Secretary of State for the Home Department)*..... 139

Caso *I Congreso del Partido*224 e 225

Caso *Derbyshire County Council v. Times Newspaper Ltd. and others* 281

Caso *Fitzpatrick v. Sterling Housing Association Ltd.*..... 80

Caso *Ghaidan v. Godin-Mendoza*80 e 139

Caso *Holland v. Lampen-Wolfe*224 e 225

Caso *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia)*..... 285

Caso *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Company*206 e 207

Caso *Pinochet*285 e 286

Caso *R. (Alconbury Developments Ltd) v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions*232 e 233

Caso *R. (Factortame Ltd) v. Secretary of State* 232

Caso *R. (Quark Fishing Ltd) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*232 e 233

Caso *R. (Ullah) v. Special Adjudicator*112, 184 e 280

Caso *R. v. Her Majesty's Commissioners of Inland Revenue ex parte Wilkinson*..80, 139 e 140

Caso *Re McKerr* 206

Caso *Secretary of State for the Home Department v. AF* 102

Caso *Secretary of State for the Home Department v. JJ and others* 139

Caso *Secretary of State for the Home Department v. MB* 102

Caso <i>The Queen on the Application of Mrs Dianne Pretty (Appellant) v. Director of Public Prosecutions (Respondent) and Secretary of State for the Home Department (Interested Party)</i>	91 e 280
2. Court of Common Pleas	
Caso <i>Thomas Bonham v. College of Physicians (Bonham)</i>	122
3. Her Majesty's High Court of Justice of England and Wales	
Caso <i>Buvot v. Barbut</i>	206
Caso <i>Hirst v. Attorney-General</i>	94
Caso <i>Regina v. Keyn</i>	206
Caso <i>Regina v. Ministry of Defence, Ex parte Smith and others</i>	80
Caso <i>Regina (Pearson Martinez and Hirst) v. Secretary of State for the Home Department and Others</i>	94
Caso <i>Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria</i>	224
Caso <i>Triquet v. Bath</i>	206
4. Privy Council	
Caso <i>Australian Consolidated Press Ltd v. Uren</i>	242
Caso <i>Chung Chi Cheung v. The King</i>	206
Caso <i>Matthew v. The State</i>	207
Caso <i>New Zealand Shipping Co. Ltd. v. A.M. Satterthwaite & Co. Ltd.</i>	273
Caso <i>Parker v. The Queen</i>	242
Caso <i>Shell of Australia v. Federal Commissioner of Taxation</i>	273
Caso <i>The Philippine Admiral</i>	206
Caso <i>Viro v. The Queen</i>	242
5. Suprema Corte	
Caso <i>Ambrose v. Harris</i>	93, 281 e 282
Caso <i>H. v. Lord Advocate</i>	207
Caso <i>Horncastle R. v. Horncastle</i>	184 e 281
Caso <i>Jude, Hodgson, and Birnie v. Her Majesty's Advocate</i>	93 e 282
Caso <i>McGeoch v. Lord President</i>	94 e 281
Caso <i>McGowan (Procurator Fiscal, Edinburgh) v. B (Scotland)</i>	93 e 281
Caso <i>R. (Chester) v. Secretary of State for Justice</i>	94 e 281
Caso <i>R. v. Gul</i>	207
Caso <i>R. v. Secretary of State for Transport</i>	207

Rússia

1. Tribunal Constitucional

Caso <i>Konstitutsionnyi Sud Rossiiskoi Federatsii</i>	142
--	-----

Suíça

1. Tribunal Federal

Decisão <i>BGE 117 lb</i>	207
---------------------------------	-----

Taiwan

1. Tribunal Constitucional (Council of Grand Justices of the Judicial Yuan)

<i>Interpretation 373</i>	149
<i>Interpretation 384</i>	101 e 149
<i>Interpretation 392</i>	101 e 149

Tribunal de Justiça do Leste Africano (East African Court of Justice)

Caso <i>Prof. Peter Anyang' Nyong'o and Others v. Attorney General of Kenya and Others</i> ..	187
---	-----

Tribunal de Justiça da União Europeia

Caso <i>Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA</i> (<i>Case 106/1977</i>)	231
Caso <i>Abdeli (C-189/2010)</i>	205 e 231
Caso <i>Bond van Adverteerders and others v. The Netherlands State</i>	106
Caso <i>Flaminio Costa v. Ente Nazionale per l'Energia Elettrica Processo (Case 6/1964)</i> ...	205
Caso <i>Kadi I</i>	289
Caso <i>Kadi II</i>	289 e 290
Caso <i>Marleasing SA v. La Comercial Internacional de Alimentacion AS</i> (<i>Case 106/1989</i>)	185 e 205
Caso <i>Melki (C-188/2010)</i>	205 e 231
Caso <i>Secretary of State for the Home Department v. Tom Watson and others</i>	97
Caso <i>Stefano Melloni v. Ministerio Fiscal (Case 399/2011)</i>	186 e 289
Caso <i>Tele2 Sverige AB v. Post-och telestyrelsen</i>	97
Caso <i>Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen</i> (<i>Case 26/1962</i>)	185 e 205

Parecer 01/2000	185 e 289
Parecer 02/1994	288
Parecer 02/2013	185 e 288

Tribunal Penal Internacional

Caso <i>The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi</i>	176 e 177
Caso <i>The Prosecutor v. Bosco Ntaganda</i>	213
Caso <i>The Prosecutor v. Germain Katanga</i>	176
Caso <i>The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo</i>	176 e 177
Caso <i>The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo</i>	176

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

Caso <i>Prosecutor v. Akayesu</i>	174
---	-----

Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia

Caso <i>Prosecutor v. Anto Furundzija</i>	213, 287 e 288
Caso <i>Prosecutor v. Goran Jelisić</i>	213
Caso <i>Prosecutor v. Radislav Krstić</i>	213
Caso <i>Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al</i>	213

Uganda

1. Corte Constitucional

Caso <i>Ssemogerere and Olum v. Attorney-General</i>	156
Caso <i>Ssemogerere and Others v. Attorney-General</i>	156

2. Suprema Corte

Caso <i>Obbo and Another v. Attorney General</i>	103, 155 e 156
--	----------------

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADINMC	Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADPFMC	Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ALAD	Associação Latino Americana de Integração
ALALC	Associação Latino Americana de Livre Comércio
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CADHP	Corte Africana dos Direitos do Homem e dos Povos
CARICOM	Comunidade do Caribe
CDI	Carta Democrática Interamericana
CEDH	Corte Europeia de Direitos Humanos
CEPAL	Comissão Econômica da ONU para a América Latina e Caribe
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CJI	Comitê Jurídico Interamericano
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNUDM	Convenção da Organização das Nações Unidas sobre o Direito do Mar
ComADH	Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos

ComEDH	Comissão Europeia dos Direitos Humanos
COMESA	Mercado Comum da África Oriental e Austral
ComIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
ConEDH	Convenção Europeia de Direitos Humanos
CVDT	Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados
CPA	Corte Permanente de Arbitragem
CPC	Código de Processo Civil
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CPJI	Corte Permanente de Justiça Internacional
DIP	Direito Internacional Público
DIPri	Direito Internacional Privado
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
EACJ	Tribunal de Justiça do Leste Africano
ECI	Estado de Coisas Inconstitucional
HC	<i>Habeas Corpus</i>
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
PIDCP	Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos da ONU
PIDESC	Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU
RE	Recurso Extraordinário

REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TIA	Tratado Interamericano de Assistência Recíproca
TCC	Tribunal Constitucional da Colômbia
TJC	Tribunal de Justiça do Caribe
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TPI	Tribunal Penal Internacional
TPII	Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia
TPR	Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul
UE	União Europeia
UNCTAD	Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	37
1	O INFLUXO DO CONSTITUCIONALISMO TRANSFRONTEIRIÇO NAS ORDENS JURÍDICAS.....	43
1.1	O desenvolvimento da ideia de constitucionalismo	43
1.2	O surgimento do novo constitucionalismo	56
1.3	A evolução do constitucionalismo pelo modelo transfronteiriço.....	72
2	A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE JURISDIÇÃO DE GARANTIAS	120
2.1	A construção do conceito de jurisdição de garantias	120
2.2	A jurisdição constitucional	121
2.3	A jurisdição de direitos humanos.....	167
3	OS LIMITES DA JURISDIÇÃO E O ESTADO-NAÇÃO SOBERANO.....	189
3.1	A construção do conceito de Estado-Nação soberano	189
3.2	A reconceptualização da ideia de Estado-Nação soberano.....	200
3.3	Os limites da jurisdição e o Estado-Nação soberano.....	218
3.4	Os novos limites da jurisdição e o Estado-Nação soberano.....	230
4	DIÁLOGOS TRANSNACIONAIS E A CONSISTÊNCIA ARGUMENTATIVA DA JURISDIÇÃO DE GARANTIAS	246
4.1	A legitimação dialógica da jurisdição de garantia	246
4.2	A consistência argumentativa da jurisdição de garantias no espaço transnacional.....	260
	CONCLUSÃO	299
	REFERÊNCIAS	304

INTRODUÇÃO

A presente tese tem por escopo discutir o influxo do constitucionalismo transfronteiriço nas ordens jurídicas^{6,7}, a partir da busca de justificação da consistência argumentativa da jurisdição de garantias^{8,9} nos diálogos transnacionais¹⁰. Nesse sentido, tomando como ponto de partida a necessidade de criação de uma rede de reciprocidade em escala global¹¹, arquitetada a partir de um consenso transnacional em uma sociedade internacional pluralista¹², a ideia central, é de que com a intensificação do intercâmbio múltiplo entre Cortes na ordem jurídica

⁶ Entendemos por constitucionalismo transfronteiriço, a ideia de problemas jurídicos que perpassam diversas ordens jurídicas. Assim, um problema constitucional transfronteiriço, implica em questões de direitos fundamentais e Direitos Humanos, que podem envolver Cortes locais, estrangeiras, internacionais, supranacionais ou regionais, a partir de conversações constitucionais, com o fortalecimento do entrelaçamento entre ordens jurídicas.

⁷ O influxo do constitucionalismo transfronteiriço nas ordens jurídicas, para os fins da presente tese, seguiria alguns modelos, que podem ser agrupados de diversas maneiras. Por uma perspectiva, podemos enxergar um modelo de submissão (em que há deferência total à jurisprudência transnacional, o que pode representar, em realidade, uma forma de neocolonialismo), repulsa (em que há despreço total à jurisprudência transnacional, o que pode acabar conduzindo a uma versão extrema de provincialismo), decorativo (em que há mera referência desnecessária a elementos não nacionais, como meio de demonstrar conhecimento e autoridade) e interlocução (em que há abertura para a compreensão, discussão, reflexão e aproveitamento das decisões transnacionais). Podemos, de outro modo, dividir o influxo do constitucionalismo transfronteiriço nas ordens jurídicas em mínimo, médio e máximo. No primeiro modelo, as decisões transnacionais seriam rechaçadas pelas cortes locais. No segundo, haveria o diálogo das Cortes locais com as Cortes transnacionais, como uma autoridade persuasiva, mas considerando a perspectiva, particularidades e razões de decidir do caso doméstico. O último modelo ocorreria com a internalização das decisões transnacionais nas ordens domésticas, visto que, uma vez já incorporada nas ordens jurídicas locais, a eficácia das decisões transnacionais seria máxima. Para os fins desta tese, iremos trabalhar o modelo de interlocução ou de eficácia média, que nos parece permitir uma abordagem mais ampla do tema, a partir da compreensão das razões de decidir (*ratio decidendi* ou *holding*) da Corte, sem se deixar, naturalmente, de tratar pontualmente dos demais modelos.

⁸ A jurisdição de garantias objetiva à tutela dos direitos fundamentais e dos Direitos Humanos, podendo, para este fim, se desenvolver através da jurisdição constitucional, que é o poder das Cortes constitucionais de interpretar a legislação e invalidar os atos incompatíveis com a Constituição e com os direitos fundamentais, e, mediante a jurisdição de Direitos Humanos, produzida pelas Cortes internacionais, supranacionais ou regionais, ao interpretar o Direito Internacional e comunitário, especialmente em questões de Direitos Humanos. Ademais, a jurisdição constitucional e a jurisdição de Direitos Humanos, segundo a premissa metodológica aqui desenvolvida, podem ser exercidas por instituições que não necessariamente, ao menos no sentido estrito do termo, podem ser qualificadas como órgãos judiciais, desde que esta atividade não seja efetuada, exclusivamente, pelo Poder Executivo ou Poder Legislativo como é o caso do *Conseil d'Etat* francês, da Comissão Europeia de Direitos Humanos e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

⁹ Utilizaremos os vocábulos Tribunal Constitucional e Corte Constitucional como sinônimos. Da mesma maneira, utilizaremos indistintamente as expressões jurisdição constitucional, *judicial review* e controle de constitucionalidade.

¹⁰ Na seleção dos casos que serão analisados, segundo o recorte teórico utilizado, tomaremos por base, além do modelo de jurisdição transnacional de defesa dos Direitos Humanos, o sistema jurisdicional de países que tenham, ao menos em tese, o comprometimento com a comunidade internacional e o engajamento com a tutela dos direitos fundamentais no plano doméstico.

¹¹ WALDRON, Jeremy. Teaching cosmopolitan right. In: MCDONOUGH, Kevin; FEINBERG, Walter (Eds.). **Education and citizenship in liberal-democratic societies: cosmopolitan values and cultural identities**. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 25-35.

¹² WALDRON, Jeremy. Minority cultures and the cosmopolitan alternative. **University of Michigan Journal of Law Reform**, Michigan, v. 25, 1991-1992, p. 751-778.

globalizada, cada vez mais as decisões transnacionais são trazidas à tona na tomada de decisões jurisdicionais, com a incorporação de novos e distintos argumentos ao debate judicial em questões convergentes, validada pela previsibilidade e respeito aos precedentes transnacionais¹³.

Esta ideia, naturalmente, incorpora o reposicionamento da teoria da soberania nacional e da jurisdição — como manifestação do princípio da soberania do Estado e que estende seus efeitos dentro das fronteiras estatais — a partir da ideia de que a racionalidade argumentativa e a legitimidade decisória das Cortes locais, está arquitetada no diálogo construído com as Cortes transnacionais.

É exatamente dessa forma que se busca afirmar que as premissas de Westphalia tomam um novo sentido na atual agenda global, e, desta feita, o Estado nacional, como sujeito originário titular de soberania e com a competência exclusiva no seu território para adotar normas legais obrigatórias e resolver litígios em seus tribunais, acaba por ser repensado, ancorado no conceito de mundo desterritorializado e globalmente ordenado, o que torna, ao fim, mais complexa a forma como as decisões são tomadas¹⁴.

Assim, irá se procurar contextualizar esse fenômeno, buscando-se analisar o ambiente em que a superação do Estado-Nação ocorre a partir da intensificação do intercâmbio múltiplo entre Cortes na jurisdição mundial e, da mesma forma, serão investigadas as condições necessárias para a compreensão da cooperação internacional na sociedade global, por meio de um diálogo pluralista e participativo entre instituições locais e transnacionais¹⁵, especialmente no que toca à jurisdição de garantias.

Do mesmo modo, nesta dinâmica em que o transnacional e o local se interpenetram e se realimentam, em processos múltiplos, simultâneos, iterativos e em ciclos recursivos de permanente reconfiguração da arquitetura global e local, a jurisdição acaba por trabalhar reconceptualizada e relegitimada, a partir do paradigma dos fenômenos transnacionais, e, dessarte, neste constante intercâmbio com os demais sistemas jurídicos, em uma rede

¹³ A ideia de precedente transnacional, deve ser trabalhada em paralelo com a construção do conceito da *ratio decidendi* ou de *holding* de uma decisão judicial, que corresponde ao entendimento jurídico emergente de um precedente, ou seja, do entendimento jurídico que serviu de base à decisão ou à descrição do entendimento adotado pela corte, como a premissa necessária ou adequada para decidir o caso concreto, à luz das razões invocadas pela maioria. A identificação da *ratio decidendi* pressupõe, a avaliação de alguns aspectos essenciais: i) os fatos relevantes, ii) a questão jurídica posta em juízo iii) os fundamentos da decisão e iv) a solução determinada pela corte. BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da Advocacia-Geral da União**, v. 15, 2016, p. 09-52.

¹⁴ RAWLS, John. **The law of peoples**. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 1-77.

¹⁵ GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito**. Tradução Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, p. 7-43.

jurisdicional interdependente e interpenetrante, que se desenvolve em um espaço não hierárquico e policêntrico, as decisões transnacionais desempenham um claro ponto de apoio para a racionalidade da decisão jurisdicional¹⁶.

Desta feita, partindo de tais premissas, o uso de decisões transnacionais na tomada de decisões judiciais permite a incorporação de novos pontos de vista aos intérpretes jurisdicionais, a partir de mecanismos de reciprocidade, persuasão e aculturação, em que a referência a Cortes transnacionais providenciam uma ferramenta adicional e potencialmente útil à medida que o Judiciário tenha de lidar com questões complexas semelhantes, em uma saudável fertilização cruzada de ideias e abordagens, que, ao termo, ajude as Cortes a analisar a questão sob uma perspectiva diferente, em uma interação que, em contrapartida, aumenta o reconhecimento das decisões tomadas no sistema jurídico transnacional¹⁷.

Da mesma maneira, esta tese busca repensar a teoria clássica da Soberania nacional, a partir dos diálogos em nível transnacional, demonstrando que a fonte de legitimidade das Cortes está nos processos de tomada de decisão fundada em um diálogo construído em contextos deliberativos contínuos, envolvendo a atuação conjunta de todas as instituições da sociedade internacional contemporânea¹⁸, em especial dos Tribunais no exercício da jurisdição de garantias.

Dessa forma, este diálogo transnacional entre Cortes contribui para o respeito recíproco na comunidade internacional, na medida em que os empréstimos transnacionais e a construção de uma autoconsciência global judicial acabam por gerar certo consenso internacional sobre determinadas questões, e, portanto, esta interlocução entre Cortes internacionais, supranacionais, estrangeiras e locais, permite a oxigenação de ideias e paradigmas, ampliando o leque de referenciais e fundamentos utilizados pela jurisprudência doméstica, o que, diante do contexto decorrente do influxo das decisões transnacionais, ao cabo, exerce um papel nodal na unidade, legitimidade e racionalidade argumentativa das Cortes locais e transnacionais¹⁹.

Por conseguinte, tentará se trabalhar a ideia de que a incorporação de novos paradigmas decisórios e pontos de vista no debate transnacional — em que a ideia de previsibilidade e

¹⁶ SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. **Harvard International Law Journal**, v. 44, 2003, p. 191-220.

¹⁷ DIXON, Rosalind. Transnational constitutionalism and unconstitutional constitutional amendments. **Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, Chicago, n. 349, 2011, p. 2-15.

¹⁸ LADEUR, Karl-Heinz. Globalization and Conversion of Democracy to Polycentric Networks — Can Democracy Survive the End of Nation State? In: LADEUR, Karl-Heinz (Org.). **Public Governance in the Age of Globalization**. Aldershot: Ashgate, 2004, p. 89-118.

¹⁹ BAUDENBACHER, Carl. Judicial globalization: new development or old wine in new bottles. **Texas International Law Journal**, Texas, v. 38, 2003, p. 505-526.

equidade, passa a ser repensada sob novos prismas —, traz uma nova perspectiva de análise das expectativas estabelecidas em precedentes jurisdicionais semelhantes decididos pelas Cortes do sistema global²⁰.

A tese, assim, será estruturada de maneira que se apresente a evolução histórica do movimento gerador das constituições modernas, diante do projeto teórico-constitucional desenvolvido especialmente durante os séculos XVII e XVIII, em que os pressupostos para a legitimação política passam a ser calcados na limitação dos poderes estatais, com a tomada de decisões fortemente ligadas à sustentação dos direitos fundamentais, o que inevitavelmente torna o direito constitucional o grande balizador da relação entre o Estado e os cidadãos.

Da mesma maneira, tentaremos demonstrar que com o nascimento do constitucionalismo transfronteiriço, diante da globalização e da intensificação relacional na sociedade mundial, baseada em uma rede intrincada de conexões entre instituições estatais desagregadas, a tarefa de tomar decisões na sociedade multicêntrica e heterárquica passa a ser construída a partir de uma racionalidade transversal entre esferas autônomas de comunicação da sociedade mundial²¹, com conversações institucionais e o fortalecimento de entrelaçamentos entre a ordem jurídica transnacional e a doméstica, de países engajados e comprometimentos com a comunidade internacional e a tutela de direitos fundamentais.

De igual modo, também tentará se apresentar o conceito clássico da soberania estatal e os desdobramentos deste princípio, especialmente sob a luz das leituras contemporâneas acerca do Estado-Nação. Assim, será demonstrado que, principalmente a partir do começo do século XX, o paradigma da soberania vem sendo desconstituído no plano do Direito Internacional pela transformação de uma ordem jurídica mundial. Nesta concepção, o Estado-Nação e a noção de soberania passam a ser repensados através de uma complexa sociedade interdependente e cosmopolita²², na qual a noção de soberania é reescrita para endossar o conceito de uma comunidade plenamente integrada e harmoniosamente interligada²³.

Ademais, a noção hoje amplamente aceita pelas Nações civilizadas, de que o exercício do poder jurisdicional deve ser desenvolvido dentro dos limites territoriais do Estado, vem sendo relida com base em princípios de reconhecimento mútuo em uma rede distribuída no

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 11-21.

²¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 1-62.

²² Aqui a visão do Cosmopolitismo ou Multiculturalismo emancipatório deve ser entendida como um projeto universal de inclusão, trazendo para a cultura ocidental a perspectiva do outro e superando particularismos culturais por meio de diálogos interculturais. Cosmopolitismo significa universalismo, tolerância, patriotismo, cidadania global, comunidade global de seres humanos, culturas globais etc.

²³ PIOVESAN, Flávia. Globalização econômica, integração regional e direitos humanos. **Interesse Público**, v. 4, n. 13, 2002, p. 49.

ordenamento internacional. Assim, a partir desta perspectiva de entrelaçamento das relações nacionais e multinacionais, em que os instrumentos jurídicos tradicionais se mostram inadequados à diversidade das situações contemporâneas, a ideia dos diálogos transnacionais, aparece como um forte contributo para construção do conceito de legitimação da jurisdição²⁴.

Nesse sentido, pretenderá se destacar que a necessária construção de uma teoria que permita justificar a criação do conceito da jurisdição de garantias, deve partir da conversação entre a jurisdição constitucional e transnacional sob a égide de parâmetros dialógicos, a partir de mecanismos capazes de permitir um sistema cooperativo das relações entre as instituições jurisdicionais locais e transnacionais, pela via sistêmico-dialógica, relendo as teorias clássicas da Soberania.

Para isso, o paradigma do Estado soberano deve mais do que nunca ser repensado a partir de soberanias limitadas, repartidas e dependentes, desmistificando o discurso corrente a respeito do tema e afirmando que a adoção de uma nova concepção do princípio da soberania estatal, implica a necessidade de se construir critérios uniformes para os procedimentos deliberativos na sociedade, sob os parâmetros e diretrizes de uma agenda cooperativa transnacional na esfera jurisdicional²⁵.

Consequentemente, o que se buscará demonstrar é que, diante de problemas jurídicos que perpassam diversas ordens jurídicas, em questões de direitos fundamentais, Direitos Humanos e limitação de poder, envolvendo Cortes locais, estrangeiras, internacionais, supranacionais ou regionais, o contexto resultante do influxo do constitucionalismo transfronteiriço deve partir da compreensão, discussão, reflexão e aproveitamento das decisões transnacionais, como uma autoridade persuasiva, mas considerando a perspectiva, particularidades e razões de decidir do caso, o que representa maior grau de racionalidade argumentativa, legitimidade e uniformidade das decisões jurisdicionais domésticas, ou seja, o que se pretende, ao termo, é problematizar as repercussões nas ordens jurídicas, do diálogo entre as Cortes no desempenho da jurisdição de garantias.

Para tanto, na construção do trabalho, o Direito Internacional será utilizado para nos auxiliar na reflexão, sob uma perspectiva crítica, uma instituição ou instituto a partir de experiências transnacionais, considerando as insatisfações com as respostas classicamente oferecidas, a partir da análise de casos e da leitura de textos básicos que sirvam de diretriz para a sustentação e defesa de nosso argumento central. Da mesma forma, o aproveitamento de

²⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 46-306.

²⁵ SLAUGHTER, Anne-Marie. Judicial globalization. **Virginia Journal of International Law**, v. 40, 2000, p. 1103-1124.

outras áreas de conhecimento também se fará necessário, na medida em que os desdobramentos da pesquisa e da redação da Tese exijam maior ou menor aprofundamento naquelas áreas utilizadas. Portanto, partindo da delimitação das áreas de investigação da pesquisa, procuraremos sustentar a análise do objeto final de estudo, apresentando os recursos teóricos disponíveis para o enfoque de análise do influxo do constitucionalismo transfronteiriço nas ordens jurídicas, como um aporte para a justificação da consistência argumentativa da jurisdição de garantias nos diálogos transnacionais.

Esta abordagem justifica a inclusão do trabalho dentro da linha de pesquisa de Direito Internacional, da área de concentração Cidadania, Estado e Globalização, do Doutorado em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), pois é a partir da ideia de que a soberania e a jurisdição devem ser relidas, dentro de uma visão cooperativa e de diálogo transnacional, que se tentará alcançar a legitimidade e unidade das práticas judiciais, a partir de novos paradigmas decisoriais da jurisdição diante de casos complexos similares.

1 O INFLUXO DO CONSTITUCIONALISMO TRANSFRONTEIRIÇO NAS ORDENS JURÍDICAS

Remember your former leaders and imitate their faith.

Placa erigida na Church of the Holy Sepulchre, Cambridge.

1.1 O desenvolvimento da ideia de constitucionalismo

Quando se discute o conceito de constitucionalismo, deve-se ter em mente o momento histórico em que se fez uso do termo, pois, apenas a partir desta delimitação, podemos compreender o sentido — conectado ao resgate histórico e à contextualização, do fecundo debate teórico que envolve as origens do sentido moderno de Constituição — e o desdobramento deste conceito nas sociedades contemporâneas²⁶.

Ademais, diante da dubiedade e polissemia do próprio vocábulo, é oportuno trazer a discussão sobre as distintas orientações teóricas em torno do tema, não apenas para compreender o real sentido de cada um dos termos ao qual esteve associado o constitucionalismo, mas, sobretudo, para possibilitar a construção de uma concepção jurídica que corresponda aos reclames políticos e sociológicos da sociedade contemporânea²⁷.

Nesse sentido, podemos afirmar que o movimento constitucional gerador da Constituição em sentido moderno tem várias raízes, localizadas em horizontes temporais distintos e em espaços históricos geográficos e culturais diferenciados, e, assim, em termos rigorosos, não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural²⁸.

Desta feita, o chamado constitucionalismo antigo, ou seja, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários que alicerçavam a existência de direitos estamentais ou religiosos se sedimentou, conformando a ordem jurídico-política das sociedades ancestrais,

²⁶ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 1-62.

²⁷ É importante frisar que, ainda que a polissemia do termo Constituição tenha acarretado a confusão de seu sentido — com vocábulos que expressam ideias abstratas e conceitos distintos, como forma política de Estado, ato solene do poder constituinte, ação continuada, resultante da espontaneidade dos fatos, formas de domínio, ato de decisão — por outro lado, foi a ferramenta que consolidou a estrutura jurídica que forjou o direito constitucional das sociedades modernas. Vide SAMPAIO, José Adércio Leite. Teorias constitucionais em perspectiva: em busca de uma Constituição pluridimensional. In: _____ (Coord.). **Crises e desafios da Constituição**: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 3-54.

²⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 51-60.

fundamentalmente como um símbolo da inspiração divina, em que o direito não escrito²⁹ se encontrava dominado pelas práticas religiosas^{30,31}.

É bem verdade que, embora nas civilizações da Antiguidade a ideia de constitucionalismo estivesse extremamente embrincada com a concepção de divindade ou tradição, já se vislumbrava um esforço para se construir formas de hierarquia, na aceção de uma estrutura escalonada, a partir de normas rudimentares já existentes, que organizavam o Estado e governavam a vida dos indivíduos, como pautas programáticas constitutivas³².

Assim, embora nesses documentos já estivessem presentes elementos normativos que conferissem alguma forma de autoridade ou de ordenação, fundadas na tradição ou em uma moral transcendente³³, faltava-lhes uma distinção clara entre normas primárias e normas secundárias³⁴, com uma clara insuficiência de limitação dos atos do Estado em face dos indivíduos.

²⁹ Segundo Luís Roberto Barroso “os primeiros escritos de que se tem notícia remontam ao Velho Reinado do Egito, de aproximadamente 2600 a.C. Nada obstante, não há qualquer registro da existência de um corpo de leis, que só chegaria com Dario (...) Na Babilônia, ao contrário do Egito, inúmeras coleções de leis foram encontradas, anteriores ao próprio Código de Hamurábi, de 1700 a.C., que era, no entanto, o mais completo. Nele se previam penas de mutilação (o filho que agredisse o pai tinha a mão cortada: o escravo que agredisse a filha de um homem livre tinha a orelha cortada), retaliação (quem ferisse ou quebrasse o olho, o osso ou o dente de um homem livre teria o seu próprio ferido ou quebrado) e multas (se um homem livre agredisse um plebeu ou um escravo sujeitava-se a penas pecuniárias). (...) A Pérsia, segundo os gregos, ou Irã, de acordo com seus próprios habitantes, constituiu um império poderoso no século VI a.C. sob a dinastia Achaemenid. Uma de suas maiores realizações, que permitiu dois séculos de estabilidade no poder, foi a implementação de uma lei secular — a *Lei dos Reis* — e o incentivo à codificação das leis locais e religiosas. (...) Hebreus foram as ancestrais dos judeus e israelitas, designações cuja origem é diversa, mas que passaram a ser utilizadas indistintamente a partir da era cristã. Para os judeus, a *Torah*, a Lei Escrita, compreende os cinco primeiros livros do Velho Testamento, o Pentateuco, que contém as instruções de Deus para seu povo, as regras morais, sociais e religiosas que deveriam ser observadas. Há uma segunda fonte autorizada de Direita judaico: o *Talmud*, cujo livro principal denomina-se *Mishna*, que consiste em uma ampla compilação da Lei Oral, das tradições imemoriais transmitidas de geração para geração, desde séculos antes de Cristo”. Vide BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 28.

³⁰ Como afirma Sanchís “*pueda hablarse de un constitucionalismo antiguo y medieval, el constitucionalismo moderno es aquel proceso histórico cultural en virtud del cual la relación entre los detentadores del poder y quienes están sujetos al mismo se configura como una relación jurídica, definida, regulada y sometida a reglas jurídicas conocidas cabe afirmar que el iusnaturalismo sostiene la limitación del poder a partir de unos principios no positivos de justicia, cuya observancia es la condición de la obediencia al Derecho. Así, la historia constitucional se alimenta de la herencia del iusnaturalismo*”. PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003, p. 34.

³¹ SARMENTO, Daniel. Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 87-124.

³² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 1-62.

³³ SAMPAIO, José Adércio Leite. Mito e história da Constituição: prenúncios sobre a constitucionalização do direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **A Constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. 1, p. 177-201.

³⁴ A distinção entre normas primárias e normas secundárias aqui discutidas se remete mais à ideia de norma fundamental de Kelsen do que à concepção de H. L. A. Hart. Para Kelsen o ordenamento jurídico é um conjunto hierarquizado de normas. Nesta estrutura, a norma fundamental é a que confere validade às demais normas, sendo esta completamente vazia de conteúdo. A função da norma fundamental é, portanto, simplesmente fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, conferindo validade à norma abaixo dela, que, por sua vez,

Desse modo, apesar de ser bastante comum o uso do termo Constituição para esses primeiros códigos escritos na Antiguidade, não há que se falar na existência de um constitucionalismo no sentido contemporâneo do termo, quando tratamos de documentos que se referiam tão somente a uma ordem de dominação tangível, e, assim, tanto é inadequado considerar que nessas sociedades arcaicas existisse uma Constituição nos moldes atuais, como também é incorreto reduzir o conceito moderno de Constituição a um mero documento que identifica uma única fonte legítima de poder³⁵.

Portanto, nessas civilizações, em que o direito se consolidava, notadamente, de forma difusa, através dos modos de correspondência mútua entre os indivíduos, com a preocupação da correção material dos comandos normativos, a vida social estava submetida diretamente à cosmovisão religiosa norteadora da distinção entre o bem e o mal, sem o reconhecimento de direitos dos indivíduos frente ao Estado, não havendo, portanto, que se falar na diferença entre o transcendente e o imanente³⁶, e, ademais, uma vez, que o direito sacro e o poder fático alimentavam-se reciprocamente, seu alicerce de legitimidade ligava-se imediatamente na divindade, precisando desse complemento transcendente³⁷.

confere validade à norma inferior e assim por diante. Como cada norma vigente precisa estar fundamentada em uma norma anterior e superior, para evitar um regresso *ad infinitum*, em que nunca haveria uma primeira norma capaz de fundamentar todas as outras; é preciso que exista uma primeira norma que dê fundamento às demais. Contudo, esta norma fundamental não pode ser posta, já que nesse caso precisaria de uma norma anterior a validá-la. Dessa forma, esta norma fundamental precisa ser pressuposta. Trata-se de uma norma que tem sua validade fundamentada na simples aceitação de sua validade, aceitação essa necessária a todo o esquema hierarquizado de normas montado pelo autor. Já para Hart há dois tipos de normas, as normas primárias e secundárias. A regra primária se define como aquela que estatui deveres e direitos, e a secundária a que possibilita que sejam criadas as normas primárias ao atribuir poderes. Assim, o direito resultaria da combinação de regras primárias de obrigação e secundárias de reconhecimento, mudança e adjudicação. Hart explicita que as normas secundárias se situam em um nível diferente das normas primárias, versando sobre estas. Enquanto as normas primárias dizem respeito a atos que os indivíduos devem ou não praticar, as normas secundárias especificam como as normas primárias podem ser determinadas, introduzidas, eliminadas e alteradas, bem como estabelecer conclusivamente o fato de serem transgredidas. Assim, para a crise de incerteza, se acoplam às regras primárias as regras secundárias de reconhecimento. As regras de reconhecimento especificariam as características que seriam consideradas como indicação conclusiva de que se trata de uma norma do grupo, a ser apoiada pela pressão social que ele exerce. Este reconhecimento, além de dirimir a incerteza, agrega o fato da validade das regras apostas da fonte de autoridade. E, para remediar a ineficácia da pressão social difusa, seriam necessárias as chamadas regras de julgamento, que capacitam alguns indivíduos a solucionar, de forma autorizada, se houve violação às regras primárias. De toda sorte, a norma de reconhecimento é uma norma última e um critério supremo de validade da norma. Como norma última, serve como referência para a validade das outras normas. Além do que, as normas são reconhecidas como normas do sistema, pela sua referência ao critério supremo de validade da norma, e, neste sentido, pode-se afirmar que a norma de reconhecimento fornece critérios para identificação de outras normas do sistema, como uma característica que define todo o sistema. Vide KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 135-195; e HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 103-275.

³⁵ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 164-165.

³⁶ Apesar de não se poder afirmar que o direito pré-moderno tenha sido justo por excelência, especialmente pela forma autocrática e despótica do seu exercício, por outro lado, o seu fundamento se baseava na imanência dos direitos e na preocupação com parâmetros de justiça ligados ao divino. Vide CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 51-60.

³⁷ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 1-62.

Dessa forma, a separação entre o direito fundado na inspiração divina e o fundado na realidade empírica, apenas vem a ocorrer com a transição de uma sociedade não estamental para formação de uma social hierárquica, bem como diante do surgimento da escrita, permitindo a codificação de leis e sua divulgação, e, desse modo, neste momento, pode-se falar de uma subordinação do jurídico ao político, cuja formação social estava pautada em uma relação assimétrica entre o estamento superior e o estamento inferior, bem como na legitimação do poder dominante pelos costumes e pela moral³⁸.

É precisamente neste contexto que o aparecimento da civilização grega, identificada como o primeiro grande precedente de limitação do poder político e de participação dos cidadãos nos assuntos públicos, e, mais especificamente da *politeia* (πολιτεία), garante para posteridade a ideia da ordem básica da *pólis*³⁹, extremamente útil para o campo do direito, com uma nova configuração de Estado, que vai além de um mero plano de organização política⁴⁰, em que a *vox populi*⁴¹ ganha espaço, influenciando o processo de tomada de decisão, e, nesse sentido, permitindo a realização do homem como animal político (*zoon politikon*) — na afirmação de Aristóteles — na vida pública⁴².

Por esse prisma, a instituição das normas fundamentais (*nomoi*)⁴³ da cidade (*pólis*), a divisão de funções estatais, a separação entre poder secular e religião⁴⁴, bem como a existência da *graphé*⁴⁵, inauguram a ideia de controle dos atos do Estado, invalidando decretos de agentes

³⁸ NEVES, loc. cit.

³⁹ A *pólis* era formada apenas pelos senhores dos *oikos* ou das *oikias*, e, assim, não poderia ser confundida com o sistema político da sociedade moderna incluyente e pluralista. O *oikos* eram mais abrangentes que as *oikias*, pois incluíam também as coisas que o respectivo senhor possuía. O *oikos* era o espaço social doméstico e *potestas* sobre a família, servos e escravos. Vide MACDOWELL, Douglas M. The Oikos in Athenian Law. **The Classical Quarterly, New Series**, Cambridge: Cambridge University Press, v. 39, n. 1, 1989, p. 10-21.

⁴⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. Teorias constitucionais em perspectiva: em busca de uma Constituição pluridimensional. In: _____ (Coord.). **Crises e desafios da Constituição**: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 3-54.

⁴¹ A *vox populi* poderia ser definida como a assembleia popular composta por seis mil cidadãos, realizada em praça pública ou na *Ágora*, símbolo da democracia direta. Vide MACDOWELL, loc. cit.

⁴² SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 311-379.

⁴³ Atribui-se à Grécia, a distinção entre as normas fundamentais (*nomoi*) e as não fundamentais (*pséfismata*) da cidade (*pólis*), sendo que estas poderiam ser modificadas de maneira mais simples do que a alteração das normas fundamentais. Vide NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 1-62.

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 27-66.

⁴⁵ A *graphé* (ação pública) poderia ser iniciada por qualquer cidadão que se considerasse prejudicado pelo Estado. Assim, era possível, por exemplo, o uso de ações públicas contra o oficial que se recusasse a prestar contas (*graphé alogiou*); que aceitasse suborno (*graphé doron*); que propusesse um decreto ilegal (*graphé paranomon*); que registrasse falsamente alguém como devedor do Estado (*graphé pseudengraphes*). Vide SOUZA, Raquel de. Direito grego antigo. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 37-66.

designados para conduzirem a administração, quando violassem as regras superiores elaboradas pelas assembleias, por meio da *graphe paranomon*.

Contudo, apesar de a civilização grega possuir um maior grau de diferenciação na formação social em comparação às sociedades arcaicas, uma grande parcela da população não gozava de direitos^{46,47}, o que na prática, resultou na elitização e o patrimonialismo do Estado, e, assim, ao menos no sentido moderno, não seria possível associar a conceito grego de *politeia* ao de Constituição^{48,49}, especialmente pelo fato de que o conceito originalmente estava associado ao sentido de organização e exercício do poder político, inexistindo liberdades privadas⁵⁰, que protegessem os indivíduos das intrusões das autoridades políticas^{51,52}.

⁴⁶ Assim, na Grécia antiga, temos uma clara separação entre a parte superior da estrutura de dominação social, cujo poder estava nas mãos de uma aristocracia, e a parte inferior dessa estrutura de dominação, que era composta por servos, escravos, estrangeiros e indivíduos menos abastados. Nesta estrutura hierárquica, a interação social estava ligada à atribuição de privilégios e ao *status*, e a distinção entre estamento superior e inferior era determinante para se considerar quem era membro desta sociedade. Vide SAMPAIO José Adércio Leite. Teorias constitucionais em perspectiva: em busca de uma Constituição pluridimensional. In: _____ (Coord.). **Crises e desafios da Constituição**: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 3-54.

⁴⁷ Na sociedade ateniense antiga, apenas parcela da população (*eupátridas*) possuía direitos políticos para participar da democracia, o que não incluía mulheres, crianças, estrangeiros e escravos, garantindo a democracia da minoria à custa da exclusão e escravidão da maioria. Da mesma forma, em Esparta, uma parte da população (*esparciatas*) monopolizava as instituições, com a exclusão política e social dos não cidadãos (*periecos*) e escravos (*hilotas*), que compunham a maioria da população, perpetuando o regime oligárquico-aristocrático no poder. Vide NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 1-62.

⁴⁸ O conceito grego de *politeia* nos fins dos séculos XVIII e XIX, passou a ser utilizado como “Constituição” (*constitutio*), enquanto anteriormente ela era traduzida através de conceitos como “*policie*”, “*government*” e “*commonwealth*”, (também como “*commonwealth or government*” ou “*policy or government*”). Por sua vez, governo (“*government*”) significava a organização e exercício do poder político, de modo algum se identificando com o poder executivo, como veio a suceder nas doutrinas modernas da divisão de poderes. Vide CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 51-60.

⁴⁹ Bobbio, também destaca esta diferenciação ao expor que a *politeia* seria o termo empregado por Aristóteles para designar a “Constituição”. Assim, para Aristóteles a Constituição, ou seja, a *politeia*, seria a “*táxis ton archon*, a estrutura que dá ordem à cidade, determinando o funcionamento de todos os cargos públicos e sobretudo da autoridade soberana”. BOBBIO, Norberto. **Teoria das formas de governo**. 9. ed. Brasília: UnB, 1997, p. 55-57.

⁵⁰ Benjamin Constant, em célebre escrito publicado em 1819, diferenciou a liberdade dos antigos — associada à democracia — da liberdade dos modernos, correspondente aos direitos individuais. Vide CONSTANT, Benjamin. The liberty of the ancients compared with that of the moderns. In: **Political Writings**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 314-321.

⁵¹ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução Fernando de Aguilar. 8. ed. Lisboa: Livraria Clássica Ed., 1954, p. 345-352.

⁵² SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 311-379.

Da mesma forma, a civilização romana, com a construção da ideia de *res publica*^{53,54} e de controle recíproco das instituições estatais, nos lega o ideal constitucionalista de limitação do poder⁵⁵, que foi compartilhado na estrutura jurídica e instituições políticas das cidades-Estado, e, da mesma forma, com sua vasta compilação jurisprudencial em diversos ramos do direito, transmite, para posteridade, complexos procedimentos de solução de casos⁵⁶.

Todavia, também em Roma, o direito se conserva firme na sua ordem social geral, com uma sociedade excludente, fundada na preservação do *status quo* político dominante, relacionado à tradição e à moral religiosamente protegida, com a inexistência de um procedimento legislativo diferenciado, que implicava em um direito alterável por normas abstratas⁵⁷.

Consequentemente, a par de contribuição dos povos antigos, com sua multifária e escassa legislação de forte embasamento costumeiro, a compreensão da Constituição em sentido moderno distingue-se das concepções pré-modernas, exatamente ao exigir a separação clara entre o cognitivo e o normativo no contexto da positivação do direito, ou seja, o direito

⁵³ A *res publica* pode ser traduzida por coisa pertencente a um conjunto de homens ligados por interesses mútuos e por um direito consentido universalmente, que, por sua vez, deu origem ao termo República, correspondendo a forma de estabilidade política e de leis de um povo livre. Vide SAMPAIO, José Adércio Leite. Mito e história da Constituição: prenúncios sobre a constitucionalização do direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. 1, p. 177-201.

⁵⁴ Segundo Canotilho “A ideia moderna de ‘República’ terá de associar-se à categoria de *res publica* mista, com separação da *majestas realis* e da *majestas personalis*, que informou o modelo constitucional da Paz de Westfália”. Vide CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 51-60.

⁵⁵ Bobbio, ao tratar do objetivo da Constituição antiga para Políbio, especialmente no que toca ao equilíbrio de poderes, expõe que o “governo misto”, isto é, a Constituição que combine a composição das três formas de governo, consistente no rei, o povo e o senado. Como o rei representa o princípio monárquico, o povo, o princípio democrático e o senado o aristocrático, o resultado dessa combinação é uma nova forma de governo. Para Políbio, à razão da excelência do governo misto, se encontra no mecanismo de controle recíproco dos poderes ou no princípio do “equilíbrio”. O tema do equilíbrio dos poderes (que na idade moderna se tornará o tema central das teorias “constitucionalistas”, com o nome de *balance of power*), é um dos que dominam toda a tradição do pensamento político ocidental. Embora a teoria do governo misto, tão bem formulada por Políbio, não deva ser confundida com a teoria moderna da separação e do equilíbrio dos poderes, é um fato que a teoria do governo misto e a teoria do equilíbrio procedem *pari passu*. BOBBIO, Norberto. **Teoria das formas de governo**. 9. ed. Brasília: UnB, 1997, p. 68-71.

⁵⁶ O Digesto era a compilação metódica das decisões dos juriconsultos romanos, que constituem uma das quatro partes do *corpus juris civilis*. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 27-66.

⁵⁷ Contudo, com os romanos, tivemos a diferenciação das normas legislativas particulares, das *rem publicam constituere*, que correspondiam às normas basilares do Estado, só passíveis de modificação em caráter extraordinário por autoridades dotadas de poderes especiais. Vide SAMPAIO, José Adércio Leite. Mito e história da Constituição: prenúncios sobre a constitucionalização do direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. 1, p. 177-201.

deixa de ser inalterável e passa a ser modificável por decisão de órgãos e instituições com caráter democrático⁵⁸.

Ademais, o próprio advento do constitucionalismo resulta da transição do direito natural institucionalizado, para se converter em um direito não mais fundado em uma moral religiosa ou em tradições seculares desprovidas de qualquer substrato racional, representando a derrocada da formação social diferenciada hierarquicamente da pré-modernidade, se conectado diretamente com as mudanças estruturais que forneceram as bases para o advento da sociedade moderna⁵⁹.

De toda sorte, com a fragmentação dos impérios anteriores pelo advento da Idade Média, esta diferenciação funcional do contexto da política no cenário pré-moderno, impregnada de uma moral transcendente na parte superior do estamento de dominação social, leva novamente à atomização do poder, sobretudo pelo exacerbado pluralismo político, caracterizado pela ausência de poderes soberanos e pela completa dispersão da autoridade por múltiplas instâncias como a Igreja, o Império, os senhores feudais, as corporações de ofício, as cidades etc.^{60,61}.

Assim, nesse período, ainda que tenha ocorrido a busca de uma verdade transcendente, pela profusão de normas régias, não é possível se falar em constitucionalismo, pois, além de todos esses documentos permanecerem conectados a uma justiça metafísica, que serviu para a sedimentação do poder institucional por meio de fundamentações pseudoracionais na interpretação da verdade transcendental, também estamos falando de uma sociedade fortemente marcada por relações patrimoniais fundadas na vassalagem⁶².

Portanto, pode-se afirmar que o direito medieval também não trabalha em favor da limitação do poder, mas sim, surge como ferramenta de reprodução e legitimação das instâncias de dominação, e, nesse sentido, não há dúvida de que seria ilusório falar em formas de limitação

⁵⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 1-62.

⁵⁹ SARMENTO, Daniel. Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 87-124.

⁶⁰ SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 311-379.

⁶¹ No período Medieval, como não existia uma autoridade central, dotada de um poder efetivo, reinava, em todos os níveis, a confusão da soberania e da propriedade, típica do feudalismo, em que o proprietário de terras assume poderes políticos sobre os camponeses que trabalham nas suas terras, impondo uma série de limitações às suas liberdades pessoais. Vide CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 51-60.

⁶² SAMPAIO, José Adércio Leite. Mito e história da Constituição: prenúncios sobre a constitucionalização do direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. 1, p. 177-201.

do poder, tal como do efeito irradiante desses documentos sobre os demais ramos do direito, característico das constituições modernas⁶³.

Entretanto, apesar do contexto histórico do medievo, neste período se registra o surgimento do primeiro documento de proteção dos direitos do homem, a *magna charta libertatum*, imposta pelos bispos e barões ingleses, em 1215, para limitar o poder do Rei John Lackland⁶⁴, fundado no reconhecimento de um conjunto de direitos inatos e invioláveis frente ao Estado, com a subordinação do poder executivo a uma competência normativa^{65,66}.

De toda sorte, com o surgimento do Estado moderno no século XVI, inicia-se o processo de concentração do poder e superação do modelo difuso característico da Idade Média, o que levaria à formação dos Estados nacionais e a ascensão do absolutismo, fundado no poder quase ilimitado do monarca⁶⁷, o que exclui a possibilidade de direitos subjetivos públicos acionáveis contra o soberano, principalmente porque a ideia de uma oposição política institucionalizada só veio com o constitucionalismo do período moderno⁶⁸.

Nesta quadra histórica, cabe destacar a elaboração do Pacto do *Mayflower* em 1620 — ao se originar da participação direta dos pactuantes, para a formulação das cartas coloniais

⁶³ SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 311-379.

⁶⁴ Com a morte do Rei Ricardo, John Lackland, o Rei João Sem-Terra, é proclamado Rei da Inglaterra em 1199. Contudo, pela falta de recursos militares para financiar suas guerras, John Lackland fez algumas reformas que tiveram um impacto duradouro na Inglaterra, o que gerou, no ano de 1214, uma rebelião de alguns barões insatisfeitos com suas políticas fiscais e o tratamento recebido. Assim, em 1215 é assinada a *magna charta*, com a limitação dos poderes do Rei. Todavia, apesar de John Lackland e os barões terem concordado com a *magna charta*, nenhum dos lados cumpriu as exigências do acordo, e uma guerra civil começou pouco depois, entre um grupo de barões liderados por Roberto Fitzwalte — apoiados pelo exército francês — e o Rei João da Inglaterra. Vide CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 51-87.

⁶⁵ Outro aspecto importante que surgiu com o constitucionalismo, foi a clara distinção entre as cartas de liberdade ou pactos de poder —, que já existiam ao tempo dos reis absolutistas com contornos jurídicos positivos —, e a Constituição em sentido moderno. Assim, enquanto, as Constituições modernas, aspiram a universalidade, os pactos de poder, ao contrário, eram excludentes e particularistas. Ademais, por serem normativas, as constituições modernas, são, constituintes, ao passo que, os pactos de poder, ao contrário, eram apenas fáticos, pois careciam de normas fundantes. Dessa forma, é equivocado o uso do termo Constituição em sua concepção atual, para documentos dotados de certa autoridade oriundos de períodos pré-modernos, sobretudo pelo fato de esses pactos de poder terem sido criados à égide do direito inspirado no divino ou submisso a um direito natural imutável que, antes trabalhava para justificar os desmandos reais. Assim, a *magna charta*, em diversos aspectos, não poderia ser considerada uma Constituição no sentido moderno do termo, uma vez que não era direcionada a todos, mas apenas para a elite formada por barões feudais. Vide CANOTILHO, loc. cit.

⁶⁶ Nesse período, também pode ser observada a origem moderna do Poder Judiciário, com o aparecimento da *Court of Exchequer* em 1176 e da *Court of King's Bench* e *Court of Common Pleas* em 1178 (a *Court of Common Pleas*, pouco mais de 100 anos depois, tornou-se permanente, com a Magna Carta em 1215). SAMPAIO, José Adércio Leite. **O Conselho Nacional de Justiça e a independência do Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 3-24.

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 27-66.

⁶⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 1-62.

estadunidenses, na qualidade de pactos dotados de autoridade e passíveis de execução em casos de descumprimento — e dos *petition of rights* e *bill of rights* ingleses em 1628 e 1689⁶⁹ — ao criar limitações substanciais ao poder real — que, embora se distingam das cartas democráticas modernas, ao prever amplamente direitos aos cidadãos, podem ser classificados como uma espécie de manuscritos constitucionais⁷⁰.

De toda maneira, partindo da ideia de que a Constituição em sentido moderno se vincula, principalmente, ao constitucionalismo que resulta das revoluções liberais do fim do século XVIII na França e Estados Unidos⁷¹ — e, atipicamente, do desenvolvimento lento e gradual do constitucionalismo britânico —, a palavra Constituição e o significado de constitucionalismo corresponderam às transformações estruturais da sociedade, com um sentido plenamente emancipatório⁷².

Portanto, apenas no século XVIII esses processos sociais traumáticos de diferenciação entre política e direito, que antes eram considerados mais elementos de um processo evolutivo, do que propriamente expressões semânticas do constitucionalismo contemporâneo⁷³, eclodiram, especialmente na Europa, com o início da limitação do poder estatal, resultando em uma nova concepção que, embora se constate a presença de um pensamento marcado pelo transcendente⁷⁴, em contrapartida, distancia-se da lógica organicista medieval, sobretudo pela noção de alteridade que essas novas convenções carregam, com a passagem de uma sociedade marcada pelo governo de reis que se autolegitimavam, para uma sociedade governada por

⁶⁹ A *petition of rights* de 1628, previa diversas medidas de limitação do poder real, tais como, a vedação ao lançamento de tributos sem aprovação do Parlamento e às prisões arbitrárias. Já o *bill of rights*, previa, dentre outras medidas, a convocação regular do Parlamento e a proibição à aplicação de penas sem prévio julgamento. Vide BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 27-66.

⁷⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. Mito e história da Constituição: prenúncios sobre a constitucionalização do direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. 1, p. 177-201.

⁷¹ Como afirma Sanchís “*ni las desigualdades estamentales ni los privilegios jurídicos eran propios de las colonias americanas, lo que significa que los derechos no vengán a remover el orden social, sino en cierto modo a confirmaría. Sostener en Norteamérica la libertad y la igualdad no tenía ni mucho menos el mismo sentido polémico que en Francia; en cierto modo, era sostener algo que ya se tenía en la sociedad y cuya fuerza se hacía valer solo contra el Parlamento de la metrópoli. Esto puede explicar que la revolución norteamericana no buscara un legislador virtuoso y omnipotente a fin de emprender la transformación social, sino, al contrario, un legislador limitado que no reincidiese en el desconocimiento de los derechos. Había sido la omnipotencia del Parlamento inglés el origen de todos los agravios al violar los derechos históricos*”. PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003, p. 48.

⁷² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 1-62.

⁷³ NEVES, loc. cit.

⁷⁴ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

representantes escolhidos pelo povo⁷⁵, possibilitando a primazia de um convencionalismo individualista no Estado do Direito, que, inevitavelmente, reforçou a ideia de resistência contra a tirania e na ruptura contra o passado.

Desse modo, distintamente da sociedade medieval, nesse novo cenário, a igualização formal dos indivíduos, após a abolição dos privilégios estamentais, com a limitação jurídica do poder do Estado em prol da liberdade dos governados, garantiu uma esfera individual intangível⁷⁶, e, assim, temos tanto os cidadãos como, concomitantemente, destinatários e autores de direitos, quanto a metamorfose do *pactum societatis* em algo novo, ou seja, um documento que representa não apenas um simples pacto entre homens com interesses convergentes, mas em um contrato escrito, supremo, dotado de força vinculante e instituidor de um Estado-nação^{77,78}.

⁷⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. Mito e história da Constituição: prenúncios sobre a constitucionalização do direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. 1, p. 177-201.

⁷⁶ SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Crises e desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 375-414.

⁷⁷ Segundo Canotilho “É difícil compreender a ideia moderna de contrato social sem conhecermos o filão da politologia humanista neoristotélica centrado na ideia de bem comum. A progressiva aceitação de ‘pactos de domínio’ entre governantes e governados como forma de limitação do poder ganha força política através da crença religiosa do calvinismo em uma comunidade humana dirigida por um poder limitado por leis e radicado no povo”. Vide CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 53.

⁷⁸ Jean-Jacques Rousseau, ao traçar hipoteticamente a história da humanidade, narrando a trajetória e as condições que levaram à desigualdade ente os homens a partir da sua condição inicial de liberdade no estado de natureza, explicita que os homens nascem livres e sua liberdade lhes pertence e ninguém tem o direito de dispor dela, sendo ilegítima e nula a convenção que estipula, de um lado, uma autoridade absoluta, e, de outro, uma obediência sem limites. Assim, se nenhum homem tem autoridade natural sobre seu semelhante e se a força não produz direito algum, restam então as convenções como base de toda autoridade legítima entre os homens. Portanto, é preciso remontar à primeira convenção, visto que o ato pelo qual um povo se constitui, sendo necessariamente anterior à eleição do soberano, é o verdadeiro fundamento da sociedade. Com efeito, se não houvesse convenção anterior, a menos que a eleição fosse unânime, não haveria obrigação dos menos numerosos se submeterem à escolha dos mais numerosos. Ou seja, é necessário um pacto que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado, e, pelo qual, cada um, unindo-se a todos, só obedeça a si mesmo e permaneça tão livre quanto antes. Dessa forma, em vez da pessoa particular de cada contratante, esse ato produz um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quantos são os membros da comunidade. Por outro lado, as cláusulas desse pacto são determinadas pela natureza do ato, implicando a alienação total e sem reservas de cada associado de todos os seus direitos a toda a comunidade. Assim, a menor modificação nas cláusulas as torna inúteis e sem efeito, e, violado o pacto social, cada qual retorna aos seus primeiros direitos e retoma a liberdade natural, perdendo a liberdade convencional pela qual renunciara. Portanto, o ato de associação encerra um compromisso recíproco em que cada indivíduo contratando consigo mesmo, acha-se comprometido como membro do soberano em face dos particulares, e como membro do Estado em face do soberano. Logo, assim que essa multidão se encontre reunida em um corpo, o poder soberano não pode ter interesse contrário ao dos particulares que o compõe, porque não se pode ofender um dos membros sem atacar o corpo, nem ofender o corpo sem que os membros disso se ressentam. Porém, o mesmo não ocorre com os súditos em relação ao soberano. Cada indivíduo pode ter uma vontade particular diversa da vontade geral. Assim, aquele que se recusa a obedecer à vontade geral, a isso será constrangido por todo o corpo — o que significa apenas que será forçado a ser livre — pois é esta a condição que entregando ao todo, cada cidadão o garante contra toda dependência pessoal. Desta forma, a passagem do estado de natureza ao estado civil, conquanto prive o homem de muitas vantagens concedidas pela natureza, transforma-o de um animal limitado em um ser inteligente. O que o homem perde pelo contrato social, é a liberdade natural e um direito ilimitado a tudo quanto deseja e pode alcançar. O que com ele ganha, é a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui. Assim, a

Diante disso, o estabelecimento da autonomia da razão no centro da discussão jurídico-doutrinária, para a compreensão de uma vontade livre, com o abandono da tradição herdada pelo pensamento medieval, acrescenta a fundamentação individualista a essa nova concepção, embebida das fontes filosóficas iluministas⁷⁹, para consolidar os primeiros documentos fundacionais dos novos Estados que se formavam, na qualidade de cartas limitadoras do poder estatal, possibilitando que o termo Constituição deixasse de significar simples roteiros normativos simbólicos, vazios de sentido, que encenavam uma falsa realidade de igualdade entre os indivíduos, para sugerir a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político, com a ordenação sistemática e racional da comunidade através de um documento escrito, no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder⁸⁰.

Portanto, ao analisar esse contexto histórico, fica evidente que, o constitucionalismo como teoria do governo limitado, indisponível à garantia dos direitos na dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade, surge, sobretudo, a partir de meados do século XVIII, ou seja, o movimento político, social e cultural que questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio, nasce com o advento das Revoluções Liberais e a criação do Estado de Direito, fundado no reconhecimento de um conjunto de direitos inatos e invioláveis frente ao Estado, na subordinação do Poder Executivo a uma competência normativa⁸¹, e, na ideia de *checks and balances* — com a existência de poderes,

liberdade civil é a única que torna o homem verdadeiramente senhor de si, porquanto a obediência à lei que se prescreveu a si mesmo é a liberdade. Da mesma forma, no estado natural, todo homem tem naturalmente direito a tudo o que lhe é necessário. Assim, o direito do primeiro ocupante só se torna um verdadeiro direito, após o estabelecimento do direito de propriedade em que todos se tornam iguais por convenção e de direito. Logo, passando os possuidores a terem os seus direitos respeitados por todos os membros do Estado, o direito de cada particular sobre seus próprios bens, está sempre subordinado ao direito da comunidade sobre todos, sem o que não teria solidez o vínculo social, nem força real o exercício da soberania. Assim, o direito de primeiro ocupante, tão frágil no estado de natureza, passa a respeitável para todos os homens. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**: do contrato social. São Paulo: Ática, 1989, v. 1.

⁷⁹ Segundo Luís Roberto Barroso “O Iluminismo designa a revolução intelectual que se operou na Europa, especialmente na França, no século XVIII. O movimento representou a ápice das transformações iniciadas no século XIV, com o Renascimento. O antropocentrismo e o individualismo renascentistas, ao incentivarem a investigação científica, levaram à gradativa separação entre o campo da fé (religião) e o da razão (ciência), determinando profundas transformações no modo de pensar e de agir do homem. Para os iluministas, somente através da razão o homem poderia alcançar o conhecimento, a convivência harmoniosa em sociedade, a liberdade individual e a felicidade. Ao propor a reorganização da sociedade com uma política centrada no homem, sobretudo no sentido de garantir-lhe a liberdade, a filosofia iluminista defendia a causa burguesa contra o Antigo Regime. Alguns nortes que merecem destaque na filosofia e na ciência política: Descartes, Locke, Montesquieu, Voltaire e Rousseau”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 49.

⁸⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 51-87.

⁸¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 51-87.

independentes, autônomos e harmônicos entre si, com a função de autocontenção, na medida em que se controlam mutuamente⁸².

Neste período, cabe destaque para a declaração de direitos da Virgínia de 1776, como o primeiro projeto constitucional contemporâneo⁸³, e, para a Constituição norte-americana de 1787^{84,85} — ao expressarem a ideia de igualdade entre cidadãos em face do Estado, com a implantação de um governo constitucional⁸⁶ —, bem como para a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão em 1789 e para a Constituição francesa de 1791 — ao adicionarem, como

⁸² O princípio da separação de poderes já era sugerido por Platão em *A República* no século IV a.C., ao subdividir as funções do Estado, de forma que esta não se concentrasse em apenas uma pessoa. Aristóteles em *A Política*, também no século IV a.C., admitia existir três órgãos separados a quem cabiam as decisões do Estado. O princípio também é desenvolvido por John Locke, em sua obra *Segundo tratado sobre o governo civil* de 1690 (século XVII), trabalhando de forma mais aprofundada a ideia da distribuição funcional. Todavia, a formulação mais completa, foi trazida por Montesquieu, no capítulo VI do livro XI do *Espírito das leis*, em 1748, ao identificar o exercício de três funções estatais conectadas a três órgãos distintos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes, autônomos e harmônicos entre si. Montesquieu pensou inicialmente em um órgão legislativo composto de duas Câmaras (uma de nobres e outra de origem burguesa), o Executivo e o Judiciário (composto basicamente por um conselho de jurados de convocação temporária). O princípio foi posteriormente positivado na Constituição da Virgínia (1776), na Constituição Americana (1787), na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e na Constituição Francesa (1791). As Constituições brasileiras desde 1891 trazem o princípio — apesar da Constituição de 1891 trazer o Poder Moderador. Vide SAMPAIO, José Adércio Leite. Mito e história da Constituição: prenúncios sobre a constitucionalização do direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. 1, p. 177-201.

⁸³ SARMENTO, op. cit., p. 196-197.

⁸⁴ Segundo Luís Roberto Barroso “Em junho de 1788, dez Estados haviam ratificado a Constituição, um a mais do que exigido pelo art. VII (Artigo VII: A ratificação, por parte das convenções de nove Estados, será suficiente para a adoção desta Constituição nos Estados que a tiverem ratificado). (...) A batalha política pela ratificação foi árdua (...) o debate acirrado deu ensejo à publicação pela imprensa de um conjunto de artigos que se tornariam célebres: os *Federalist Papers* (...) Esses textos foram escritos e publicados ao longo de sete meses, a partir de outubro de 1787, com o propósito de demonstrar a importância da Constituição e a necessidade de sua ratificação. Seus autores foram John Jay, James Madison e Alexander Hamilton. Em 1788, esses ensaios foram reunidos em um volume único — denominado *The Federalist Papers* ou, também, *O Federalista* —, tendo se tornado, desde então, um clássico da literatura política. A influência que esses artigos doutrinários exerceram sobre o processo de ratificação em si foi limitada, mas a obra logo tornou-se uma referência maior, por sua exposição sistemática acerca da Constituição e suas instituições”. Vide BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 41-42.

⁸⁵ Segundo Luís Roberto Barroso “Em sua versão original, a Constituição não possuía uma declaração de direitos, que só foi introduzida em 1791, com as primeiras dez emendas, conhecidas como *Bill of Rights*. Nelas se consagravam direitos que já constavam das constituições de diversos Estados e que incluíam as liberdades de expressão, religião, reunião e os direitos ao devido processo legal e a um julgamento justo (...) Mais de duzentos anos após sua entrada em vigor, a Constituição americana ainda conserva sete artigos apenas, tendo sofrido o número reduzido de vinte e sete emendas ao longo desse período”. Vide BARROSO, op. cit., p. 42.

⁸⁶ Como afirma Sanchís “*El objetivo de la Constitución era doble: garantizar los derechos naturales e instituir el gobierno. Esta era una de las verdades, que los autores de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776) sostenían: que los hombres son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables, entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad, y que justamente para garantizar estas derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados*”. PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003, p. 49.

fruto do processo revolucionário, os princípios da liberdade e fraternidade, e, consagrarem, o princípio da legalidade, expressão da vontade geral, como bússola da atividade do Estado⁸⁷.

Dessa forma, nesse novo cenário, não mais sobrevive a estrutura hierárquica das ordens tradicionais consistentes em uma relação assimétrica de poder, expressada na relação entre súditos e soberano, em que ao primeiro só lhe cabiam deveres e responsabilidades, enquanto o último era detentor de direitos e de um rol amplo de prerrogativas, e, com isso, temos a passagem de uma sociedade antidemocrática para uma sociedade pluralista e multicêntrica, que possibilitou a formação de diversas racionalidades parciais conflitantes, sob a égide de bases racionais⁸⁸.

Assim, o constitucionalismo representou tanto o surgimento de um direito não mais subordinado ao transcendente — ou seja, um direito autônomo, sobretudo por existir uma clara distinção entre a figura normativa e cognitiva — como correspondeu ao advento da pluralidade orientadora da comunicação nos diversos campos sociais, e, cujas tensões permitiram que as diversas racionalidades representassem o reconhecimento de um núcleo de identidade intransponível, permitindo a legitimação orientada pelo povo, crucial no convívio de forças antagônicas na esfera pública^{89,90}.

Ademais, ainda que inicialmente a polissemia do termo constitucionalismo tenha acarretado uma confusão de sentidos, com vocábulos que expressavam ideias abstratas e conceitos ambíguos⁹¹, hoje este conceito converteu-se, progressivamente, em um dos pressupostos básicos da cultura jurídica das sociedades contemporâneas, como expressão de

⁸⁷ Cabe destaque, neste período, o manifesto *Qu'est-ce que le tiers État?*, publicado em 1789 por Emmanuel Joseph Sieyès, ao trabalhar a distinção fundamental entre poder constituinte e poder constituído. SAMPAIO, José Adércio Leite. Mito e história da Constituição: prenúncios sobre a constitucionalização do direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. 1, p. 177-201.

⁸⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 1-62.

⁸⁹ NEVES, loc. cit.

⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 1, p. 113-168.

⁹¹ Segundo Canotilho “Trata-se, porém, de um conceito ideal que não corresponde sequer — como a seguir se demonstrará — a nenhum dos modelos históricos de constitucionalismo. Assim, um *Englishman* sentir-se-á arrepiado ao falar-se de ‘ordenação sistemática e racional da comunidade através de um documento escrito’. Para ele a Constituição — *The English Constitution* — será a sedimentação histórica dos direitos adquiridos pelos ‘ingleses’ e o alicerçamento, também histórico, de um governo balanceado e moderado (*the balanced constitution*). A um *Founding Father* (e a um qualquer americano) não repugnaria a ideia de uma carta escrita garantidora de direitos e reguladora de um governo com ‘freios’ e ‘contrapesos’ feita por um poder constituinte, mas já não se identificará com qualquer sugestão de uma cultura projetante traduzida na programação racional e sistemática da comunidade. Aos olhos de um *citoyen* revolucionário ou de um ‘vintista exaltado’ português a Constituição teria de transportar necessariamente um momento de ruptura e um momento construtivista. Momento de ruptura com a ordem histórico natural das coisas que outra coisa não era senão os *privilèges* do *ancien régime*. Momento construtivista porque a Constituição, feita por um novo poder — o poder constituinte —, teria de definir os esquemas ou projetos de ordenação de uma ordem racionalmente construída”. Vide CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 52-53.

significância e efetividade prática, que permite a implementação do modelo constitucional, em suas dimensões formal e material⁹², de ordenação jurídico-política, declaração de direitos e limitação de poder⁹³.

Portanto, é a partir do debate jurídico-constitucional que se inicia nos séculos XVII e XVIII, e, se consolida ao longo do século XIX, que se justifica a ideia de que entre o constitucionalismo antigo e o constitucionalismo moderno, irão se desenvolver perspectivas políticas, religiosas e jurídico-filosóficas, sem o conhecimento das quais não seria possível compreender o próprio fenômeno da modernidade constitucional, e, ademais, esta advertência serve, também, para salientar que o conceito de Constituição moderna, pressupõe uma profunda transmutação semântica de alguns dos conceitos estruturantes da teoria clássica das formas de Estado, especialmente, por força das normas de repartição e limitação do poder, bem como de proteção dos direitos individuais em face do Estado.

1.2 O surgimento do novo constitucionalismo

Ao longo da história do constitucionalismo, muito se falou sobre os direitos do homem sob uma perspectiva mais teológica ou filosófica do que jurídica, todavia, como observado, apenas com as revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, se estabelece, propriamente, a noção de que todo homem possui certos direitos inalienáveis e imprescritíveis, decorrentes da própria natureza humana e existentes independentemente do Estado, como forma de proteger o indivíduo do arbítrio estatal⁹⁴, conferindo um tratamento digno, justo e igual a todos os cidadãos.

Nota-se, portanto, que o início do discurso sobre o constitucionalismo moderno, está fundado na proteção do indivíduo perante o Estado, e, nesse sentido, pode-se afirmar que, em um primeiro momento, o paradigma constitucional objetivava a defesa de liberdades e direitos

⁹² A formalidade constitucional pode ser entendida como a reunião de normas em um texto escrito, dotado de supremacia e efeito irradiante sobre as demais leis do país, que lhe devem respeito, tanto por ser a fonte de toda a legitimidade do sistema jurídico, quanto por representar a vontade do poder constituinte originário, e a materialidade constitucional, como o conjunto de normas, tanto consuetudinárias quanto de normas escritas em um texto normativo, que propaga conteúdos intrinsecamente constitucionais. SAMPAIO, José Adércio Leite. Teorias constitucionais em perspectiva: em busca de uma Constituição pluridimensional. In: _____ (Coord.). **Crises e desafios da Constituição**: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 3-54.

⁹³ SAMPAIO, loc. cit.

⁹⁴ Segundo Locke, era preciso proteger os direitos individuais em face do Estado e esses direitos eram, sobretudo liberdades, a “liberdade dos modernos”. Locke reconheceu que o homem possuía direitos inalienáveis, como vida, liberdade e propriedade, que eram oponíveis contra o Estado, que devia respeitá-los em qualquer situação, mesmo no contrato social, onde anteriormente afirmou-se que o indivíduo abriria mão de todos os seus direitos. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 225-250.

individuais em face do Estado, que em sua essência impõem um dever de abstenção estatal, de não intervenção na esfera individual. Assim, neste contexto, a função essencial dos direitos fundamentais seria o de limitar o papel do Estado, impedindo o embaraço à fruição das liberdades individuais, com o direito de defesa em face dos governantes⁹⁵.

De toda sorte, apesar dos avanços observados no encadeamento das revoluções liberais, especialmente pela sedimentação da ideia de limitação dos poderes estatais e do desenvolvimento das liberdades civis, o Estado liberal não foi capaz de solucionar diversos problemas da sociedade, especialmente diante dos modelos de exclusão social, que colocavam em risco a legitimidade dos processos decisórios, tanto pela ineficácia de aplicação prática do princípio jurídico da igualdade, quanto pela eliminação do paradoxo da legitimidade como fórmula de contingência para assegurar os direitos igualitários às minorias⁹⁶.

Assim, embora com a abolição dos privilégios do *ancien régime*, fossem todos os indivíduos dotados de igualdade jurídico-formal, a ordem liberal-burguesa, com a recusa a qualquer pretensão redistributiva, cerrava seus olhos para a hipossuficiência econômica e a desigualdade de poder presentes na sociedade⁹⁷.

Ou seja, o projeto teórico-constitucional de vertente liberal, não apenas demonstrou ser insuficiente para atender as demandas pluralistas das sociedades, mas, sobretudo, diante da falência do modelo de Estado liberal no final século XIX e início do século XX—, uma vez que as ortodoxias do liberalismo econômico, em uma época em que o capitalismo já se caracterizava pela grande concentração do capital, já não se mostravam aptas a resolver os graves problemas sociais e econômicos do período⁹⁸—, deixa claro que promessas vazias e sem nenhuma eficácia prática, previstas nas cartas constitucionais, faziam do Estado um instrumento de dominação de classes por grupos hegemônicos⁹⁹.

⁹⁵ Neste quadro, surge o chamado Estado de Direito e os direitos de primeira geração — ou como muitos autores preferem, direitos de primeira dimensão — que são os direitos de liberdade, que em sua essência, impõem ao Estado um dever de abstenção, de não intervenção na esfera individual. Os direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão visam à tutela do valor liberdade (direitos civis e políticos), correspondendo ao *status* negativo (*negativus* ou *libertatis*) da Teoria de Jellinek, em que ao indivíduo é reconhecida uma esfera individual de liberdade imune à intervenção estatal. Vide SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 254-265.

⁹⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. Teorias constitucionais em perspectiva: em busca de uma Constituição pluridimensional. In: _____ (Coord.). **Crises e desafios da Constituição**: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 3-54.

⁹⁷ SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 311-379.

⁹⁸ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 51-56.

⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 254-265.

Surge, assim, o *welfare state*, com a crescente intervenção do Estado nos mais diversos domínios, convertendo-se o Poder Público, de mero espectador, a protagonista das relações sociais e econômicas, através, especialmente, da promoção de políticas públicas e da garantia das condições materiais básicas de existência, exigindo do Estado não mais meras abstenções, mas sim prestações positivas, visando à proteção dos mais fracos e à busca de uma igualdade substancial^{100,101}.

Da mesma forma, a preocupação com os direitos sociais, que representam a atuação do Estado no sentido de promover a igualdade no plano material, dando condições concretas de sobrevivência às pessoas, por meio da regulamentação pelo legislador e da execução pelos agentes governamentais, de medidas redutoras de desigualdades, leva ao desenvolvimento de um Estado mais adaptado à realidade social, promovendo a igualdade entre os cidadãos e a democracia participativa¹⁰².

Neste contexto, a criação de normas programáticas e a ideia de constitucionalismo dirigente¹⁰³, com a definição de fins e objetivos para o Estado, consagram a exigência da atuação estatal direcionada a certos valores considerados fundamentais pelo constituinte, com a prática de programas, ações e atividades desenvolvidas, diretamente ou indiretamente, pelo Estado, que visassem assegurar determinados direitos constitucionalmente garantidos e a inserção de objetivos constitucionais, por meio da reconstrução da teoria da Constituição, por

¹⁰⁰ SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 311-379.

¹⁰¹ Aqui aparece a discussão sobre os direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão, que visam à tutela do valor igualdade (direitos sociais, econômicos e culturais), exigindo prestações positivas do Estado para a realização da justiça e do bem-estar social, sendo, portanto, direitos positivos ou prestacionais. Tem sua origem no Brasil na Constituição de 1934 — na linha das Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919 — o que se tornou constante nas Constituições seguintes, ao se entender que a garantia das liberdades por si só não era suficiente para a existência digna do ser humano. Os direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão, correspondem ao *status* positivo (*positivus* ou *civitatis*) da Teoria de Jellinek. Lembra-se que o *status* positivo (*positivus* ou *civitatis*) da Teoria de Jellinek, não se confunde com o *status* ativo da Teoria de Jellinek, que possui relação com a possibilidade de o indivíduo influenciar a formação da vontade política do Estado por meio do exercício de direitos políticos. Vide SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional — algumas aproximações e alguns desafios. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 243-264.

¹⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 29-85.

¹⁰³ O problema da Constituição dirigente, é que o texto constitucional promove de tamanha forma o dirigismo estatal, que estaria pretendendo substituir o processo de decisão política, ou seja, a Constituição dirigente não abre espaços para a evolução natural da sociedade, ao contrário, ela define como e quando será realizada a evolução. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 336.

uma teoria concebida, também, como teoria social, o que vem afirmar o avanço de direitos sociais no plano normativo¹⁰⁴.

Contudo, o *welfare state*, de cunho extremamente intervencionista, também sofre um processo de desgaste, uma vez que os graves problemas sociais e econômicos do período geraram uma profunda alteração institucional, com a ascensão do Poder Executivo, especialmente diante do fato de o Poder Legislativo não ter se mostrado apto a prover respostas céleres para debelar a crise econômica, o que acabou gerando o avanço de movimentos antiliberais e a eclosão, em grande medida, de experiências autoritárias, com a ascensão da extrema-direita na Europa¹⁰⁵.

Assim, tendo em vista que os movimentos antiliberais que tiveram lugar no entre-Guerras se desenvolveram democraticamente¹⁰⁶, passa-se a temer, também, as instituições democraticamente eleitas e os processos políticos majoritários, e, nesse sentido, com o fim da 2ª Guerra Mundial, forma-se um cenário que evidenciou a impossibilidade de concretização efetiva de um texto normativo que revelasse modelos democráticos e referênciais teóricos nocivos às minorias, diante das maiorias contingentes, desmascarando as constituições simbólicas, que atuavam para manter inalterável o *status quo*, por meio de promessa vazias de igualdade¹⁰⁷.

Portanto, diante deste cenário, inicia-se um processo de subordinação da legalidade a uma Constituição rígida, com a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficariam imunizados contra a ação danosa do processo político majoritário, e a sua proteção passava a caber ao Poder Judiciário, evitando que a Constituição se degenerasse em um mero processo de

¹⁰⁴ Aqui entra a discussão sobre a cláusula de não retrocesso social, do efeito *cliquet*, *standstill*, *soziale rückschrittsverbot* ou do *acquis social*, que implica, em tese, que somente seria possível cogitar a revogação de direitos sociais, se fossem criados mecanismos jurídicos capazes de mitigar os prejuízos decorrentes da sua supressão. Inclusive o Tribunal Constitucional português já decidiu, no acórdão 39/1984, que “a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deixa de consistir (ou deixa de constituir apenas) em uma obrigação positiva para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social”. Vide SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito adquirido e expectativa de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, v. 1, p. 144-168.

¹⁰⁵ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 51-56.

¹⁰⁶ BRANDÃO, loc. cit.

¹⁰⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. Teorias constitucionais em perspectiva: em busca de uma Constituição pluridimensional. In: _____ (Coord.). **Crises e desafios da Constituição**: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 3-54.

dominação social, por um grupo hegemônico, sobretudo ao se observar que a forma normativa da Constituição está exatamente na dominação dos processos políticos de decisão¹⁰⁸.

Da mesma forma, com a reformulação do pensamento jurídico e a volta de alguns conceitos próprios do *jusnaturalismo*, há o reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do direito, que passa a aliar a razão e o direito posto à ética e aos valores, conduzindo a uma lei prática incondicionada, válida para todos os seres racionais, como princípio universal¹⁰⁹, com a ascensão científica da teoria dos direitos fundamentais e dos princípios jurídicos, em oposição ao positivismo jurídico, que identifica o Direito como mero mandamento normativo, ignorando seu conteúdo e seus fins¹¹⁰.

Ou seja, a ideia de que as normas jurídicas vigentes em determinado Estado e em um período específico, somente seriam reconhecidas a partir da formação do Estado e de sua positivação no ordenamento jurídico, sem o compromisso com ideais morais, éticos ou filosóficos, que possuiriam valor extrajurídico¹¹¹, com a ascensão da legalidade como mera forma de limitar os poderes estatais frente ao cidadão e de assegurar uma igualdade formal de tratamento perante a lei¹¹², passa a ser repensada diante do formalismo exacerbado do positivismo e da exigência de institucionalização dos processos de decisão permeáveis a discursos morais¹¹³, em que as proposições jurídicas devem derivar dos princípios que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade¹¹⁴.

¹⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 277-303.

¹⁰⁹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

¹¹⁰ O positivismo jurídico desconsiderava o conteúdo das normas do sistema jurídico e rejeitava qualquer confusão com o direito natural ou com qualquer outra ideia de justiça, para justificar ou desqualificar o direito positivo. Ademais, para Hans Kelsen, o conhecimento jurídico só é científico se for neutro, como uma teoria pura, que se constituiria na tentativa de fundamentação da ciência do Direito, como uma ciência exata. Para Kelsen, seria irrelevante como se deu a construção do governo, se por revolução, golpe de Estado ou voto popular. Qualquer norma criada pelo titular do poder é válida e apta a produzir efeitos. Esse pensamento reservava ao Poder Judiciário o cumprimento do comando do legislador, mandatário do povo e detentor do poder, o que reduzia sua função principal de interpretação da norma jurídica e sua adequação ao fato concreto. Vide KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 10-76.

¹¹¹ RAZ, Joseph. Authority, Law and Morality. **The Monist**, n. 68, 1985, p. 295-324.

¹¹² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 76-100.

¹¹³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 1, p.193-247.

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 242-272.

De igual sorte, o reconhecimento de normatividade aos princípios — e sua distinção qualitativa em relação às regras^{115,116} — e a centralização dos direitos fundamentais, são símbolos do novo constitucionalismo, eis que, agora, os princípios passam a ser vistos como normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios, trabalhando, diferentemente das regras, no campo do dever-ser, ou seja, deontologicamente, orientando o aplicador da norma a assumir uma postura discursivo-argumentativa, mesmo nas hipóteses de aplicação de regras suficientemente claras¹¹⁷.

Nesse quadro, passa a haver a preocupação com a equalização de eventual conflito entre normas constitucionais, tanto as de princípios como as de direitos fundamentais, com a aplicação da lógica da precedência condicionada, vale dizer, com a precedência de um princípio ou direito fundamental sobre o outro, apenas circunstancialmente, sob determinadas condições, no caso concreto, já que ambos continuarão existindo para outros casos, não perdendo sua validade¹¹⁸.

Desta feita, o controle da racionalidade das decisões proferidas leva à necessidade de ponderações de interesses, operadas no caso concreto, por meio de concessões recíprocas, nas hipóteses de conflitos entre princípios e direitos constitucionais, procurando preservar o

¹¹⁵ No que toca à distinção entre regras e princípios, Alexy afirma que tanto as regras e os princípios são considerados normas jurídicas, porque ambos trabalham no campo do “dever-ser”. Os princípios têm como características um alto grau de generalidade e de um alto conteúdo axiológico (e uma íntima relação com a ideia de Direito). Além do que, os Princípios forneceriam razões para regras e poderiam ser usados como critério para avaliação de argumentos jurídicos. Já as regras, diferem-se dos princípios por serem mais específicas e por terem sido estabelecidas expressamente. Assim, a distinção entre regras e princípios não é somente gradual, mas sim qualitativa. Logo, o conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma delas, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma delas for declarada inválida. Cabe anotar, que os critérios tradicionais de solução de eventuais conflitos normativos são o hierárquico (lei superior prevalece sobre a inferior), o temporal (lei posterior prevalece sobre a anterior) e o especial (lei especial prevalece sobre a geral). Diferentemente, a colisão entre princípios deve ser resolvida pela precedência condicionada, vale dizer, um princípio irá preceder outro apenas circunstancialmente, sob determinadas condições, já que ambos continuarão existindo para outros casos, não perdendo sua validade. Vide ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio A. da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 50-179.

¹¹⁶ A diferença entre os princípios e regras parte de dois critérios, o gradualista ou quantitativo — que se relaciona ao grau de abstração (critério débil) —, e, o qualitativo — que se pauta no modo de aplicação das normas no caso concreto (critério forte, em que a diferenciação se pauta na lógica do *all or nothing* no caso de regras e da “na medida do possível” no caso dos princípios). Na verdade, as regras, menos abstratas que os princípios, por serem mais específicas e por terem sido estabelecidas expressamente, seriam mandados de determinação, cujo conflito somente pode ser solucionado com a introdução em uma delas, de uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se uma delas for declarada inválida. Logo, às regras se aplica a lógica subsuntiva de mera aplicação abstrata do fato à norma ou do *all or nothing*, ou seja, no caso de conflito aparente entre regras, apenas uma deverá prevalecer, aplicando-se para sanar tal conflito, os critérios hierárquico, cronológico e da especialidade. Por todos vide DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 22-35.

¹¹⁷ Dworkin entende que os Princípios Jurídicos, ao revés de se submeterem a uma escala de prioridade axiológica, devem orientar o aplicador da norma a assumir uma postura discursivo-argumentativa. Assim, no caso concreto, haverá a aplicação dos Princípios não por métodos subsuntivos (*all or nothing*), mas sim na medida do possível, mediante uma regra de adequação. Vide DWORKIN, loc. cit.

¹¹⁸ DWORKIN, loc. cit.

máximo possível de cada um dos interesses em disputa, garantindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais¹¹⁹.

Ademais, nesses casos de tensão, cabe a aplicação da ponderação, com o sopesamento das normas em conflito, “na medida do possível”, em que o princípio da proporcionalidade

¹¹⁹ Segundo Daniel Sarmento “a proteção ao núcleo ou conteúdo essencial dos direitos fundamentais encontra-se consagrada em Constituições como a alemã (art. 19, inciso 111), a espanhola (art. 53, n. 1) e a portuguesa (art. 18, n. 3), mas não foi expressamente prevista pela ordem constitucional. (...) Ela surgiu historicamente no direito germânico como tentativa de proteção dos direitos fundamentais diante do perigo de esvaziamento representado pela ação corrosiva do legislador. (...) Hoje, contudo, trava-se intensa polêmica acerca do significado da garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, e há quem aponte a ociosidade desta proteção, em face da concepção contemporânea da vinculação plena do legislador aos direitos fundamentais, aliada ao princípio da proporcionalidade. Formaram-se na doutrina, em síntese, dois pares de teorias, que podem ser associados em diferentes combinações e que se abrem para modalidades mistas: teorias absoluta e relativa, e teorias subjetiva e objetiva. De forma muito simplificada, pode-se dizer que a teoria absoluta postula a existência de um último reduto inexpugnável do direito fundamental, que não poderia ser restringido em nenhuma hipótese. Ela concebe os direitos fundamentais como círculos concêntricos, no qual o mais externo demarcaria o âmbito de proteção, e o mais interno o núcleo essencial. Este representaria uma esfera intocável do direito, o seu ‘coração’, cuja afetação poderia desnaturá-lo ou implicar na perda do seu sentido útil. Porém, contra esta teoria, objeta-se que é quase impraticável definir a essência do direito fundamental, discernindo-a do seu campo periférico de proteção. E aduz-se, ainda, que existiriam situações da vida em que fatalmente ocorreria o confronto entre núcleos essenciais de dois direitos fundamentais, ou entre núcleo essencial de um direito fundamental e de outro princípio constitucional. Para estas hipóteses mais difíceis, a teoria absoluta não apresentaria solução. Já a teoria relativa reconduz o problema da definição do núcleo essencial a uma questão de ponderação. Para ela, ‘há violação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais quando a afetação destes vai para além do que é estrita e incondicionalmente exigido pela necessidade de prossecução do bem que justifica a restrição’. Assim, para a teoria relativa, a proteção do núcleo essencial é móvel e dinâmica e acaba se confundindo com o próprio princípio da proporcionalidade. Porém, seus adversários argumentam que, em sistemas constitucionais em que há expressa previsão da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, como Alemanha, Espanha e Portugal, torna-se problemático sustentar tese que implique na superfluidade desta garantia, e é isso que ocorre na teoria relativa, quando esta identifica a garantia do núcleo essencial ao princípio da proporcionalidade. Se a polêmica entre as teorias absoluta e relativa diz respeito ao valor da proteção conferida pela garantia do núcleo essencial, a contenda entre as teorias subjetiva e objetiva concerne ao objeto de proteção. Para a teoria subjetiva, a garantia visa resguardar a posição do titular do direito fundamental afetado pela medida restritiva. Trata-se, em suma, de avaliar se, com a restrição, sobra para este titular uma esfera na qual o exercício do direito fundamental mantenha ainda sua importância e significação. No caso negativo, concluir-se-á que a medida restritiva ofendeu ao núcleo essencial do direito. A favor desta teoria, pesa a constatação de que a vocação última dos direitos fundamentais é a proteção de pessoas concretas, e não de instituições ou normas jurídicas, mas contra ela argumenta-se que não corresponderia a necessidades incontornáveis da ordem social. Já para a teoria objetiva, o objeto da proteção é a garantia geral e abstrata do direito, considerando-se a globalidade dos seus titulares, e não as posições jurídicas de qualquer deles em especial. Afirma ela que a proteção do núcleo essencial visa preservar o sentido útil do direito fundamental na ordem jurídica, tomando como referência a norma objetiva que o consagra. Pela sua ótica, os reflexos, ainda que drásticos, das restrições aos direitos fundamentais na esfera de algum titular concreto não bastam para que se conclua pela ofensa ao núcleo essencial. Porém, impugna-se dita teoria, afirmando que ela ignora o real significado da proteção dos direitos fundamentais no Estado de Direito, que é o de proporcionar garantias aos indivíduos”. Vide SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 372-374.

(*grundsatz der verhältnismässigkeit*)^{120,121}, desempenha um papel central, exigindo que toda restrição de direitos deva ser adequada, necessária e proporcional, no sentido que deva ser apropriada para a consecução dos fins da norma e deva limitar os direitos o menos possível, se traduzindo em uma justa medida entre o interesse e o direito limitado¹²².

Por esse vértice, a constitucionalização dos direitos fundamentais e a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, que se tornam imunizados ao processo político majoritário¹²³, com a expansão da jurisdição constitucional e do papel do Judiciário como protetor dos direitos fundamentais¹²⁴, reforçam a ideia do consenso mínimo, blindando garantias individuais de mudanças legislativas eventuais¹²⁵, e, ademais, a

¹²⁰ O princípio da proporcionalidade (*grundsatz der verhältnismässigkeit*), propagou-se na Alemanha, em grande medida, pela evolução da jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* que, em 1958, no caso *Apothekenurteil*, distinguiu a necessidade (*erforderlichkeit*) e a adequação (*geeignetheit*), da proporcionalidade em sentido estrito (*verhältnismässigkeit*). No caso, o Tribunal Constitucional Federal tinha que decidir se a restrição imposta pela lei bávara, ao regulamentar as condições para a abertura de uma nova farmácia, não vinha de encontro ao direito fundamental de liberdade de escolha na profissão (artigo 20, parágrafo 1, 1º período, da Lei Fundamental alemão). O cerne da questão, girava em torno da liberdade individual e da proteção aos interesses da comunidade. O Tribunal Constitucional Federal reconheceu o excesso da lei restritiva, resolvendo o problema pelo método de ponderação entre o direito constitucional fundamental e o interesse da comunidade, por meio do princípio da menor restrição possível. De toda sorte, o princípio da proporcionalidade (*grundsatz der verhältnismässigkeit*), deve ser aferido dentro da sua adequação (*geeignetheit*) aos fins preconizados pelo texto constitucional; à exigibilidade ou necessidade da medida (*erforderlichkeit*), consistente no imperativo de que os meios utilizados para atingimento dos fins visados, sejam os menos onerosos para o cidadão; e à proporcionalidade em sentido estrito (*verhältnismässigkeit*), ou seja, da verificação da relação custo-benefício da medida (*stimmigkeitskontrolle*), isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. Desta tríplice caracterização do princípio, se extraem os seus requisitos: (a) a adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) a necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) a proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos. Assim, como dito, através da aplicação do princípio, em sua tríplice caracterização, permite-se ao Judiciário, a contenção da liberdade de conformação do legislador e do administrador, ou seja, de um controle finalístico da atuação legislativa e do Poder Executivo. Por todos, vide CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 265-285.

¹²¹ Apesar da discussão doutrinária sobre a diferenciação conceitual entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ao STF, por exemplo, na ADINMC 1407, entendeu não haver distinção essencial entre os princípios. Contudo, lembra-se que, diferentemente do princípio da proporcionalidade, o princípio da razoabilidade possui sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal do direito anglo-saxão. O devido processo legal, seguindo a tradição anglo-saxã, possuiria duas vertentes, uma de caráter estritamente processual (*procedural due process*), e, uma outra, de cunho substantivo (*substantive due process*). Esta versão substantiva do devido processo legal, seria exatamente um dos instrumentos mais eficazes de defesa dos direitos individuais. Isto porque, através da aferição da razoabilidade da norma, seria possível a contenção da liberdade de conformação legislativa. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1407. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347037>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹²² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 97-148.

¹²³ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, 2005, p. 86.

¹²⁴ DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and democracy. **European Journal of Philosophy**, 1995, p. 2-11.

¹²⁵ Segundo Daniel Sarmento “Na Alemanha, o Tribunal Federal Administrativo (*bundesverwaltungsgericht*) elaborou, na década de 50 do século passado, doutrina que ficou conhecida como teoria da ‘cláusula de

Constituição, que até então era vista apenas como um documento político, com recomendações ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, assume força normativa, dotada de aplicabilidade e imperatividade¹²⁶.

Nessa perspectiva, esta concepção implica não apenas o reposicionamento da questão democrática e da normatividade constitucional¹²⁷, mas também permite que os precedentes judiciais ganhem maior destaque no âmbito político-jurídico¹²⁸, na qualidade de instrumentos que possibilitam a mudança dos sentidos constitucionalmente estabelecidos¹²⁹, passando o raciocínio jurídico a ser um exercício de interpretação construtiva¹³⁰, com o abandono do exclusivismo no uso dos cânones clássicos na tarefa de interpretação dos enunciados

comunidade', segundo a qual a proteção dos direitos fundamentais cessaria quando o exercício destes direitos ameaçasse bens jurídicos da comunidade. Esta teoria foi, no entanto, severamente criticada pela quase unanimidade da doutrina, e acabou sendo revista. Dizia-se que ela abria amplas possibilidades para abusos e arbitrariedades, em razão do seu caráter vago e indeterminado, pondo os direitos fundamentais à disposição dos Poderes Públicos. Ademais, argumentava-se, com razão, que ela degradava os direitos fundamentais, na medida em que permitia o seu sacrifício em nome de interesses da coletividade que muitas vezes sequer possuíam estatura constitucional. Tamanha fragilização da força normativa dos direitos fundamentais não seria compatível com regime constitucional que lhes atribui eficácia reforçada, e coloca em um primeiro plano o princípio da dignidade da pessoa humana. Na Espanha, a 'cláusula de comunidade' também foi rechaçada, na Sentença 22/1984 do Tribunal Constitucional. (...) Nos Estados Unidos, por exemplo, a jurisprudência vem recusando a constitucionalidade de restrições muito amplas às liberdades fundamentais, tendo construído, neste particular, a chamada *Void for Vagueness Doctrine*, incidente sobretudo em questões envolvendo a aplicação da 1ª Emenda. De acordo com esta doutrina, as restrições às liberdades constitucionais são inválidas por excessiva vagueza, quando as regras limitadoras forem tão indefinidas que a linha entre a conduta válida e a inválida do particular se torne matéria controvertida entre pessoas de boa-fé e inteligência mediana. Esta indefinição é considerada inconstitucional, entre outras razões, por conta do perigo para a liberdade individual decorrente da discricionariedade excessiva conferida aos aplicadores do direito, provocada pela inexistência de standards balizadores explícitos. (...) Em Portugal, o Tribunal Constitucional também rechaçou a possibilidade de instituição de restrições a direitos fundamentais em termos excessivamente vagos, no Acórdão 285/1992". Vide SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 258-259 e 265.

¹²⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 97-148.

¹²⁷ Segundo Luís Roberto Barroso, com o reconhecimento da força normativa da Constituição e do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições, as normas constitucionais passam a ser dotadas de imperatividade, atributo de todas as normas jurídicas, o que permite a deflagração dos mecanismos próprios de coação, no caso de sua inexecução. Ademais, a interpretação constitucional, decorrência natural da força normativa da Constituição, exige o reconhecimento de pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais, que seriam o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade. Vide BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 27-66.

¹²⁸ BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da Advocacia-Geral da União**, 2016, v. 15, p. 09-52.

¹²⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. Teorias constitucionais em perspectiva: em busca de uma Constituição pluridimensional. In: _____ (Coord.). **Crises e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 3-54.

¹³⁰ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 149-290.

normativos, por meio de uma reviravolta hermenêutica e a adoção de uma metódica constitucional voltada para um constitucionalismo concretizante e jurídico-transformador¹³¹.

Assim, a prática constitucional passa a assumir uma compreensão argumentativa, a partir de critérios em que os verdadeiros fundamentos do direito encontram-se na aceitação de que o raciocínio jurídico se desenvolve expressando uma concepção coerente de justiça e equidade¹³², oferecendo uma interpretação da prática jurídica da comunidade, dentro de uma coerência narrativa que se adapte ao estado passado e presente do direito, e que estabeleça princípios de moral política compartilhados pela comunidade em cada momento da história¹³³.

A preocupação, portanto, passa a ser a construção de uma teoria que procure identificar princípios e determinações de objetivos válidos, que sirvam para justificar uma ordem jurídica concreta em seus elementos essenciais, dando coerência às decisões tomadas em casos similares, como parte de uma longa narrativa que deve ser reinterpretada e continuada, de acordo com o que possivelmente será o melhor andamento da história¹³⁴.

Por isso, na tarefa de construir uma ordem coerente de princípios, as exigências da equidade levam a analisar a história institucional de determinado sistema de direitos, enquanto resultado de um processo continuado de aprendizagem, devendo o raciocínio jurídico refletir a moral amplamente difundida na comunidade, em uma reconciliação entre passado e presente, entre história e justiça, dentro de uma reconstrução racional da história institucional, com vistas à aceitabilidade no presente¹³⁵.

Além do que, partindo de ideais políticos mais gerais e abstratos, a leitura do direito, deve adotar uma atitude interpretativa, sobre concepções de integridade e equidade, exigindo a elaboração de uma visão coerente com a legislação, com base em justificativas de princípios, como uma decorrência do compromisso atual da comunidade com a estrutura precedente, a partir da história em movimento¹³⁶.

Conseqüentemente, nesta perspectiva, este novo constitucionalismo — que poderia ser identificado como um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, como um ideário difuso, promovendo um processo extenso e profundo de

¹³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1159-1198.

¹³² RAWLS, John. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins fontes, 2002, p. 199-242.

¹³³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins fontes, 2007, p. 213-333.

¹³⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins fontes, 2007, p. 213-333.

¹³⁵ DWORKIN, loc. cit.

¹³⁶ DWORKIN, loc. cit.

reconhecimento e concretização do direito constitucional¹³⁷ — permite considerar a racionalidade jurídica no âmbito da adequação e coerência do direito¹³⁸, a partir da constitucionalização das relações jurídicas.

Ademais, no contexto deste novo constitucionalismo, ainda que inexista uma constância absoluta entre a adequação e a consistência da autolegitimação pelos procedimentos democráticos de participação constitucionalmente assegurados, há a necessidade de se reforçar a representação e participação política das minorias na esfera pública pluralista da sociedade complexa da contemporaneidade^{139,140}.

Nesse sentido, a fonte de legitimação do poder passa a ser analisada, não apenas sob uma perspectiva ligada a argumentos procedimentais de ordem majoritária, mas sim, e, principalmente, sob uma visão de respeito aos direitos individuais e à pluralidade, com a promoção de direitos fundamentais necessários ao estabelecimento da igualdade material¹⁴¹.

Portanto, há a necessidade de se assegurar uma razão compartilhada, a partir do consenso sobreposto de doutrinas abrangentes razoáveis e racionais, desenvolvidas em uma sociedade cooperativa, em que o pluralismo, coexistindo sob certas condições políticas e sociais, fornece a base para unidade social dos cidadãos de uma sociedade democrática, voltada especificamente para a estrutura básica de uma sociedade bem-ordenada composta por seres livres e iguais¹⁴².

Neste sentido, ainda que não haja uma concordância sobre a forma pela qual as democracias constitucionais devam ser organizadas para satisfazer os termos equitativos de cooperação entre cidadãos considerados livres e iguais entre si, existindo uma profunda

¹³⁷ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: _____ (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 27-28.

¹³⁸ DWORIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins fontes, 2007, p. 213-333.

¹³⁹ Nesse novo modelo de constitucionalismo, da mesma maneira, passa a haver situações de embate entre o substancialismo e o procedimentalismo. Pelo substancialismo, caberá à Constituição definir um conjunto de decisões valorativas, que considera essenciais e consensuais. Já pelo procedimentalismo, caberá à Constituição, em cada momento histórico, decidir a definição de seus valores e opções políticas, a cargo da maioria, pelo sistema de participação democrático. ESPINOZA, Danielle Sales Echaiz. **Entre substancialismo e procedimentalismo: elementos para uma teoria constitucional brasileira adequada**. Maceió: EDUFAL, 2009, p. 111 e ss.

¹⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 1, p. 193-247.

¹⁴¹ Segundo Luís Roberto Barroso “Constitucionalismo e democracia são conceitos que se aproximam, frequentemente se superpõem, mas que não se confundem. Eventualmente, pode haver até mesmo tensão entre eles. Constitucionalismo traduz, como visto, limitação do poder e Estado de direito. Democracia identifica, de modo simplista, soberania popular e governo da maioria. Pois bem: a Constituição se impõe, muitas vezes, como instrumento de preservação de determinados valores e de proteção das minorias, inclusive, e sobretudo, em face das majorias e do seu poder de manipulação do processo político”. Vide BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 29.

¹⁴² RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000, p. 45-85.

discordância sobre a melhor maneira de se efetivar os valores da liberdade e da igualdade na estrutura básica da sociedade, cada vez mais a compreensão constitucional passa pelo conceito de enunciados normativos que garantem a igualdade de oportunidades para todos os cidadãos na esfera pública, com o comprometimento dos cidadãos na ordem jurídica e político-democrática constitucionalmente estabelecida¹⁴³.

Nesse cenário, a ameaça do desmoronamento do jogo democrático, configurando a ditadura da maioria, em que o sistema político viciado e o sistema jurídico ineficiente são incapazes de proporcionar uma racionalidade política democrática adequada, os direitos positivados na Constituição passam a ser meras ilusões textuais, pois não têm receptividade prática na esfera pública estatal¹⁴⁴.

Desta forma, diante da necessidade de se equilibrar o jogo democrático e o processo político, surge a preocupação em atrair a discursividade racional, em torno de pontos que reúnam condições mínimas de consenso, através de um pluralismo razoável e de valores cooperativos na vida política, buscando reconciliar democracia e direitos, de modo a adaptar-se a uma realidade dinâmica de uma sociedade pluralista¹⁴⁵.

Nesse sentido, a liberdade de ação dos membros de uma comunidade jurídica, passa a ser baseada em discursos racionais de comunicação não etnocêntrica, com o reconhecimento intersubjetivo de posturas a iguais liberdades de ação no processo de formação da opinião, contemplando uma abertura ao uso da racionalidade comunicativa, que possibilite a legitimação do direito¹⁴⁶.

Ademais, nesta compreensão, deve ser assegurada a participação devidamente informada, com vista a promover o reconhecimento recíproco de direitos entre os cidadãos, no exercício cívico da autonomia política institucionalizada, especialmente quando se consideram como legítimos apenas os direitos que foram racionalmente acordados por todos os consorciados jurídicos¹⁴⁷.

Por outro lado, a abertura constitucional, que se associa ao pluralismo, diante da necessidade de se compreender os conteúdos constitucionais moldados pelo jogo político democrático, que possibilitam que projetos político-sociais ingressem no sistema normativo, acaba por levar a uma autoconsciência constitucional, ao se criar um Estado constitucional-

¹⁴³ RAWLS, John. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins fontes, 2002, p. 199-242.

¹⁴⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 1-62.

¹⁴⁵ RAWLS, John. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins fontes, 2002, p. 199-242.

¹⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 1, p. 193-247.

¹⁴⁷ RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000, p. 45-85.

democrático de direito, com o incentivo a interconexões dinâmicas mediante o fomento ao pluralismo, enquanto plano de identidade coletiva da sociedade e unidade social do Estado¹⁴⁸.

Nessa perspectiva, a Constituição enquanto unidade normativa e processo dinâmico, que não apenas regula a vida política, como também assegura a própria existência estatal, diante dos questionamentos decorrentes do pluralismo acaba por reunir as regras jurídicas e as instituições concernentes à estrutura estatal de governabilidade e participação político-democrática¹⁴⁹.

Desse modo, no âmbito do novo constitucionalismo, a Constituição deve se conectar às mudanças valorativas, sobretudo porque a estrutura aberta de sentidos e linguagem permite sua concretização, de forma a promover a estabilidade constitucional, incorporando uma série de valores, dentro de uma sociedade pluralista, que reconhece uma ordem plúrima, como um documento fundamental para a disciplina da vida política e para a promoção dos valores compartilhados nas deliberações democráticas¹⁵⁰.

Portanto, somente será possível considerar a racionalidade jurídica, no âmbito da adequação e coerência do direito, quando se observe uma constância entre a adequação e a consistência da autolegitimação pelos procedimentos democráticos de participação constitucionalmente assegurados às minorias na esfera pública pluralista da sociedade complexa da contemporaneidade¹⁵¹.

Dessarte, nesta quadra, a realidade constitucional e o novo paradigma jurídico instaurado, com o conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, associado ao efeito expansivo dos direitos fundamentais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico, os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição, passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional¹⁵².

Nesse sentido, com a construção do fenômeno da constitucionalização do direito, consolida-se o reconhecimento da incidência dos direitos fundamentais não apenas na atuação estatal, mas também no campo das relações privadas, alterando o paradigma clássico que via

¹⁴⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. Teorias constitucionais em perspectiva: em busca de uma Constituição pluridimensional. In: _____ (Coord.). **Crises e desafios da Constituição**: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 3-54.

¹⁴⁹ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 164-165.

¹⁵⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 285-352.

¹⁵¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 1-62.

¹⁵² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 97-148.

nesses direitos apenas limites oponíveis ao Estado, passando a pautar as relações jurídicas, com uma leitura não só vertical do sistema normativo-constitucional — com a vinculação dos poderes públicos — mas também horizontal — que passa a envolver também questões de direitos fundamentais entre particulares¹⁵³.

Ou seja, a construção do novo constitucionalismo acabou por demonstrar a ascensão e a expansão do âmbito protetivo dos direitos fundamentais, que, além da dimensão subjetiva de defesa do particular contra os poderes estatais, ostentaria, também, uma dimensão objetiva, com uma eficácia irradiante, e, assim, a eficácia dos direitos fundamentais não só incidiria nas relações verticais com o Estado — dimensão subjetiva dos direitos fundamentais — mas também nas relações horizontais entre particulares^{154,155} — dimensão objetiva dos direitos

¹⁵³ BARROSO, loc. cit.

¹⁵⁴ Com o advento da Lei Fundamental de Bonn de 1949, Hans Carl Nipperdey se engajou em favor da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, entendimento que foi adotado, posteriormente, pelos tribunais alemães, especialmente pela construção jurisprudencial do Bundesverfassungsgericht na Alemanha, ao admitir que haveria, no catálogo de direitos fundamentais, direitos de conteúdo muito diverso, alguns apenas com incidência do indivíduo contra o Estado, mas que outros com incidência diretamente na relação entre particulares. Vide PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 119-192.

¹⁵⁵ O grande problema da aplicação dos direitos fundamentais aos particulares, deve-se ao fato de que, os sujeitos das relações privadas merecem e reclamam, em princípio, a mesma proteção, e, assim, a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas poderia suprimir ou restringir em demasia o princípio da autonomia privada. Vide SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2000, p. 107-163.

fundamentais^{156,157}, determinando os objetivos e limites da atuação estatal ou de outros indivíduos¹⁵⁸.

Na verdade, com o recente crescimento de instâncias não estatais, que passam a influir de forma cada vez mais significativa na vida dos indivíduos, com a relativização das fontes normativas de subordinação estatal e a policentria ordenativa, as regras emanadas de atores privados passam a se multiplicar em escala global, permitindo que não só o Estado, mas também os atores privados sejam violadores em potencial de direitos fundamentais, passando a jurisprudência a adotar a tese de que os direitos fundamentais previstos na Constituição, também incidiriam sobre as relações privadas¹⁵⁹, como se observa na posição do

¹⁵⁶ A eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas, é desenvolvida, principalmente, por meio da aplicação das teorias imediata ou direta (*unmittelbare drittwirkung*) e mediata ou indireta (*mittelbare drittwirkung*). A teoria da eficácia imediata ou direta (*unmittelbare drittwirkung*), ocorreria quando houvesse uma disposição expressa de que os direitos constitucionalmente previstos se aplicariam diretamente às relações privadas. A teoria, embora não tenha tido grande aceitação na Alemanha, logrou êxito em alguns países, como em Portugal (artigo 18, n. 1, da Constituição de Portugal de 1976). A teoria da eficácia mediata ou indireta (*mittelbare drittwirkung*), admite que os direitos fundamentais possam incidir nas relações privadas, mas através das normas infraconstitucionais, uma vez que os direitos fundamentais se irradiam por todo o ordenamento jurídico, cabendo ao legislador observar os direitos fundamentais na produção das leis. Essa teoria foi desenvolvida na Alemanha em 1956 por Günter Dürig, e, hoje, é a doutrina majoritária sobre o assunto naquele país. Assim, os direitos fundamentais, para serem aplicados aos conflitos entre particulares, teriam que ser mediados pelo legislador privado, que observaria esses direitos quando da produção das leis, cabendo ao Judiciário a aplicação das normas constitucionais quando estivesse diante de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados apresentados pelo legislador. Vide PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 119-192.

¹⁵⁷ A teoria dos deveres de proteção (*schutzpflicht*), também surgida na Alemanha, desdobramento da teoria da eficácia mediata, baseia-se no duplo dever do Estado com relação aos direitos fundamentais. O dever de abstenção, de não violar os direitos do indivíduo, e o dever de proteção, dever de também proteger os direitos individuais diante de outras violações que possam surgir. Assim, o titular de um direito fundamental é também titular de um direito subjetivo à proteção do Estado contra intervenções de terceiros. Vide SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 193-285.

¹⁵⁸ A seção 8 da Constituição da África do Sul de 1996, também trata da aplicação da teoria da eficácia horizontal de direitos fundamentais. Vide DAVIS, Dennis M. Transformation and the Democratic Case for Judicial Review: The South African Experience. **Loyola University Chicago International Law Review**, v. 5, 2007, p. 45-57.

¹⁵⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 119-192.

Bundesverfassungsgericht nos casos *Lüth* de 1958¹⁶⁰, *Blinkfüer* de 1969¹⁶¹ e *Wallraff* de 1984^{162,163}, bem como pela análise dos Recursos Extraordinários 201819^{164,165}, 160222¹⁶⁶,

¹⁶⁰ No caso *Lüth*, o produtor de cinema alemão Veit Harlan, conhecido por seu histórico de filmes em defesa do regime nazista, se preparava para lançar o filme “Amada Imortal” (*unsterbliche geliebte*), após o fim da Segunda Guerra, cuja história em nada se remetia ao nazismo. Porém, diante da sua ligação histórica com o nazismo, houve grande revolta em torno do lançamento, tendo Eric Lüth, diretor do órgão estatal de imprensa da Cidade Livre de Hamburgo, conclamando todo o público a um boicote ao filme, liderando o movimento contra aquele lançamento. Assim, o filme foi amplamente rejeitado, tendo sido um fracasso de bilheteria. Diante dos prejuízos, Harlan e os parceiros comerciais do filme, ajuizaram uma ação contra Lüth, alegando violação ao § 826 do Código Civil (BGB), e, exigindo a reparação do dano sofrido. Depois de várias decisões no sentido de reconhecer a obrigação de reparação, o caso foi levado ao Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*), por meio da interposição do recurso constitucional (*verfassungsbeschwerde*). O Tribunal Constitucional entendeu pela procedência do recurso, enfatizando que decisões de tribunais civis, com base em leis gerais de natureza privada, podem lesar o direito de livre manifestação de opinião consagrado no art. 5, 1, da Lei Fundamental de 1949. Vide SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 193-285.

¹⁶¹ No caso *Blinkfüer*, o pequeno jornal *Blinkfüer* continuou a publicar a programação das rádios da República Democrática Alemã, mesmo após a construção do muro de Berlim. Assim, a grande editora Springer dirigiu, por isso, uma circular a todas as bancas de vendas de jornais, informando da suspensão de fornecimento de jornais e revistas, caso continuassem a vender o jornal *Blinkfüer*. Dessa forma, foram significativos os prejuízos sofridos pela publicação, o que levou ao ajuizamento de uma ação contra a editora Springer. A pretensão de caráter indenizatório formulada pelo jornal foi rejeitada pelo *bundesgerichtshof* (Superior Tribunal de Justiça), contudo, apreciando o recurso constitucional (*verfassungsbeschwerde*) interposto pelo pequeno jornal, o *Bundesverfassungsgericht* entendeu que a editora Springer não poderia valer-se de sua superioridade econômica para fazer prevalecer a sua opinião. Vide SARMENTO, loc. cit.

¹⁶² No chamado caso *Wallraff*, um repórter, adotando uma identidade falsa, obteve um emprego como jornalista na redação do jornal sensacionalista *Bild-Zeitung*, visando coletar material para um livro. A ação movida pela empresa jornalística contra o repórter e seu editor, foi rejeitada pelo Superior Tribunal de Justiça (*bundesgerichtshof*), todavia, o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) acolheu o recurso constitucional (*verfassungsbeschwerde*) interposto contra a decisão, entendendo que entre as condições da função de uma imprensa livre, pertence a relação de confiança do trabalho de redação, sendo lícita, fundamentalmente, a pretensão manifestada no sentido de impedir a publicação de informações obtidas mediante utilização de artifícios dolosos. Vide SARMENTO, loc. cit.

¹⁶³ Outro bom exemplo da eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas é o caso do arremesso de anão (*Arrêt Commune de Morsang-sur-Orge/spectacle dit de lancer de nains* ou caso do arremesso de anão), em que o Conselho de Estado francês, em 1995, entendeu pela validade do ato praticado pelo Prefeito da pequena cidade francesa de Morsang-sur-Orge, que em 1992 proibiu a prática do arremesso de anão, mesmo contra a vontade e a autonomia privada de Manuel Wackenheim, que ganhava a vida sendo arremessado e tinha a atividade como seu único meio de sobrevivência. O Conselho de Estado entendeu que uma autoridade municipal poderia proibir a prática, visto que, atentatória à dignidade humana, sendo, portanto, contrária à ordem pública. Manuel Wackenheim também levou o caso à Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos, que em 27 de setembro de 2002, no caso *Manuel Wackenheim v. France*, entendeu que a decisão não era discriminatória, estabelecendo que o banimento do arremesso não era abusivo, e, sim, necessário a ordem pública. O Conselho de Estado francês chegou à mesma conclusão em outro caso similar (*Arrêt Ville d’Aix-en-Provence*), envolvendo uma companhia de entretenimento na cidade de Aix-en-Provence. Nos Estados Unidos, em 1985, o prefeito de Chicago, Harold Washington, proibiu também a prática do arremesso de anão. Da mesma forma, em 1989, os legisladores do estado da Flórida entenderam que o arremesso de anões era ilegal, exemplo seguido posteriormente pelo Estado de Nova York. Vide SARMENTO, loc. cit.

¹⁶⁴ No caso, a União Brasileira de Compositores (UBC), sociedade civil sem fins lucrativos, dotada de personalidade jurídica de direito privado, excluiu particular de seu quadro de sócios, sem atenção ao princípio da ampla defesa. A UBC é repassadora do numerário arrecadado pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD). Dessarte, a exclusão do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório ou do devido processo constitucional, oneraria consideravelmente o particular, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. Assim, no caso de entidades de fins associativos predominantemente econômicos, a expulsão seria sindicável, em consideração ao dano patrimonial que poderia causar ao excluído, sendo, pois, caso singular, que transcende a simples liberdade de

158215¹⁶⁷ e 161243¹⁶⁸, julgados pelo Supremo Tribunal Federal, ao admitir uso da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, firmando a ideia de que os direitos fundamentais não vinculam somente os Estados negativamente, impedindo-os de afetar os bens protegidos, como também criam para os particulares as obrigações de não violar tais direitos nas relações privadas^{169,170}.

associar ou de permanecer associado, uma vez que, em certa medida, a integração a essas entidades configura quase que um imperativo decorrente do exercício de atividade profissional. RE 201819. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹⁶⁵ Na ADIN 2054, o STF entendeu pela singular situação da entidade associativa do sistema ECAD, que exerce uma atividade essencial na cobrança de direitos autorais, que poderia até configurar um serviço público por delegação legislativa. A associação que se recusasse a se filiar ao ECAD, arcaria com a consequência grave de não participar da gestão coletiva de arrecadação e distribuição de direitos autorais, e, por conseguinte, não poderia fazer isoladamente. Em outras palavras, trata-se de entidade que se caracteriza por integrar aquilo que poderíamos denominar como espaço público ainda que não estatal. ADIN 2054. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375312>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹⁶⁶ No RE 160222 se discutiu o eventual cometimento de crime de constrangimento ilegal, de gerente que exigisse das empregadas de certa indústria de lingerie o cumprimento de cláusula constante dos contratos individuais de trabalho, segundo a qual, deveriam se submeter a revistas íntimas, sob ameaça de dispensa. RE 160222. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213340>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹⁶⁷ No RE 158215 o STF admitiu a incidência direta dos direitos fundamentais sobre relações entre particulares, no caso de membro expulso de cooperativa, sem o atendimento da garantia do contraditório e da ampla defesa, uma vez que, a exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. RE 158215. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=212594>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹⁶⁸ No RE 161243 o STF não admitiu que a invocação do princípio da autonomia fosse argumento legítimo para discriminar nacionais de estrangeiros, no que concerne à percepção de benefícios constantes no estatuto pessoal de determinada empresa, por ofensa ao princípio da igualdade, visto que a discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, seria inconstitucional. RE 161243. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213655>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹⁶⁹ Segundo Luís Roberto Barroso “Para esta específica ponderação entre autonomia da vontade *versus* outro direito fundamental em questão, merecem relevo os seguintes fatores: a) a igualdade ou desigualdade material entre as partes (*e.g.*, se uma multinacional renuncia contratualmente a um direito, tal situação é diversa daquela em que um trabalhador humilde faça o mesmo); b) a manifesta injustiça ou falta de razoabilidade do critério (*e.g.*, escola que não admite filhos de pais divorciados); c) preferência para valores existenciais sobre os patrimoniais; d) risco para a dignidade da pessoa humana (*e.g.*, ninguém pode se sujeitar a sanções corporais)”. Vide BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 97-148.

¹⁷⁰ É bem verdade que em território norte-americano, a ideia de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não obteve amparo tão amplo, visto que a doutrina do *state action*, sempre tendeu pela não vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Os direitos previstos pela Constituição vinculariam apenas os poderes públicos e não se aplicam a particulares, exceto a 13ª emenda, que determinou o fim da escravidão. Assim, em diversas decisões, tanto nos *civil rights cases*, decididos no fim do século XIX, como nos emblemáticos julgados surgidos a partir da década de 1940, a Suprema Corte norte-americana dispôs que os direitos fundamentais não têm eficácia nas relações privadas, não cabendo ao particular o mesmo dever do Estado de evitar violações, especialmente diante da preocupação em preservar a autonomia privada. É bem verdade que houve uma mitigação à teoria da *state action*, quando algumas decisões passaram, com base na *public function theory*, a admitir a vinculação de alguns entes privados a direitos fundamentais. Assim, no exercício de funções de caráter essencialmente público, daqueles que exercem funções delegadas pelo Estado ou que recebessem ajuda especial do poder público, estariam as entidades privadas vinculadas aos direitos fundamentais previstos no Texto Constitucional. Portanto, segundo a *public function theory*, só estariam sujeitos a limitações constitucionais, os particulares que exercessem alguma função de natureza estatal, ou seja, aquele ente privado que se equipara ao Estado em determinada situação, como se observa do caso *Marsh v. Alabama*, decidido em 1946 pela Suprema Corte. Vide PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental

Portanto, neste contexto fluido do novo constitucionalismo, o abandono do sentido da Constituição como mera organização lógico-dedutiva de pautas políticas, permitiu uma maior preocupação com o entrelaçamento entre o ser e o dever-ser constitucionais, diante das expansões interpretativas das cláusulas constitucionais, que ensejou a intensificação da reflexibilidade constitucional, de modo a possibilitar a adaptação do texto da Constituição às necessidades sociais de forma cada vez mais célere¹⁷¹.

1.3 A evolução do constitucionalismo pelo modelo transfronteiriço

Não há como negar que a sociedade moderna nasce como sociedade transfronteiriça, tanto pela desvinculação paulatina que se deu ao longo dos anos, em face das organizações políticas territoriais tradicionais, resultante de comunicações que ultrapassaram as fronteiras desses Estados, quanto pela estabilização de expectativas além de identidades nacionais, culturais e fronteiras político-jurídicas^{172,173}.

Nesse sentido, atribuir um vínculo a uma territorialidade delimitada como característica de uma sociedade global — considerada uma conexão unitária em uma pluralidade de âmbitos de relações de concorrência e complementaridade — seria um equívoco, visto que a sociedade contemporânea se distingue do conceito de ordem internacional, uma vez que a ideia de transfronteiricidade ultrapassa a mera relação entre Estados em nível transnacional, diante da globalização e da intensificação relacional na sociedade mundial¹⁷⁴.

Ademais, com a intensificação crescente das relações sociais e das comunicações suprarregionais mundializadas na sociedade contemporânea, a ordem transfronteiriça passa a ser considerada multicêntrica, com base na reprodução diretamente ligada à superação da

nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 119-192.

¹⁷¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. Teorias constitucionais em perspectiva: em busca de uma Constituição pluridimensional. In: _____ (Coord.). **Crises e desafios da Constituição**: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 3-54.

¹⁷² A ideia de um transjuridicismo, já podia ser observada no pluralismo medieval, sobretudo no direito canônico, mas, na experiência medieval, não se tratava de problemas constitucionais no sentido moderno, ou seja, de questões de direitos fundamentais e limitação do poder. Vide NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 8-10.

¹⁷³ TAVARES, André Ramos. O juiz constitucional perante a jurisprudência constitucional estrangeira. In: _____. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 128-129.

¹⁷⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 1-62.

segmentação territorial dos Estados, o que, de certa forma, amplia seu campo de influência sobre o cenário mundial¹⁷⁵.

Dessa maneira, tendo em vista que, em alguma medida, os pressupostos para a legitimação política ainda estão vinculados aos contextos regionais, e, a tomada de decisões ainda permanece fortemente ligada à segmentação territorial dos Estados, inevitavelmente o direito se torna relativamente debilitado, em face dos sistemas transfronteiriços que se reproduzem no âmbito mundial de maneira cada vez mais abundante, diante da ampliação dos sistemas baseados em redes institucionais, que se distinguem do sistema internacional clássico¹⁷⁶.

Da mesma forma, a emergência de uma nova ordem mundial, baseada em uma rede intrincada de conexões entre instituições estatais desagregadas, que compreende mecanismos de estabilização de expectativas normativas na tomada de decisões coletivas sobre temas comuns, acaba por vincular redes de cooperação e administração de conflitos entre diversas Cortes, diante do surgimento de problemas similares sobre direitos fundamentais, Direitos Humanos e limitação de poder, que ultrapassam as fronteiras dos respectivos Estados¹⁷⁷.

É o que se observa, por exemplo, na discussão sobre as ações afirmativas e a busca da equalização e reparação histórica de grupos socialmente marginalizados, analisada por diversos sistemas jurídicos ao redor do globo, como no papel protagonista da Suprema Corte norte-americana em *Brown v. Board of Education of Topeka* de 1954¹⁷⁸, *Cooper v. Aaron* de 1958¹⁷⁹,

¹⁷⁵ BERMAN, Paul Schiff. From International Law to Law and Globalization. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 43, n. 2, 2005, p. 485-556.

¹⁷⁶ GOLDSWORTHY, Jeffrey. Questioning the migration of constitutional ideas: rights, constitutionalism and the limits of convergence. In: CHOUDHRY, Sujit. **The Migration of Constitutional Ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 115-141.

¹⁷⁷ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 1-62.

¹⁷⁸ Em *Brown v. Board of Education of Topeka* de 1954 — que *overturned Plessy v. Ferguson* de 1896 — a Suprema Corte entendeu, com base na décima quarta emenda, que leis estaduais que estabelecessem a segregação entre brancos e negros nas escolas públicas, seriam inconstitucionais. Caso *Brown v. Board of Education of Topeka*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/case.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹⁷⁹ *Cooper v. Aaron* de 1958 discutia a constitucionalidade da decisão de *Little Rock*, no Arkansas, de suspender por dois anos e meio um programa de extinção da segregação racial, diante de tumultos gerados após a tentativa da primeira criança afro-americana ter aulas. Na ocasião, a Suprema Corte afirmou que os direitos constitucionais não podem ser sacrificados pela violência e desordem que se seguiu às ações do governo e do legislador estadual. É interessante notar, que a decisão tomada em *Cooper v. Aaron* é posterior à decisão em *Brown v. Board of Education of Topeka*, e, assim, quanto ao argumento levantado de que o governo estadual não estaria vinculado à decisão proferida em *Brown v. Board of Education of Topeka*, a Suprema Corte norte-americana afirmou o princípio básico de que o judiciário federal é supremo na exposição da Constituição, como uma característica permanente e indispensável do sistema constitucional, e, portanto, a decisão em *Brown* é a lei suprema do país e a decisão vinculante para os Estados. Caso *Cooper v. Aaron*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/358/1/case.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

Bakke v. Regents of the University of California de 1978¹⁸⁰, *Gratz v. Bollinger* de 2003¹⁸¹ e *Grutter v. Bollinger* em 2003¹⁸², e, da mesma forma, da Suprema Corte da Índia em *State of Kerala v. N.M. Thomas* de 1975^{183,184}, e do Supremo Tribunal Federal brasileiro no julgamento

¹⁸⁰ No caso *Bakke v. Regents of the University of California*, um aluno branco chamado Allan Bakke questionou o programa de ação afirmativa da Faculdade de Medicina da Universidade Estadual da Califórnia, em Davis, que reservava aos candidatos negros 16 das 100 vagas disponíveis no processo de seleção para a instituição. Bakke obtivera pontuação superior à dos candidatos negros admitidos para o curso de medicina, entretanto, não conseguiu ingressar na instituição, e, assim, impugnou o sistema de cotas da Faculdade alegando violação ao seu direito à igualdade. O Tribunal da Califórnia, ao julgar o caso, entendeu pela inconstitucionalidade de qualquer medida afirmativa que utilizasse a raça como fundamento de aplicação, e, portanto, invalidou o programa de ação afirmativa da Faculdade de Medicina e ordenou a admissão de Bakke na instituição. O caso, então, foi levado à Suprema Corte dos Estados Unidos onde, em uma votação apertada, o juiz Powell proferiu o voto de desempate, decidindo pela invalidação do sistema de cotas, ante a ausência de comprovada discriminação prévia contra os negros na Universidade da Califórnia. A decisão de *Bakke* é considerada paradigmática, pois mesmo tendo invalidado o programa de cotas da Faculdade de Medicina, concluiu pela possibilidade de utilização, explícita, da raça como um entre vários fatores que afetam as decisões de admissão. Desse modo, a raça não seria considerada como fator preponderante, mas como um aspecto complementar nas políticas de ação afirmativa. Em outras palavras, a Suprema Corte norte-americana sinalizou pela validade de outras políticas de ação afirmativa consideradas mais flexíveis. A justificativa para esse entendimento fundamentou-se na utilização das ações afirmativas como forma de se atingir a diversidade racial nas salas de aula, proporcionando benefícios não só às minorias favorecidas pela inclusão, mas também aos demais alunos, que partilhariam de um ambiente acadêmico plural e culturalmente mais rico. Caso *Bakke v. Regents of the University of California*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/438/265/>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹⁸¹ Em *Gratz v. Bollinger* de 2003, discutia-se a política de ações afirmativas da Universidade de Michigan, tendo a Suprema Corte norte-americana entendido pela inconstitucionalidade do critério de “pontos fixos” utilizado para minorias sub-representadas, visto que não permitiria que os candidatos fossem individualmente avaliados. Caso *Gratz v. Bollinger*. 23 de junho de 2003. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/539bv.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹⁸² *Grutter v. Bollinger* de 2003, também discutia a política de ações afirmativas da Universidade de Michigan, tendo a Suprema Corte confirmado a política de ação afirmativa de admissões da Universidade de Michigan, visto o interesse na promoção da diversidade, para atingir um corpo discente diversificado. No caso, manteve-se em grande medida o entendimento do Justice Powell em *Bakke v. Regents of the University of California*, que permitia que a raça fosse considerada como um elemento da política de admissão para as instituições de ensino superior. A demanda se originou em 1996, quando Barbara Grutter, uma mulher branca, moradora de Michigan, com notas relativamente altas no teste de admissão, não foi aceita como aluna da Faculdade de Direito da Universidade de Michigan. Em dezembro de 1997, Barbara Grutter ingressou em juízo contra a Universidade, sob o argumento de que havia sofrido discriminação racial, o que violaria tanto a cláusula de proteção da igualdade prevista na XIV Emenda à Constituição dos Estados Unidos como no Título VI da Lei de Proteção aos Direitos Civis de 1964 (*Civil Rights Act*). A Suprema Corte norte-americana acabou assentando que os meios utilizados pela Faculdade de Direito de Michigan haviam respeitado os ditames constitucionais, pois a instituição não tinha feito uma mera reserva de vagas, visto que cada candidato foi avaliado individualmente. A *Equal Protection Clause* não proibiria que a Escola de Direito utilizasse a ideia de raça nas decisões de admissão dos estudantes, desde que especificamente concebida para alcançar os benefícios educacionais que advêm de um corpo discente plural. Assim, a política de seleção de estudantes da Faculdade de Direito da Universidade de Michigan, não conflitaria com a Lei de Direitos Civis de 1964 e tampouco com a XIV Emenda da Constituição, pois atenderia a um interesse imperativo do Estado, que é justamente o de assegurar a diversidade cultural. Caso *Grutter v. Bollinger*. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/539bv.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹⁸³ O caso envolvia a validade de política que favorecia a promoção de membros de castas inferiores no serviço público, afirmou que as medidas afirmativas não deveriam ser concebidas como meras exceções à regra da isonomia formal, mas como providências necessárias para o alcance da real igualdade de oportunidades. Vide MARTINS DE ARAUJO, Luis Claudio; VIEGAS, T. M. Discriminação positiva e as ações afirmativas: Equalização e reparação histórica das minorias estigmatizadas pelas medidas positivas de inclusão no serviço público. *Revista Quaestio Iuris*, v. 9, 2016, p. 181-204.

¹⁸⁴ A partir da alteração no texto da Constituição indiana, as medidas afirmativas passaram a ser utilizadas de forma ampla pelo governo, possibilitando assegurar, aos grupos excluídos, a reserva de vagas no Parlamento, além de

da ADPF 186^{185,186}, ao garantir a promoção da diversidade e a busca da igualdade substancial, pelo fundamento da discriminação positiva, ao analisar a forma pela qual instituições adotaram ações afirmativas¹⁸⁷.

vantagens como a admissão em escolas, faculdades e empregos no setor público. MARTINS DE ARAUJO; VIEGAS, loc. cit.

¹⁸⁵ Na ADPF 186, o STF considerou constitucional a política de cotas étnico-raciais para seleção de estudantes da Universidade de Brasília (UnB), impondo uma reparação de danos pretéritos do país em relação aos negros, preconizando uma sociedade solidária, a erradicação da situação de marginalidade e de desigualdade, além da promoção do bem de todos, sem preconceito de cor. ADPF 186. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹⁸⁶ No Brasil, foram instituídos programas como o da Diversidade na Universidade (Lei 10.558/2002), que promove o acesso de grupos desfavorecidos ao ensino superior, e da Lei estadual 3.708/2001, que instituiu o percentual de 40% das vagas reservadas aos negros e pardos, no exame de admissão para a Universidade do Estado do Rio de Janeiro e também na Universidade Estadual do Norte Fluminense. Além disso, existem as ações afirmativas instituídas pelo Decreto 4.228/2002, que estabeleceu metas de participação, no âmbito de toda a Administração Pública Federal, para a inclusão de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência nos cargos públicos brasileiros, além de beneficiar — na contratação com o setor público — empresas prestadoras de serviço que adotam política afirmativa semelhante. A partir do decreto supramencionado, foi criado o Programa de Ação Afirmativa do Instituto Rio Branco em parceria com o CNPq, que fornece incentivos ao ingresso de afrodescendentes no quadro diplomático, por meio de bolsas-prêmio para custear os estudos de preparação ao concurso de admissão à carreira diplomática. Cabe destacar, também, a criação da Lei 11.096/2005, que instituiu o PROUNI, aplicando ações afirmativas em instituições privadas de ensino superior, por meio de bolsas de estudos para alunos oriundos de escolas públicas, dentre eles, negros e indígenas. Além disso, em 25 de outubro de 2011, no Rio de Janeiro, foi sancionada a Lei estadual 6.067, cujo conteúdo trata da reserva de 20% (vinte por cento) das vagas em concursos públicos, de cargo efetivo, para negros e índios. No ano seguinte, a cidade do Rio de Janeiro sancionou a Lei 5.401/2012, onde mais uma vez a cota foi utilizada para assegurar, no quadro permanente municipal, a reserva de vagas aos autodeclarados negros e índios. Em 2014, foi sancionada a Lei federal 12.990, cuja redação estabelece a reserva de 20% (vinte por cento) das vagas em cargos e empregos públicos em âmbito federal aos candidatos que se autodeclarem negros. No mesmo sentido, atendendo a lei federal em referência, o Conselho Nacional de Justiça — CNJ expediu, no dia 9 de junho de 2015, uma resolução estabelecendo a reserva de 20% das vagas, nos cargos efetivos do Poder Judiciário, aos candidatos afrodescendentes. MARTINS DE ARAUJO; VIEGAS, loc. cit.

¹⁸⁷ Aqui, cabe destacar, a existência da chamada teoria do impacto desproporcional. Segundo essa teoria, uma norma é considerada desproporcional quando, embora juridicamente válida, sua aplicação importe em prejuízo anti-isonômico a um determinado grupo, isto é, embora no processo de elaboração, a norma atenda todos os preceitos formalmente exigidos para a sua criação, a sua aplicação pelas autoridades competentes torna prejudicial a situação de determinado grupo já estigmatizado. O *leading case* no direito norte-americano foi o caso *Griggs v. Duke Power Co.*, julgado pela Suprema Corte em 1970, no qual um grupo de trabalhadores negros questionou a prática da empresa Duke Power Co. na política de promoção de seus funcionários. A empresa utilizava-se de “testes de inteligência” que não possuíam nenhuma correlação com as atividades desempenhadas pelos empregados, servindo tão somente como impeditivo para a promoção de empregados negros, uma vez que — pela realidade das escolas segregadas, cujo nível de ensino era inferior àquele prestado aos brancos — impossibilitava que os dois grupos de trabalhadores respondessem as questões do teste em igualdade de condições. Desse modo, o teste cuidava de manter os trabalhadores negros em funções subalternas e mal remuneradas. No julgamento do caso, a Suprema Corte considerou que mesmo não havendo prova da intenção discriminatória por parte da empresa e mesmo sendo o procedimento considerado neutro, já que o teste era aplicado a brancos e negros indistintamente, tal política de promoção não poderia ser mantida uma vez que, na prática, operava no sentido de congelar o *status quo* da empresa, configurando — ainda que de forma indireta — prática empregatícia discriminatória. No caso em questão, o prejuízo fático gerado aos negros se sobrepôs a necessidade de comprovação de uma eventual intenção discriminatória por parte da empresa. Nos Estados Unidos, há ainda um importante precedente nesta matéria que é sempre lembrado, o caso *Yick v. Hopkins*, julgado pela Suprema Corte ainda em 1886, envolvendo chineses residentes na cidade de São Francisco. No caso, fora aprovada uma lei municipal proibindo o funcionamento de lavanderias em edificações feitas de madeira, mas era possível solicitar às autoridades administrativas uma isenção na aplicação da norma. Os chineses tinham grande participação na exploração de lavanderias em São Francisco, e foi demonstrado no processo que, na prática, os pedidos de isenção formulados por eles nunca eram acatados, enquanto que os realizados por outras pessoas eram sempre aceitos. Daí foi reconhecida a inconstitucionalidade

Assim, este desprendimento no âmbito estatal, deve ser destacado não apenas pelo fato da globalização já ter dado o passo inicial na fissura na estrutura clássica do Estado territorialmente limitado, mas, principalmente, para estender que, para além do Estado nacional, a tarefa de tomar decisões coletivamente estruturantes, tem se desenvolvido no entrelaçamento entre diversos tipos de ordens jurídicas.

Por outro lado, nota-se que, para a reprodução da nova ordem mundial, é essencial a análise de um sistema jurídico global de níveis múltiplos, em que matérias comuns são enfrentadas por Cortes distintas, e, dessa forma, por exemplo, a tutela de minorias estigmatizadas no sistema educacional, foi enfrentada pela Corte Europeia de Direitos Humanos em *D.H. and Others v. The Czech Republic* de 2007¹⁸⁸ e em *Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium v. Belgium* de 1968¹⁸⁹, e, pela Suprema Corte do Canadá em *Mahe v. Alberta* de 1990¹⁹⁰ e em *Association des parents de l'école Rose-des-vents v. British Columbia (Education)* de 2015¹⁹¹, garantindo o acesso de minorias à educação sem qualquer restrição estatal¹⁹².

não da lei em si, mas da sua aplicação pelas autoridades administrativas municipais. SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 193-285.

¹⁸⁸ *D.H. and Others v. The Czech Republic* foi um caso decidido pela Corte Europeia de Direitos Humanos sobre a discriminação das crianças ciganas, que frequentavam escolas especiais com currículo simplificado, no sistema educativo da República Checa. A CEDH em 2007 entendeu que tal prática violava os artigos 14 (proibição de discriminação), combinado com o artigo 2º do Protocolo n. 1 (direito à educação), da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Caso *D.H. and Others v. The Czech Republic*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83256>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

¹⁸⁹ No caso *Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium v. Belgium* de 1968, a Corte Europeia de Direitos Humanos analisou a situação de famílias belgas francófonas, de regiões administrativas germanófonas, que questionaram legislação belga, que se valia para definição do idioma que seria lecionado para um grupo de crianças, o local de residência dos pais, o que as privaria de terem acesso às escolas de língua francesa. A CEDH entendeu que a legislação belga violaria a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Caso *Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium v. Belgium*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57525>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

¹⁹⁰ Em *Mahe v. Alberta* de 1990 a Suprema Corte do Canadá entendeu que a *section 23* da *Canadian Charter of Rights and Freedoms* garante aos francófonos o direito de serem representados no conselho escolar ou terem um conselho escolar próprio, a fim de fornecer proteção adequada para o direito ao ensino de seus filhos. A seção 23 da *Canadian Charter of Rights and Freedoms* garante às minorias francófonas, o direito à educação no idioma francês, mesmo fora de Quebec. Caso *Mahe v. Alberta*. Disponível em: <<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/580/1/document.do>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹⁹¹ A Suprema Corte do Canadá em *Association des parents de l'école Rose-des-vents v. British Columbia (Education)* de 2015 entendeu que os estudantes franceses em Vancouver devem ter acesso aos serviços educacionais equivalentes que os seus homólogos anglófonos. Caso *Association des parents de l'école Rose-des-vents v. British Columbia*. Disponível em: <<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/15305/1/document.do>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹⁹² A Corte Interamericana de Direitos Humanos também se manifestou sobre a liberdade linguística, porém no sistema prisional, no caso *López Álvarez v. Honduras*, ao dispor que “*Los Estados deben tomar en consideración los datos que diferencian a los miembros de pueblos indígenas de la población en general, y que conforman la identidad cultural de aquéllos. La lengua es uno de los más importantes elementos de identidad de un pueblo, precisamente porque garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura. (...) La Corte considera que la*

Ademais, esta interação não acarreta o desaparecimento de todas as hierarquias, mas, o enredamento destas, pelo aparecimento de novos modos de geração do direito pelas diversas Cortes do sistema global, que criam sobreposições ordenativas, com posições não necessariamente consistentes¹⁹³ no enfrentamento de matérias comuns, como se depreende do tema da união homoafetiva e da eliminação do tratamento discriminatório entre casais heterossexuais e homossexuais.

Assim, por exemplo, a *High Court* Australiana no caso *Commonwealth v. Australian Capital Territory* de 2013¹⁹⁴, entendeu que o *Marriage Equality (Same Sex) Act* de 2013, que buscava a equiparação na situação jurídica entre casais homoafetivos e heteroafetivos, seria incompatível com o *Marriage Act* de 1961, e, portanto, inválido¹⁹⁵. Da mesma forma, a *New Zealand Court of Appeal* em *Quilter v. Attorney-General* de 1997¹⁹⁶, e a *Cour de Cassation* francesa no caso *Stéphane Chapin et Bertrand Charpentier v. Procureur de la République de Bordeaux* de 2007¹⁹⁷, entenderam que a expressão “casamento” deve ser compreendida apenas como a união entre um homem e uma mulher.

Contudo, a posição oposta sobre esse tema complexo, buscando eliminar o tratamento discriminatório entre casais heterossexuais e homossexuais e a equalização de direitos, foi

observancia de reglas en el trato colectivo de los detenidos dentro de un centro penal, no concede al Estado en el ejercicio de su facultad de punir, la potestad de limitar de forma injustificada la libertad de las personas de expresarse por cualquier medio y en el idioma que elijan. (...) En el presente caso, la restricción al ejercicio de la libertad de hablar garífuna aplicada a algunos reclusos del Centro Penal de Tela, fue discriminatoria en perjuicio del señor Alfredo López Álvarez, como miembro de la comunidad garífuna”. Caso López Álvarez v. Honduras. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_ing.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹⁹³ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 46-306.

¹⁹⁴ Caso *Commonwealth v. Australian Capital Territory*. Disponível em: <<http://eresources.hcourt.gov.au/showCase/2013/HCA/55>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹⁹⁵ FOLEY, Kathleen E. *Australian Judicial Review*. **Washington University Global Studies Law Review**, v. 6, n. 2, 2007, p. 281-338.

¹⁹⁶ O caso *Quilter v. Attorney-General* de 1998 se originou da negativa ao registro de casamento de três casais homoafetivos, sob o argumento de que o casamento sob o regime do *common law*, seria apenas entre um homem e uma mulher. Apesar do argumento de que tal prática discriminatória não se adequaria ao *New Zealand Bill of Rights Act* de 1990 e ao *New Zealand Human Rights Act* de 1993, a *New Zealand Court of Appeal* entendeu que a seção 5 do *Bill of Right Act*, permite que os direitos e liberdades estejam sujeitos a restrições “*only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society*”, e, portanto, interpretou o *Marriage Act* no sentido de que o casamento não poderia ocorrer entre pessoas do mesmo sexo. Assim, seis anos após a decisão tomada no caso *Quilter v. Attorney-General* a *House of Representatives* aprovou o *Civil Unions Act*, após sério debate parlamentar, para admitir a União Civil entre pessoas do mesmo sexo. Caso *Quilter v. Attorney-General*. Disponível em: <<http://www.lawreports.nz/quilter-v-attorney-general-1998-1-nzlr-523/>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹⁹⁷ A *Cour de Cassation* francesa no caso *Stéphane Chapin et Bertrand Charpentier v. Procureur de la République de Bordeaux* de 2007, entendeu que perante a legislação francesa, o casamento é apenas a união entre um homem e uma mulher. Caso *Stéphane Chapin et Bertrand Charpentier v. Procureur de la République de Bordeaux*. Disponível em: <https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/arret_n_9963.html>. Acesso em: 6 fev. 2016.

externada pela Suprema Corte norte-americana em *United States v. Windsor* de 2013¹⁹⁸, *Hollingsworth v. Perry* de 2013¹⁹⁹ e *Obergefell v. Hodges* de 2015²⁰⁰; pelo Tribunal Constitucional da África do Sul nos casos *Minister of Home Affairs v. Fourie and another* e *Gay Equality Project v. Minister of Home Affairs* de 2005²⁰¹; pelo Tribunal Constitucional da Colômbia na *Sentencia C-577/2011*²⁰² e na recentíssima *Sentencia SU-214/2016*²⁰³; e pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 132 de 2011²⁰⁴.

¹⁹⁸ A Suprema Corte norte-americana em *United States v. Windsor* de 2013, entendeu pela vedação, nos termos da Seção 3 do *Defense of Marriage Act* (DOMA), da restrição à interpretação das expressões “casamento” e “cônjuge” apenas às uniões heterossexuais. Caso *United States v. Windsor*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/570/12-307/>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹⁹⁹ *Hollingsworth v. Perry* de 2013 envolveu a tentativa de invalidação do *same-sex marriage* no Estado da Califórnia, por grupos contrários à união homoafetiva, por meio da *ballot initiative proposition 8*. Porém, aqui, a Suprema Corte norte-americana não chegou a analisar o mérito da questão, uma vez que considerou que os *official sponsors of a ballot initiative* (similar aos signatários de uma iniciativa popular), não detinham legitimidade para recorrer à Suprema Corte norte-americana. Caso *Hollingsworth v. Perry*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/570/12-144/>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²⁰⁰ *Obergefell v. Hodges* de 2015 buscava o reconhecimento pelo Estado de Ohio de *same-sex marriages* validamente estabelecidos em outros Estados. Na verdade, *Obergefell v. Hodges* é a consolidação de três outros *same-sex marriage cases*, *Tanco v. Haslam* (Estado de Tennessee), *DeBoer v. Snyder* (Estado de Michigan), *Bourke v. Beshear* (Estado de Kentucky), que também questionavam a negativa destes Estados em reconhecer *same-sex marriages* validamente estabelecidos em outros Estados. A Suprema Corte entendeu, em uma votação de 5-4, com base na 14 Emenda, que os Estados norte-americanos devem reconhecer e autorizar as uniões homoafetivas. Caso *Obergefell v. Hodges*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/14-556/>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²⁰¹ O Tribunal Constitucional da África do Sul nos casos *Minister of Home Affairs v. Fourie and another* de 2004 e *Gay Equality Project v. Minister of Home Affairs* de 2005, entendeu que a definição de casamento da seção 30 (1) do *Marriage Act* seria inconsistente com a Constituição, e, portanto, casais do mesmo sexo têm o direito ao casamento. Como resultado, foi aprovado o *Civil Union Act* em 2006, reconhecendo o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Casos *Minister of Home Affairs v. Fourie and another* de 2004 e *Gay Equality Project v. Minister of Home Affairs*. Disponível em: <<http://www.constitutionalcourt.org.za/uhtbin/hyperion-image/S-CCT60-04>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²⁰² O Tribunal Constitucional da Colômbia, no julgamento C-577 de 2011, permitiu que casais do mesmo sexo se casassem por uma relação contratual solene, cuja finalidade seria adquirir os mesmos direitos que os casais heterossexuais, a fim de eliminar a “lacuna de proteção”. *Sentencia C-577/2011*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-577-11.htm>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²⁰³ A Sentença SU-214/2016, na verdade, tratava de seis processos (T-4.488.250, T- 4.189.649, T-4.259.509, T-4.167.863, T-4.353.964 e T-4.309.193), que discutiam a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo. O Tribunal Constitucional da Colômbia decidiu que os princípios da dignidade humana, da liberdade individual e da igualdade, implicam que todo ser humano possa contrair um casamento civil, de acordo com a sua orientação sexual. *Sentencia de Unificación 214/2016*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/su214%2D16.htm>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²⁰⁴ O STF na ADPF 132 deu interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, reconhecendo a união estável para casais do mesmo sexo. Ou seja, coube à Corte deliberar sobre tal questão complexa. Já em outros países como Dinamarca, Holanda e Alemanha, houve uma discussão social intensa sobre tema da união homoafetiva. Assim, os debates acerca da união homoafetiva na Dinamarca se iniciaram em 1968, com a apresentação de uma proposta de lei. Nos anos seguintes, instaurou-se uma forte discussão na sociedade sobre a extensão dos direitos que deveriam ser reconhecidos aos casais de mesmo sexo, até que houve a aprovação pelo Parlamento dinamarquês da união homoafetiva em 1989. O mesmo ocorreu na Holanda, primeiro país a permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, em que os movimentos a favor de seu reconhecimento começaram a ter maior intensidade em 1991. Em 1994, foi apresentada a primeira proposta de formalização das uniões, que, aprovada, entrou em vigor em 1998. Uma nova legislação, estabelecendo o direito de os homossexuais usufruírem do mesmo instituto matrimonial reservado aos heterossexuais, passou a valer em 2001. A união homoafetiva também é tratada pela legislação da Alemanha, país em que desde 2001 vigora a “parceria civil

Portanto, dentro das transformações do Estado moderno, com as mudanças na arquitetura global e a intensificação da interação econômica e cultural, pode-se afirmar que a ascensão dos processos transnacionais, catalisando redes e instituições que fomentam e promovem mudanças judiciais, apresenta-se cada vez mais como uma realidade contemporânea²⁰⁵. Nesse sentido, observa-se que tais processos geram no plano doméstico a produção judicial decorrente do direito transnacional, que circula na sociedade global, difundidos através de processos formais e informais entre Cortes, com implicações profundas e impactos variáveis, dentro dos Estados da ordem jurídica transnacional²⁰⁶.

Desta feita, a associação aos sistemas jurídicos nacionais, como um elemento essencial de construção nacional e de reconhecimento internacional, com a globalização e os processos transnacionais, vem sendo repensada, e, nesse sentido, o conceito de constitucionalismo transfronteiriço, que compreende estruturas judiciais que se aplicam para além das fronteiras de um Estado soberano, acaba por ser construído multilateralmente e difundido globalmente²⁰⁷, como no tema da equiparação de direitos e da não discriminação por conta da orientação sexual, que foi abordado pela jurisprudência da *House of Lords* britânica em *Ghaidan v. Godin-Mendoza* de 2004²⁰⁸ e *R. v. Her Majesty's Commissioners of Inland Revenue ex parte Wilkinson* de 2005^{209,210}, pela *Supreme Court of Canada* em *Vriend v. Alberta* de 1998²¹¹, pelo Tribunal

homossexual”, instituída pela *Lebenspartnerschaftsgesetz (Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft)*. Essa lei é resultado de uma discussão iniciada na década de oitenta. ADPF 132. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²⁰⁵ LADEUR, Karl-Heinz. Globalization and Conversion of Democracy to Polycentric Networks — Can Democracy Survive the End of Nation State? In: LADEUR, Karl-Heinz (Org.). **Public Governance in the Age of Globalization**. Aldershot: Ashgate, 2004, p. 89-118.

²⁰⁶ SHAFFER, Gregory. Transnational legal process and state change: opportunities and constraints. **Minnesota Legal Studies Research Paper**, n. 10-28, 2010. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1901952>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²⁰⁷ SHAFFER, loc. cit.

²⁰⁸ Em *Ghaidan v. Godin-Mendoza* de 2004, a *House of Lords* entendeu por interpretar o *The Rent Act* de 1998, de forma a garantir que os direitos sucessórios em situações de *same-sex relationship* “is equally applicable to the survivor of a homosexual couple living together in a close and stable relationship”. Caso *Ghaidan v. Godin-Mendoza*. Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldjudgmt/jd040621/gha-1.htm>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²⁰⁹ Em *R. v. Her Majesty's Commissioners of Inland Revenue ex parte Wilkinson* de 2005, a *House of Lords* entendeu que “no reasonable reader could understand the word ‘widow’ to refer to the more general concept of a surviving spouse”, de forma que uma interpretação não discriminatória compatível com uma isenção tributária de luto apenas às viúvas não seria possível. Interessante que em *Fitzpatrick v. Sterling Housing Association Ltd*, julgado pela *House of Lords* em 2001, em um caso anterior ao *Human Rights Act*, a posição foi exatamente oposta. Caso *R. v. Her Majesty's Commissioners of Inland Revenue ex parte Wilkinson*. Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd050505/wilkin-1.htm>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²¹⁰ CRAIG, Paul; BURCA, Gráinne de. **Eu law: text, cases and materials**. 2011, p. 892-964.

²¹¹ O caso *Vriend v. Alberta* de 1998 julgado pela *Supreme Court of Canada*, envolvia a demissão de um professor de uma escola religiosa com base na sua orientação sexual. No caso, o *Alberta Individual Rights Protection Act* não tratava da questão da discriminação sexual, assim, a *Supreme Court of Canada*, entendeu que esta omissão violaria a *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Caso *Vriend v. Alberta*. Disponível em: <<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/1607/1/document.do>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

Constitucional da Colômbia no julgamento C-075/2007²¹², e pela Corte Europeia de Direitos Humanos, em especial, em *Smith and Grady v. The United Kingdom* de 1999^{213,214}, *E.B. v. France* de 2008²¹⁵ e *Kozak v. Poland* de 2010²¹⁶, ao destacar o tratamento igualitário entre casais heterossexuais e casais homossexuais, nos mais diversos aspectos, como nas relações de trabalho e emprego, nos direitos sucessórios e à adoção etc.

Da mesma maneira, a rejeição à criminalização de atividade sexual praticada entre adultos do mesmo sexo, também foi enfrentada pela Suprema Corte norte-americana em *Lawrence v. Texas* de 2003²¹⁷, pela Suprema Corte de Belize no caso *Caleb Orozco v. Attorney*

²¹² O Tribunal Constitucional da Colômbia no julgamento C-075/2007, apoiado no processo C-098/1996, destacou que havia um imperativo constitucional de dar tratamento igualitário entre casais heterossexuais e casais homossexuais, cabendo ao legislador definir as medidas necessárias para cumprir os requisitos de proteção de grupos marginalizados. *Sentencia C-075/2007*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-075-97.htm>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²¹³ Em *Smith and Grady v. The United Kingdom* de 1999, a Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que a investigação e subsequente dispensa de homossexuais das forças armadas, seria uma violação ao direito à vida privada, nos termos do artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos. O caso que se originou do julgamento de *Regina v. Ministry of Defence, Ex parte Smith and others* de 1996 pela *Queen's Bench Divisional Court* da *Her Majesty's High Court of Justice of England and Wales*, e, gerou a criação no Reino Unido do *Sexual-orientation-free Armed Forces Code of Social Conduct* em janeiro de 2000. Caso *Smith and Grady v. The United Kingdom*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-4828>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

²¹⁴ CRAIG, Paul; BURCA, Gráinne de. **Eu law: text, cases and materials**, 2011, p. 852-999.

²¹⁵ Em *E.B. v. France* de 2008, a Srª E.B., professora francesa, que vivia em união estável com sua parceira a “Srª R”, teve o pedido para adotar uma criança negado, sob o argumento de que a falta de uma figura paternal, causaria fortes abalos psicológicos nas crianças adotadas. A Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que a diferença de tratamento estaria em desconformidade com o princípio da não discriminação esculpido no artigo 14º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, uma vez que a orientação sexual da Srª E.B. foi o fator determinante para negativa ao direito de adoção. Caso *E.B. v. France*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-84571>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

²¹⁶ Em *Kozak v. Poland*, a Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que os tribunais poloneses teriam discriminado o Sr. Piotr Kozak, em razão da sua orientação sexual, ao negar-lhe o direito de suceder, após o falecimento de seu parceiro, ao contrato de arrendamento do imóvel que coabitavam, tendo a *Supreme Court of the Republic of Poland*, falhado no teste de proporcionalidade ao tomar como base apenas o *Lease of Dwellings and Housing Allowances Act* de 1994, que não abrangia as relações conjugais entre parceiros do mesmo sexo. Além disso, a CEDH pontuou que a evolução da sociedade faz surgir diferentes tipos de famílias, que impede aos Estados de justificar um tratamento desigual apenas em razão do sexo ou da orientação sexual, buscando preservar um modelo tradicional. Ou seja, a desigualdade que os casais homossexuais vivenciam hoje na Europa, não apenas impõe que os Estados evitem medidas excessivamente onerosas a esses grupos minoritários, mas também lhes obriga a alterar suas legislações para adequá-las aos princípios consagrados na Convenção Europeia de Direitos Humanos. Caso *Kozak v. Poland*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97597>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

²¹⁷ Em *Lawrence v. Texas*, a polícia prendeu Lawrence e outro adulto, pela prática de sexo consensual, na privacidade do lar, em violação às leis do Texas. Os réus questionaram a constitucionalidade da lei. A Suprema Corte entendeu que a Lei contra a sodomia do Estado do Texas, violava o Direito à liberdade e à privacidade das partes, protegidos pela cláusula do devido processo legal, constante da décima quarta emenda, revendo a posição tomada anteriormente em *Bowers v. Hardwick* de 1986. A Corte, da mesma forma, se valeu da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. Para tanto, vide JACKSON, Vicki. Progressive constitutionalism and transnational legal discourse. In: BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. (Eds.). **The Constitution in 2020**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 275-285.

General of Belize de 2016²¹⁸, e, pela jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, em especial, em *Dudgeon v. The United Kingdom* de 1981²¹⁹ e *Norris v. The Ireland* de 1988²²⁰.

Assim, uma vez que a lógica doméstica se mostra insuficiente para enfrentar o fluxo de ações e o impacto de eventos através das fronteiras, o constitucionalismo transfronteiriço, consistente em problemas jurídico-constitucionais que perpassam fronteiras, e que envolve redes e instituições internacionais e locais, reflete uma resposta funcional para aumentar a interconexão econômica, social e política, projetando para além dos limites nacionais²²¹.

Todavia, naturalmente, os processos transnacionais, reflexo da intensificação da interação transfronteiriça, caracterizada pela globalização econômica e cultural, ocorrem diferencialmente nas ordens jurídicas, por meio de processos de articulação permanente e rearticulação sistêmica, envolvendo instituições para além do Estado-nação, favorecendo, assim, o aparecimento de posições interativas, mas não necessariamente idênticas sobre determinados temas, como nos direitos da personalidade e autodeterminação dos transexuais²²², que foi enfrentada pela jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos em *Rees v. The*

²¹⁸ A Suprema Corte de Belize no caso *Caleb Orozco v. Attorney General of Belize* de 2016, ao analisar o pedido efetuado em 2010 pelo *United Belize Advocacy Movement* e por Caleb Orozco, entendeu pela inconstitucionalidade do artigo 53 do Código Penal de Belize que proibia “relações carnis contra a ordem da natureza”. Caso *Caleb Orozco v. Attorney General of Belize*. Disponível em: <<https://caymannewsservice.com/wp-content/uploads/2016/08/Belize-Court-of-Appeal-Judgment-Caleb-Orozco-v-AG-et-al.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2016.

²¹⁹ Em *Dudgeon v. The United Kingdom*, a Corte Europeia de Direitos Humanos considerou que a legislação da Grã-Bretanha do século XIX, que criminalizava atos homossexuais masculinos, ainda em vigor na Irlanda do Norte, violava a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Dudgeon Jeff era um ativista dos direitos dos homossexuais em Belfast, Irlanda do Norte, quando foi interrogado pela *Royal Ulster Constabulary* sobre suas atividades sexuais. A Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que a criminalização da Irlanda do Norte de atos homossexuais consentidos entre adultos, prevista no *Person Act* de 1861 e no *Criminal Law Amendment Act* de 1885, seriam incompatíveis com o artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Como consequência do julgamento, a relação sexual entre homens foi descriminalizada na Irlanda do Norte em outubro de 1982. Caso *Dudgeon v. The United Kingdom*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57473>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

²²⁰ No caso *Norris v. The Ireland*, David Norris, cidadão de origem irlandesa, que trabalhava como professor de inglês na *Trinity College* de Dublin, questionou o *Person Act* de 1861 e o *Criminal Law Amendment Act* de 1885, que tratavam da vedação à prática homossexual masculina. A Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que embora as autoridades nacionais gozem de uma ampla margem de apreciação para adotarem medidas nos campos da moral, têm a obrigação de levar em consideração os direitos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos. Assim, a Corte decidiu que David Norris, teria direito a receber do Governo irlandês uma indenização em dinheiro em virtude de a legislação em comento estar em descompasso com o artigo 8º da Convenção Europeia. Caso *Norris v. The Ireland*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57547>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

²²¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. In: NEVES, Marcelo (Coord.). **Transnacionalidade do direito**: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 101-112.

²²² DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 46-306.

United Kingdom de 1986²²³ e *B. v. France* de 1992²²⁴, e pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro no REsp 737993²²⁵.

Logo, na medida em que o transnacional procura influenciar práticas locais, e que as práticas domésticas fornecem modelos de realimentação transnacional, esta concepção de tomada de decisão pelas Cortes da sociedade global deve ser vista como recursiva e em termos dinâmicos, interagindo simultaneamente e de forma cíclica, em uma relação que se reforça mutuamente²²⁶, mas, que a depender do contexto resultante, pode levar a conclusões distintas

²²³ *Rees v. The United Kingdom*, envolvia o pedido de alteração de gênero no registro de nascimento da Sr^a Brenda Margaret Rees. No caso, a Sr^a Brenda Margaret Rees, cidadã britânica transexual, buscava a declaração de incompatibilidade do *Births and Deaths Registration Act* de 1953 britânico, com a Convenção Europeia de Direitos Humanos, uma vez que, apesar de possuir características masculinas secundárias, em decorrência de tratamento hormonal, teve seu pedido de alteração de gênero no registro de nascimento negado pelo Estado. A Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que, na medida em que não existe um consenso entre os Estados sobre a condição do transexualismo, os Estados desfrutam de uma ampla margem de apreciação para adotarem medidas legislativas neste campo, e, portanto, não houve violação à Convenção Europeia de Direitos Humanos. Caso *Rees v. The United Kingdom*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57564>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

²²⁴ *B. v. France*, envolvia o questionamento do Sr. Norbert Antoine, sobre a retificação de seu estado civil na França. No caso, o Sr. Norbert, cidadão de origem argelina, nascido com características biológicas do sexo masculino, passou, ao longo de sua vida, a não mais se identificar com seu corpo físico. Assim, por prescrição médica, iniciou terapia hormonal, e, posteriormente, se submeteu a procedimento cirúrgico para remoção dos órgãos genitais externos. Contudo, as autoridades francesas se recusaram a reconhecer sua verdadeira identidade sexual e o direito de alterar seu estado civil. A Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que a legislação francesa referente a retificação do estado civil estaria em descompasso com a Convenção Europeia de Direitos Humanos, por gerar uma ingerência injustificada na vida privada. Caso *B. v. France*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57770>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

²²⁵ No caso, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) determinou a modificação do prenome e da designação de sexo de transexual de Minas Gerais que realizou cirurgia de mudança de sexo. O STJ entendeu que a ausência de legislação específica que regule as consequências jurídicas advindas de cirurgia efetuada em transexual não justifica a omissão do Poder Judiciário a respeito da possibilidade de alteração de prenome e do sexo constantes de registro civil. Sustentou, ainda, que o transexual, em respeito à sua dignidade, à sua autonomia, à sua intimidade e à sua vida privada, deve ter assegurada a sua inserção social de acordo com sua identidade individual, que deve incorporar seu registro civil. REsp 737993. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=926779&tipo=0&nreg=200500486064&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20091218&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²²⁶ A recursividade se aproxima, em alguma medida, das ideias de Niklas Luhmann. Luhmann sustenta que os sistemas estabelecem um processo de troca entre sistema e meio, bem como que este intercâmbio presuppõe que os sistemas devam ser abertos. Ademais, a tais ideias, Luhmann agrega o acontecimento comunicativo proveniente da diversidade. Assim, os sistemas abertos respondem a essa referência teórica, na medida em que os estímulos do meio podem modificar a estrutura do sistema. Além do que, para Luhmann, o sistema do direito é um sistema parcial da sociedade. A sociedade é o entorno do sistema do direito e o direito efetua operações na sociedade. Logo, as operações do direito são operações sociais e trata-se de uma estrutura circular (autopoietica), em que o sistema se produz por meio do sistema em si mesmo, e não por meio de fatores situados no seu meio. Assim, as operações sociais devem ter a capacidade de articular as operações anteriores com as subsequentes, descartando as operações que não lhe pertencem, e, dessa forma, um sistema se produz por meio da comunicação informada. Portanto, o sistema opera de forma comunicativa, protegendo os limites que a própria sociedade traz, e essa comunicação constitui um processo contínuo, produzindo comunicação pela comunicação, independente do consenso (acordo total). Nesse sentido, a unidade de um sistema se produz por operações de sistema (ou cláusulas operativas do sistema), que se forma por meio da comunicação informada, e, assim, o sistema do direito traz e remarca aquilo que deve ser visto no sistema como comunicação jurídica. Logo, por meio da auto-observação do sistema, deve-se observar aquilo que se ajusta ou não, e, portanto, a comunicação possui uma espécie de recursividade, com a qual se pode tanto reconstruir como retroceder, delimitando o que deverá prosseguir. E esta comunicação permanece, sempre, como uma comunicação interior ao sistema, construída pela autodescrição e auto-observação. Logo, deve haver um permanente influxo comunicativo, dada a acelerada evolução social, sob

sobre temas semelhantes, como na discussão sobre a discriminação de tratamento em virtude de gênero ou pertencimento a determinado grupo minoritário, que foi analisado pela Suprema Corte do Japão no caso *Illegitimate Children Nationality Discrimination* de 2008²²⁷, pela *Court of Appeal* de Hong Kong no caso *Equal Opportunities Commission v. Director for Education* de 2001²²⁸, pelo Tribunal Constitucional sul-africano em *President of the Republic v. Hugo* de 1997²²⁹, e, pela jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos em *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom* de 1985²³⁰.

pena de um fechamento cognitivo, que torne o próprio sistema incapaz de realizar a operação autopoietica (construir suas próprias estruturas) e suas estruturas obsoletas. Vide LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 59-152.

²²⁷ No caso *Illegitimate Children Nationality Discrimination*, a Corte derrubou parcialmente o *Nationality Act*, que somente conferia a nacionalidade japonesa a filhos de mães estrangeiras se elas ou seus parentes se casassem com nacionais japoneses. A Corte sustentou que tal previsão normativa fornecia discriminação incompatível com a ordem constitucional. Tal mudança de perspectiva da Suprema Corte pode ser observada quando comparada com o caso *Discrimination against Illegitimate Children* de 1995, em que a Corte rejeitou o pedido de inconstitucionalidade do artigo 900 do Código Civil japonês, que previa o direito do filho ilegítimo de receber metade da herança compartilhada com o filho legítimo. SAKAGUCHI, Shojiro. Major constitutional developments in Japan in the first decade of the twenty-first century. In: CHEN, Albert H. Y. (Ed.). **Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 52-76.

²²⁸ A tradição do *common law* no ordenamento jurídico de Hong Kong torna possível a baixa proteção contra práticas discriminatórias na esfera pública e a ausência de proteção contra a discriminação de qualquer espécie na esfera privada. Tal deficiência protetiva provocou a criação do *Sex Discrimination Ordinance and the Disability Discrimination Ordinance*, considerando que a diferença de tratamento não pode ser justificada se decorre de discriminação. Tal percepção pode ser observada no caso *Equal Opportunities Commission v. Director for Education*, no qual a *Court of Appeal* sustentou que a preferência de tratamento conferida a estudantes masculinos nas escolas secundárias era injustificada e discriminatória, bem como que tal medida não poderia ser considerada temporária tendo em vista o prazo de vigência de 20 anos. CHAN, Johannes. Hong Kong's constitutional journey: 1997-2011. **Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century**. In: CHEN, Albert H. Y. Cambridge University Press, 2014, p. 169-193.

²²⁹ Quando Nelson Mandela se tornou presidente da África do Sul em 1994, um de seus primeiros atos foi emitir uma espécie de perdão ou anistia, liberando todas as mães com filhos menores de 12 anos da prisão. Hugo, que estava cumprindo uma sentença e que tinha um filho de 11 anos de idade, cuja mãe morreu, alegou que a ação do presidente violou a Constituição da África do Sul, por discriminação em função de sexo ou gênero. O assunto chegou ao Tribunal Constitucional sul-africano, e o tribunal não declarou o ato do Presidente da República inconstitucional, pelo fato de que os homens não teriam sofrido, pelo ato presidencial, a perda de qualquer direito ou vantagem legal a que teriam direito. Ou seja, o ato presidencial pode ter negado aos homens uma oportunidade que proporcionou as mulheres, mas não se pode dizer que prejudicou direitos fundamentais. Caso *President of the Republic v. Hugo*. Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1997/4.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²³⁰ Em *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom*, as Sr^a Nargis Abdulaziz, Sr^a Arcely Cabales e Sr^a. Sohair Balkandali alegavam prática discriminatória em razão de gênero, diante do fato de que as autoridades do Reino Unido negaram que seus maridos pudessem continuar morando no país, com fundamento no *Immigration Act* de 1971 e nas *Immigration Rules* dos anos de 1980, 1982 e 1983. A Corte Europeia de Direitos Humanos reconheceu que, embora os Estados Contratantes gozem de certa margem de apreciação para dispor sobre políticas públicas referentes às regras de imigração em seus territórios, por outro lado, lembra que essa discricionariedade encontra seus limites nos princípios esculpidos na Convenção Europeia de Direitos Humanos, como por exemplo à promoção da igualdade entre os sexos. Ademais, um dos principais objetivos da própria ConEDH, é a abolição da discriminação entre gêneros. Além disso, o princípio da não discriminação esculpido no artigo 14 da ConEDH pode ser invocado por todas as pessoas. Dessa forma, a CEDH concluiu que as regras de distinção feitas entre maridos e esposas previstas no *Immigration Act* de 1971 são incompatíveis com os princípios da ConEDH. Caso *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57416>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

Nessa mesma linha, a equalização de direitos, especialmente na participação política, também foi discutido pelo Tribunal Constitucional espanhol na *Sentencia 12/2008*²³¹, e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em *Yatama v. Nicaragua* de 2005²³², com o objetivo de garantir o direito amplo de participação democrática de grupos socialmente minoritários, situação que também se revela na restrição ao voto de nacional em território estrangeiro, enfrentada pela Suprema Corte do Japão no caso *Overseas Voters* de 2005²³³, e, da mesma forma, pelo *Conseil d'etat* no caso *Nicolo* de 1989²³⁴.

Este processo, por sua vez, dá origem a ciclos recursivos, reconstruindo e prosseguindo, em permanente autodescrição e auto-observação, ao fornecer modelos que reconfigurem os respectivos papéis do Estado e do ordenamento local, deslocando a fronteira e as formas de Estado, ou, em outras palavras, promovendo novas arquiteturas estatais.

Dessa forma, esta racionalidade transversal nos fornece um veículo para avaliar influências nas ordens locais, ao incorporar prescrições e modelos para o desenvolvimento, aplicação e execução de preceitos transnacionais, em um processo iterativo e dinâmico²³⁵, como

²³¹ O Tribunal Constitucional espanhol, na *Sentencia 12/2008*, entendeu pela constitucionalidade do *Régimen Electoral General*, com a redação conferida pela *Ley Orgánica 3/2007*, que reservava um percentual na composição das candidaturas eleitorais em razão do sexo, com o objetivo de reduzir a desigualdade no processo eleitoral. MORAES, Guilherme Peña de. **Constitucionalismo multinacional**: uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais. São Paulo: Atlas, 2015, v. 1, p. 60.

²³² *Yatama v. Nicaragua* é um caso referente à participação democrática dos membros da comunidade indígena Yatama, filiados ao partido político homônimo, que foram proibidos de se candidatar nas eleições municipais, por força de decisão do Conselho Supremo Eleitoral da Nicarágua. A Corte Interamericana de Direitos Humanos ordenou que o Estado da Nicarágua procedesse à reforma da respectiva lei eleitoral, e adotasse, em prazo razoável, as medidas necessárias para que os membros das comunidades indígenas e étnicas possam participar nos processos eleitorais de forma efetiva e levando em conta suas tradições, usos e costumes. Caso *Yatama v. Nicaragua*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_ing.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²³³ No caso *Overseas Voters*, a Corte derrubou parcialmente o *Public Office Election Act*, o qual negava o direito de voto ao nacional japonês que morasse em território estrangeiro, entendendo o voto como um elemento fundamental da democracia e no direito à igualdade de votos. SAKAGUCHI, Shojiro. Major constitutional developments in Japan in the first decade of the twenty-first century. In: CHEN, Albert H. Y. (Ed.). **Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 52-76.

²³⁴ O *arrêt Nicolo* decorre do pedido do Sr. Georges Raoul Nicolo de invalidação das eleições dos representantes do Parlamento Europeu, ocorrido em 18 de junho de 1989, sob o fundamento de que os departamentos de ultramar (*départements d'outre-mer*) — que são coletividades territoriais integradas à República francesa —, e, da mesma forma, os territórios ultramarinos da França (*territoires d'outre-mer*) — que são divisões administrativas da República francesa —, não poderiam ser incluídos no círculo eleitoral, uma vez não fazem parte do continente europeu. Contudo, o *Conseil d'Etat*, rejeitou o pedido do requerente por entender que a legislação francesa referente à organização dos *départements d'outre-mer* e *territoires d'outre-mer*, está em harmonia com o direito comunitário europeu. *Arrêt Nicolo*. Disponível em: <<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/20-octobre-1989-Nicolo>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²³⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 251-293.

na questão da autonomia reprodutiva e interrupção voluntária da gravidez^{236,237}, que reflete esta lógica, tendo sido enfrentada por diversas Cortes, com posicionamentos distintos sobre o tema.

É o que se observa, por exemplo, na visão da Suprema Corte norte-americana, ao assegurar a interrupção da gravidez sob determinadas condições, nos casos *Roe v. Wade* de 1973²³⁸ — caso marco nos Estados Unidos —, *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth* de 1976²³⁹ e *Planned Parenthood v. Casey* de 1992^{240,241}. Esta visão também foi compartilhada pela Suprema Corte do Canadá no julgamento do caso *R. v. Morgentaler* de

²³⁶ DWORKIN, Ronald. **O domínio da vida**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 5-9.

²³⁷ SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Org.). **Nos limites da vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 3-51.

²³⁸ No caso *Roe v. Wade* de 1973, a Suprema Corte norte-americana decidiu que o direito de interromper a gravidez estaria protegido pelo direito constitucional à privacidade, reconhecido no caso *Griswold v. Connecticut* de 1965. Com base nesta orientação, a Suprema Corte, por 7 votos a 2, declarou a inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Texas, que criminalizava a prática do aborto a não ser nos casos em que este fosse realizado para salvar a vida da gestante. A Suprema Corte definiu os parâmetros que os Estados deveriam necessariamente seguir ao legislarem sobre aborto. No primeiro trimestre de gestação, o aborto deveria ser livre, por decisão da gestante aconselhada por seu médico. No segundo semestre, o aborto continuaria sendo permitido, mas o Estado poderia regulamentar o exercício deste direito visando exclusivamente proteger a saúde da gestante. Só a partir do terceiro trimestre da gestação — período a partir do qual já existiria viabilidade da vida fetal extrauterina —, poderiam os Estados proibir a realização do aborto, objetivando a proteção da vida potencial do nascituro, a não ser quando a interrupção da gravidez fosse necessária para preservação da vida ou da saúde da mãe. Caso *Roe v. Wade*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/case.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²³⁹ Em *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth* de 1976 a Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade de lei que condicionava o exercício do direito ao aborto ao consentimento do pai do nascituro. Porém, admitiu a exigência de consentimento dos pais de gestante menor de idade, mas apenas se a legislação contemplar a possibilidade de suprimento judicial deste consentimento, a ser concedido quando se verifique que a gestante é madura o suficiente para decidir sozinha, ou quando se conclua que a interrupção da gravidez atende aos seus interesses. Este procedimento judicial deve ser sigiloso e suficientemente célere de modo a não retardar em excesso o exercício do direito pela gestante menor de idade. Caso *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/428/52/case.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²⁴⁰ Em *Planned Parenthood v. Casey* de 1992, a Suprema Corte, em decisão apertada de 5 votos a 4, flexibilizou o critério fixado em *Roe v. Wade* de 1973, fundado no trimestre da gestação, passando a admitir proibições aos abortos anteriores ao 3º semestre, desde que já caracterizada a viabilidade fetal extrauterina. Caso *Planned Parenthood v. Casey*. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/505bv.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²⁴¹ Todavia, em *Harris v. McRae* de 1980, a Suprema Corte entendeu que o Estado não está obrigado a realizar abortos gratuitamente na rede pública de saúde ou a arcar com os respectivos custos, mesmo tratando-se de mulheres carentes, incapazes de suportar os ônus econômicos inerentes aos procedimentos médicos necessários. Da mesma forma, a Suprema Corte norte-americana em *Rust v. Sullivan* de 1991 sustentou a constitucionalidade da regulamentação criada pelo *Department of Health and Human Services*, com base no Título X do *Public Health Service Act*, que vedou que verbas federais destinadas aos serviços de “planejamento familiar”, fossem utilizadas para o aborto. Segundo essa nova interpretação, os funcionários que trabalham nesses hospitais não podem sequer discutir esse procedimento com as pacientes. DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006, p. 152, 333-334.

1988²⁴², pelo *Conseil Constitutionnel* francês na *Décision* 74-54 DC de 1975²⁴³ e na *Décision* 2001-446 de 2001²⁴⁴, pelo Tribunal Constitucional português nos Acórdãos 25/1984²⁴⁵, 85/1985²⁴⁶ e 288/1998²⁴⁷, pelo Tribunal Constitucional italiano na *Sentenza* 18 de 1975²⁴⁸, pela

²⁴² A Suprema Corte do Canadá, no julgamento do caso *R. v. Morgentaler* de 1988, reconheceu que as mulheres possuem o direito fundamental à realização do aborto. Discutia-se, na hipótese, a conformidade com a Carta de Direitos e Liberdade do Canadá, de 1982, de uma lei de 1969 que criminalizava o aborto, estabelecendo como única exceção a hipótese em que um comitê terapêutico composto por três médicos atestasse que a continuidade da gravidez traria riscos à vida ou à saúde da gestante. Caso *R. v. Morgentaler*. Disponível em: <<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/288/1/document.do>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²⁴³ Na Decisão 74-54 DC, o Conselho Constitucional entendeu que o aborto, nos termos da *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse* de 1975, seria válido. Segundo a *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse* de 1975, que teria vigência temporária por 5 anos, seria permitindo a realização, por médico, da interrupção voluntária da gravidez nas dez primeiras semanas de gestação, a pedido da gestante, quando alegasse que a gravidez lhe causa angústia (*detresse*), ou, em qualquer época, quando haja risco à sua vida ou saúde, ou exista forte probabilidade de que o feto gestado venha a sofrer, após o nascimento, de “doença particularmente grave reconhecida como incurável no momento do diagnóstico”. Pela lei em questão, deveria a gestante, antes do aborto, submeter-se a uma consulta em determinadas instituições e estabelecimentos, que lhe forneceriam assistência e conselhos apropriados para a resolução de eventuais problemas sociais que estivessem induzindo à decisão pela interrupção da gravidez. Em 1979, as normas da lei francesa de 1975 foram tornadas definitivas. *Décision* 74-54 DC. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1975/74-54-dc/version-en-anglais.100098.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²⁴⁴ Na Decisão 2001-446 DC, o Conselho Constitucional se manifestou pela constitucionalidade da Lei 2001-588, que voltou a tratar do aborto, e, dentre as suas principais inovações, ampliou o prazo geral de possibilidade de interrupção da gravidez, de 10 para 12 semanas, e tornou facultativa para as mulheres adultas a consulta prévia em estabelecimentos e instituições de aconselhamento e informação, que antes era obrigatória. *Décision* 2001-446. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2001/2001-446-dc/version-en-anglais.85464.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²⁴⁵ O Tribunal Constitucional, no Acórdão 25/1984, reconheceu, no exercício de controle preventivo de constitucionalidade, a legitimidade constitucional de lei que permitira o aborto em circunstâncias específicas, como de risco à vida ou à saúde física ou psíquica da mãe, feto com doença grave e incurável e gravidez resultante de violência sexual. Acórdão 25/1984. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840025.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²⁴⁶ A problemática relacionada à existência de um direito à vida por parte do nascituro voltou a ser discutida pelo Tribunal Constitucional no Acórdão 85/1985, que novamente reconheceu, a legitimidade constitucional do aborto em circunstâncias específicas. Acórdão 85/1985. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19850085.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²⁴⁷ O tema do aborto foi retomado pelo referido Tribunal Constitucional no Acórdão 288/1998, que tratava de hipótese de controle preventivo de constitucionalidade, de uma proposta de referendo, versando sobre a despenalização geral do abortamento, por vontade da gestante, realizado nas primeiras 10 semanas de gestação em estabelecimento de saúde oficial. Neste julgamento, a Corte lusitana entendeu que a vida intrauterina é protegida pela Constituição, mas não com a mesma intensidade da vida de pessoas já nascidas, considerando que o tempo de gestação se afigurava critério adequado para solução desta colisão de interesses constitucionais. Porém, no referendo, cuja validade o Tribunal reconhecera, a proposta de legalização incondicionada do aborto no início da gestação foi derrotada, tendo o legislador português seguido a orientação do referendo. Acórdão 288/1998. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980288.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²⁴⁸ Segundo Daniel Sarmiento “A Corte Constitucional italiana na sentença 18 em 1975, declarou a inconstitucionalidade parcial do artigo 546 do Código Penal daquele país, que punia o aborto sem excetuar a hipótese em que sua realização implicasse dano ou risco à saúde da gestante. Diante desta decisão, o legislador italiano editou, em 1978, a Lei n. 194, que regulamentou detalhadamente o aborto. De acordo com a referida lei, a gestante pode, nos primeiros noventa dias de gravidez, solicitar a realização do aborto em casos: (a) de risco à sua saúde física ou psíquica; (b) de comprometimento das suas condições econômicas, sociais ou familiares; (c) em razão das circunstâncias em que ocorreu a concepção; ou (d) em casos de má-formação fetal. Nessas hipóteses, antes da realização do aborto, as autoridades sanitárias e sociais devem discutir com a gestante, e, se esta consentir, com o pai do feto, possíveis soluções para o problema enfrentado, que evitem a interrupção da gravidez. Afora casos de urgência, foi estabelecido também um intervalo mínimo de 7 dias entre a data da solicitação do aborto e

Comitê das Nações Unidas para os Direitos Humanos em *Amanda Mellet v. Ireland* de 2016²⁴⁹, pela Corte Europeia de Direitos Humanos em *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* de 1992²⁵⁰, e, da mesma forma, na América Latina, pelo Tribunal Constitucional colombiano

sua efetiva realização, visando assegurar o tempo necessário para a reflexão da gestante. Por outro lado, a lei em questão autorizou a realização do aborto, em qualquer tempo, quando a gravidez ou o parto representem grave risco de vida para a gestante, ou quando se verificarem processos patológicos, dentre os quais relevantes anomalias fetais, que gerem grave perigo à saúde física ou psíquica da mulher. A Corte Constitucional italiana, chamada a pronunciar-se sobre a validade destas inovações, afirmou que a despenalização de certas condutas se inscreve na competência do legislador, deixando por isso de conhecer das questões de constitucionalidade suscitadas. Mais recentemente, em 1997, o mesmo Tribunal julgou inadmissível uma proposta de referendo ab-rogativo, que submeteria ao eleitorado a proposta de eliminação de toda a regulamentação legal do aborto nos primeiros noventa dias de gestação. A Corte manifestou o entendimento de que a pura e simples revogação de todas as normas que disciplinavam o aborto na fase inicial da gravidez era incompatível com o dever constitucional de tutela da vida do nascituro”. Vide SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. (Org.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 3-51.

²⁴⁹ O Comitê das Nações Unidas para os Direitos Humanos, no caso *Amanda Mellet v. Ireland*, entendeu que a existência de legislação nacional criminalizando a prática do aborto, constitui violação dos direitos humanos da mulher assegurados na *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR). Segundo o Comitê das Nações Unidas para os Direitos Humanos “*The balance that the State party has chosen to strike between protection of the fetus and the rights of the woman in the present case cannot be justified. (...) The Committee notes that the author’s much-wanted pregnancy was not viable, that the options open to her were inevitably a source of intense suffering and that her travel abroad to terminate her pregnancy had significant negative consequences for her, as described above, that could have been avoided if she had been allowed to terminate her pregnancy in Ireland, resulting in harm contrary to article 7. On that basis, the Committee considers that the interference in the author’s decision as to how best cope with her non-viable pregnancy was unreasonable and arbitrary in violation of article 17 of the Covenant. (...) The State party is also under an obligation to take steps to prevent similar violations in the future*”. Caso *Amanda Mellet v. Ireland*. Disponível em: <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/116/D/2324/2013&Lang=en>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²⁵⁰ *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, envolvia o direito de transmitir informações à população sobre a estrutura de clínicas abortivas no exterior, em face das proibições trazidas pelo *Censorship of Publications Act* de 1929, e pelo *Health (Family Planning) Act* de 1979, que vedam a divulgação dos métodos abortivos. A Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que as punições trazidas pelo *Censorship of Publications Act* de 1929, e pelo *Health (Family Planning) Act* de 1979, eram excessivas e que o Estado irlandês falhou na aplicação do teste de proporcionalidade, especialmente por não levar em consideração a idade das receptoras dessa mensagem. Caso *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57789>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

nos acórdãos C-355/2006²⁵¹ e T-627/2012²⁵², e, pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54²⁵³ e no *Habeas Corpus* 124306²⁵⁴.

Todavia, outras Cortes, não deram um escopo tão amplo à garantia dos direitos reprodutivos das mulheres — ou indiretamente acabaram por restringi-lo —, como se observa pela posição do *Bundesverfassungsgericht* alemão nos casos *Aborto I* (*Schwangerschaftsabbruch I*) de 1975²⁵⁵ e *Aborto II* (*Schwangerschaftsabbruch II*) de 1993²⁵⁶,

²⁵¹ No acórdão C-355/2006, a Corte entendeu pela inconstitucionalidade do artigo 122 do Código Penal colombiano, descriminalizando o aborto nos casos em que: (i) a continuação da gravidez pôr em perigo a vida ou a saúde da mulher, certificado por um médico; (II) exista grave malformação do feto que torna a vida inviável, certificado por um médico; e (III) a gravidez é resultado de conduta, devidamente declarada, de estupro ou de relação sexual sem consentimento, abusivo ou inseminação artificial ou transferência de óvulo fertilizado sem consentimento, ou de incesto. *Sentencia* C-355/2006. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²⁵² Na *Sentencia* T-627/2012, a Corte enfrentou a discussão sobre o direito à informação pelos órgãos e agentes públicos sobre os direitos reprodutivos das mulheres, dentre os quais, o direito à autonomia reprodutiva, interrupção voluntária da gravidez, acesso a serviços de saúde reprodutiva, e educação e informação sobre métodos contraceptivos. *Sentencia* T-627/2012. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-627-12.htm>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²⁵³ Na ADPF 54, o STF passou a discutir a questão do feto anencefálico, tendo admitido a antecipação terapêutica do parto nos casos de feto anencefálico, independentemente da necessidade de obtenção de autorização judicial, com base na dignidade da pessoa humana. A decisão do STF não descriminaliza o aborto, bem como não cria nenhuma exceção ao ato criminoso previsto no Código Penal brasileiro, a Corte decidiu, porém, que não deve ser considerada como aborto a interrupção terapêutica induzida da gravidez de um feto anencefálico. ADPF 54. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²⁵⁴ A Primeira Turma do STF, nos termos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, entendeu que a criminalização do aborto seria incompatível com os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; da autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; da integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e da igualdade de gênero, já que a equiparação plena de gênero depende do respeito da vontade da mulher nessa matéria. Ademais, a tipificação penal, violaria o princípio da proporcionalidade, além da discriminação social e do impacto desproporcional da criminalização sobre as mulheres pobres. Portanto, o STF entendeu por conferir interpretação conforme a Constituição aos artigos 124 a 126 do Código Penal — que tipificam o crime de aborto — para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre, uma vez que durante esse período, o córtex cerebral — que permite que o feto desenvolva sentimentos e racionalidade — ainda não foi formado, nem há qualquer potencialidade de vida fora do útero materno. *Habeas Corpus* 124306. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 4 dez. 2016.

²⁵⁵ Na Alemanha, no caso *Aborto I* de 1975, o *Bundesverfassungsgericht* julgou nula a VI Reforma da Lei de Direito Penal de 26 de abril de 1974, que autorizava a interrupção da gravidez durante as primeiras doze semanas, sem que a gestante tenha de apresentar qualquer justificativa para fazê-lo, a não ser em certas situações especiais, como risco à vida ou à saúde da gestante, má-formação fetal, situação social dramática da família e gravidez resultante de violência sexual afirmando que o feto já é um ser em desenvolvimento, dotado de dignidade e merecedor de proteção constitucional, a qual deveria iniciar-se a partir do 14º dia de gestação — momento aproximado em que se dá a nidação do óvulo no útero materno. Assim, em 1976 foi alterada a legislação para que se conformasse com a decisão do Tribunal Constitucional. Caso *Aborto I* (*Schwangerschaftsabbruch I*). Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv039001.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²⁵⁶ Com a unificação da Alemanha, foi promulgada nova lei em 1992, que permitia, mais uma vez, a prática do aborto nos primeiros três meses de gravidez. Assim, o *Bundesverfassungsgericht* alemão enfrentou a nova lei no caso *Aborto II* de 1993, considerando inconstitucional a legalização do aborto na fase inicial de gestação, a não ser em casos especiais, em que a continuidade da gravidez representasse um ônus excessivo para a gestante. Porém, afirmou que a proteção ao feto não precisava ser realizada necessariamente através dos meios repressivos do Direito Penal e poderia ser buscada através de outras medidas de caráter assistencial e administrativo. Em 1995, uma nova lei foi editada para adequar-se à decisão do Tribunal Constitucional. O novo diploma, fora as hipóteses de aborto legal, referidas na decisão, descriminalizou as interrupções de gravidez ocorridas nas primeiras 12

do Tribunal Constitucional sul-africano em *Doctors for Life Int'l v. the Speaker of the Nat'l Assembly & Others* de 2006²⁵⁷, do Tribunal Constitucional espanhol na *Sentencia 53/1985*²⁵⁸, e, da Comissão Europeia de Direitos Humanos em *Brüggemann and Scheuten v. Germany* de 1977²⁵⁹.

Ou seja, a expansão deste fluxo transnacional, acaba por auxiliar a construção e transmissão desnacionalizada de decisões judiciais, em diferentes domínios jurídicos, que podem ser usados para avaliar a forma como os sistemas produzem modelos decisoriais que migram através das fronteiras, pela aplicação dos tribunais como forma de interpretação

semanas de gestação. A lei estabeleceu um procedimento pelo qual a mulher que queira praticar o aborto deve recorrer a um serviço de aconselhamento, que tentará convencê-la a levar a termo a gravidez. Depois disso, há um intervalo de três dias que ela deve esperar para, só então, poder submeter-se ao procedimento médico de interrupção da gravidez. Caso *Aborto II (Schwangerschaftsabbruch II)*. Disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/1993/05/fs19930528_2bvf000290en.html>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²⁵⁷ Em *Doctors for Life Int'l v. the Speaker of the Nat'l Assembly & Others* de 2006, o Tribunal Constitucional sul-africano, enfrentou a constitucionalidade do *Choice of Termination of Pregnancy Amendment Act*, e a necessidade de audiências públicas durante o regular processo legislativo, de forma a permitir a participação popular em um assunto de interesse público, tendo entendido o Tribunal pela invalidade da norma, uma vez que haveria um dever constitucional de permitir a participação popular no processo legislativo. Caso *Doctors for Life International v. Speaker of the National Assembly and Others*. Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2006/11.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²⁵⁸ O Tribunal Constitucional espanhol, no Acórdão 53/1985 enfrentou, no exercício do controle preventivo de constitucionalidade, projeto de lei alterando o Código Penal, que passava a permitir às gestantes a realização do abortamento, por médico, em casos de risco grave para a sua vida ou saúde física ou psíquica, em qualquer momento; em caso de gestação decorrente de estupro, nas primeiras 12 semanas de gravidez; e em hipótese de má-formação fetal, nas primeiras 22 semanas. O Tribunal Constitucional decidiu que a autorização da interrupção da gravidez, naquelas hipóteses, não feria a Constituição. Não obstante, a Corte declarou a inconstitucionalidade do projeto, por considerar que ele falhara ao não exigir, nos casos de aborto terapêutico ou eugênico, um prévio diagnóstico feito por médico diverso daquele que realizaria o procedimento de interrupção da gravidez. No citado acórdão, adotou-se também como premissa a ideia de que a vida do nascituro é protegida pela Constituição, mas não com a mesma intensidade com que se tutela a vida humana após o nascimento. Para a Corte espanhola, não há um direito fundamental à vida do embrião ou feto, muito embora esta vida seja um bem constitucionalmente protegido. Logo em seguida ao referido julgamento foi elaborada nova legislação, sanando o vício apontado pelo Tribunal Constitucional espanhol. *Sentencia 53/1985*. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/433>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²⁵⁹ Em *Brüggemann and Scheuten v. Germany*, as Sras. Rose Marie Brüggemann e Adelheid Scheuten, ambas cidadãs alemãs, se insurgiram contra a decisão do *Bundesverfassungsgericht* alemão de 25 de fevereiro de 1975 que julgou nula a VI Reforma da Lei de Direito Penal de 26 de abril de 1974. A Comissão Europeia de Direitos Humanos entendeu que o direito ao respeito pela vida privada é amplo, pois visa assegurar ao indivíduo um âmbito dentro do qual ele possa se sentir livre para conseguir desenvolver sua personalidade. Contudo, haveria limites para a esfera pessoal, isto é, a reivindicação ao respeito da vida privada encontra-se reduzida quando colide com outros interesses protegidos. Por tudo isso, a gravidez não pode ser dita como parte exclusiva da esfera da vida privada da mulher em virtude de a gestante conectar-se diretamente a vida do feto. Caso *Brüggemann and Scheuten v. Germany*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-80555&filename=001-80555.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

transnacionalmente induzida²⁶⁰, como na questão do direito à vida e à morte digna^{261,262}, garantida pelo Tribunal Constitucional colombiano nas *Sentencias C-239/1997*²⁶³ e T-970/2014²⁶⁴ e pela *House of Lords* britânica no caso *Airedale N.H.S. Trust v. Bland* de 1993²⁶⁵,

²⁶⁰ SHAFFER, Gregory. Transnational legal process and state change: opportunities and constraints. *Minnesota Legal Studies Research Paper*, n. 10-28, 2010. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1901952>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²⁶¹ Segundo Luís Roberto Barroso “o termo eutanásia é a ação médica intencional de apressar ou provocar a morte — com exclusiva finalidade benevolente — de pessoa que se encontre em situação considerada irreversível e incurável, consoante os padrões médicos vigentes, e que padeça de intensos sofrimentos físicos e psíquicos. Por distanásia compreende-se a tentativa de retardar a morte o máximo possível, empregando, para isso, todos os meios médicos disponíveis, ordinários e extraordinários ao alcance, proporcionais ou não, mesmo que isso signifique causar dores e padecimentos a uma pessoa cuja morte é iminente e inevitável. A obstinação terapêutica e o tratamento fútil estão associados à distanásia. Alguns autores tratam-nos, inclusive, como sinônimos. A primeira consiste no comportamento médico de combater a morte de todas as formas, como se fosse possível curá-la. O segundo se refere ao emprego de técnicas e métodos extraordinários e desproporcionais de tratamento, incapazes de ensejar a melhora ou a cura, mas hábeis a prolongar a vida, ainda que agravando sofrimentos, de forma tal que os benefícios previsíveis são muito inferiores aos danos causados. A ortotanásia, trata-se da morte em seu tempo adequado, não combatida com os métodos extraordinários e desproporcionais utilizados na distanásia, nem apressada por ação intencional externa, como na eutanásia. Indissociável da ortotanásia é o cuidado paliativo, voltado à utilização de toda a tecnologia possível para aplacar o sofrimento físico e psíquico do enfermo. Evitando métodos extraordinários e excepcionais, procura-se aliviar o padecimento do doente terminal pelo uso de recursos apropriados para tratar os sintomas, como a dor e a depressão. A recusa de tratamento médico consiste na negativa de iniciar ou de manter um ou alguns tratamentos médicos. A recusa pode ser ampla ou estrita, conforme seja admitida em qualquer circunstância ou em situações determinadas de impossibilidade de recuperação da saúde com a intervenção. A última hipótese, referida por alguns como limitação consentida de tratamento (ou também suspensão de esforço terapêutico). A retirada de suporte vital (RSV), a não oferta de suporte vital (NSV) e as ordens de não ressuscitação ou de não reanimação (ONR) são partes integrantes da limitação consentida de tratamento. A RSV significa a suspensão de mecanismos artificiais de manutenção da vida; a NSV, por sua vez, significa o não emprego desses mecanismos. A ONR é uma determinação de não iniciar procedimentos para reanimar um paciente acometido de mal irreversível e incurável, quando ocorre parada cardiorrespiratória. Por fim, suicídio assistido designa a retirada da própria vida com auxílio ou assistência de terceiro. O auxílio e a assistência diferem do induzimento ao suicídio. No primeiro, a vontade advém do paciente, ao passo que no outro o terceiro age sobre a vontade do sujeito passivo, de modo a interferir com sua liberdade de ação”. BARROSO, Luís Roberto. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. In: GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo (Org.). **Bioética e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 21-62.

²⁶² Segundo Luís Roberto Barroso “No Brasil, o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução 1.805/2006, admitiu a ortotanásia (também chamada de eutanásia passiva), que é caracterizada pela limitação ou suspensão do esforço terapêutico, ou seja, do tratamento ou dos procedimentos que estão prolongando a vida de doentes terminais, sem chance de cura. A Bélgica e a Holanda reconhecem não apenas a limitação consentida de tratamento, como também a eutanásia e/ou o suicídio assistido; e) a Suíça permite o suicídio assistido, f) na Espanha, as decisões de suspensão de suporte vital em pacientes terminais são respeitadas e desde 2000 há leis sobre testamentos vitais (*Ley Catalana*); g) na França, a limitação consentida de tratamento foi permitida por lei em 2005”. BARROSO, loc. cit.

²⁶³ Na *Sentencia C-239/1997*, a Corte entendeu pela inconstitucionalidade do artigo 106 do Código Penal colombiano, descriminalizando a eutanásia nos casos em que: (i) haja consentimento livre e esclarecido do paciente; (ii) seja praticado por um médico; (iii) o sujeito sofra de uma doença terminal que cause sofrimento. Na decisão, a Corte também destacou a necessidade de que a matéria fosse regulamentada pelo Poder legislativo. *Sentencia C-239/1997*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-239-97.htm>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²⁶⁴ Na *Sentencia T-970/2014*, a Corte afirmou que a eutanásia é um procedimento para proteger o direito de morrer com dignidade, elevada à condição de um direito fundamental. Assim, seria possível limitar o direito à vida para salvaguardar outros direitos, especialmente o livre desenvolvimento da personalidade e autonomia pessoal, como no caso de pessoas com doença terminal. *Sentencia T-970/2014*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-970-14.htm>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²⁶⁵ *Airedale N.H.S. Trust v. Bland* de 1993, envolvia a decisão de desligamento de aparelhos de um jovem em estado vegetativo, que estava sendo mantido vivo por aparelhos, sem nenhuma esperança de recuperação. Os pais

apesar de a matéria também ter sido enfrentada, com uma visão mais restritiva, pela Suprema Corte do Canadá no julgamento do caso *Rodriguez v. British Columbia* de 1993²⁶⁶, pela *House of Lords* britânica no caso *The Queen on the Application of Mrs Dianne Pretty (Appellant) v. Director of Public Prosecutions (Respondent) and Secretary of State for the Home Department (Interested Party)* de 2001²⁶⁷, pela Suprema Corte norte-americana nos casos *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health* de 1990²⁶⁸, *Vacco v. Quill* de 1997²⁶⁹ e *Washington v. Glucksberg* de 1997²⁷⁰, e pela Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Pretty v. United Kingdom* de 2002²⁷¹.

De tal modo, o que se observa é que nesta sociedade multicêntrica e heterárquica, são necessários mecanismos de interpenetrações concentrados e duradouros, com a exclusão da ideia de uma complexidade preordenada, o que permite a construção de uma racionalidade

concordaram em descontinuar todo o tratamento, e a *House of Lords* britânica entendeu que apesar de a eutanásia não ser lícita pela legislação britânica, não há um dever absoluto e incondicional para os médicos de prolongar a vida do paciente a todo custo, sobretudo quando os procedimentos necessários são bastante invasivos. Assim, os tratamentos de alimentação e hidratação artificial poderiam ser retirados se for no melhor interesse do paciente. Caso *Airedale N.H.S. Trust v. Bland*. Disponível em: <<http://swarb.co.uk/airedale-nhs-trust-v-bland-hl-4-feb-1993-3/>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²⁶⁶ *Rodriguez v. British Columbia*, analisou a vedação ao suicídio assistido no Canadá, tendo a Suprema Corte canadense entendido que a proibição não violaria a *Canadian Charter of Rights and Freedoms* de 1982. Caso *Rodriguez v. British Columbia*. Disponível em: <<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/1054/1/document.do>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²⁶⁷ No caso, Diane Pretty estava sofrendo de doença degenerativa, e ficou paralisada do pescoço para baixo. Como estava impedida por sua doença de se suicidar sem auxílio, Pretty queria que seu marido fornecesse a assistência ao suicídio. Contudo, apesar do *Suicide Act* inglês de 1961 não considerar crime cometer suicídio, o auxílio ao suicídio seria criminalizado. Pretty se dirigiu inicialmente ao *Director of Public Prosecutions*, solicitando que o seu marido não fosse processado, caso viesse a auxiliá-la no suicídio. Este pedido foi recusado e Pretty recorreu para a *Lords of Appeal in Ordinary*, que se valeu de acórdão do Supremo Tribunal do Canadá, proferido no âmbito de um processo semelhante, para negar o pedido. A questão foi levada à Corte Europeia de Direitos Humanos, que concluiu que neste caso particular, não havia sido violada qualquer disposição da Convenção Europeia. Caso *The Queen on the Application of Mrs Dianne Pretty (Appellant) v. Director of Public Prosecutions (Respondent) and Secretary of State for the Home Department (Interested Party)*. Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd011129/pretty-1.htm>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²⁶⁸ *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health* de 1990, foi o primeiro caso que envolvia a morte digna na Suprema Corte norte-americana. No caso, a Corte decidiu em favor do Estado de Missouri, entendendo aceitável exigir “provas claras e convincentes” do desejo do paciente para a remoção de suporte de vida. Caso *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/497/261/case.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²⁶⁹ *Vacco v. Quill* de 1997, envolveu a vedação ao suicídio assistido no Estado de Nova York, tendo a Suprema Corte norte-americana entendido que a proibição era constitucional, e, portanto, não haveria um direito constitucional à morte digna. Caso *Vacco v. Quill*. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/521bv.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²⁷⁰ Em *Washington v. Glucksberg* de 1997, a Suprema Corte norte-americana entendeu que o direito ao suicídio assistido, não estaria protegido pela cláusula do devido processo legal. Caso *Washington v. Glucksberg*. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/521bv.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²⁷¹ O caso *The Queen on the Application of Mrs Dianne Pretty (Appellant) v. Director of Public Prosecutions (Respondent) and Secretary of State for the Home Department (Interested Party)*, julgado pela *House of Lords* britânica em 2001, foi posteriormente levado à Corte Europeia de Direitos Humanos em *Pretty v. The United Kingdom*, que concluiu que neste caso particular, não havia sido violada qualquer disposição da Convenção Europeia. Caso *Pretty v. The United Kingdom*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60448>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

transversal entre esferas autônomas de comunicação da sociedade mundial, e, nesse sentido, esta racionalidade deve atuar como pontes de transição²⁷², buscando a auto-observação recíproca sobre temas globalmente enfrentados, como na questão das pesquisas científicas com células-tronco embrionárias, tema ético, jurídico e moralmente conflituoso, que foi analisado pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510 de 2011²⁷³, pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*) no caso *Aborto II* (*Schwangerschaftsabbruch II*) de 1993²⁷⁴, e pelo Tribunal Constitucional da Espanha no caso *Reproducción Humana Asistida* (*Sentencia* 116/1999) em 1999²⁷⁵.

Da mesma forma, os modelos que são fornecidos pelos ordenamentos jurídicos, devem envolver interações múltiplas e multidirecionais, na análise pelas Cortes, em um diálogo permanente entre ordens nacionais e transnacionais, como na proibição penal do incesto, abordado pelo *Bundesverfassungsgericht* no caso *Geschwisterbeischlaf* de 2006²⁷⁶, pelo

²⁷² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 1-62.

²⁷³ Na ADIN 3510, analisou-se a pesquisa com células tronco, tendo o STF entendido que as pessoas físicas seriam apenas as que sobrevivem ao parto (artigo 2º CCB), filiando-se à teoria natalista (a personalidade se inicia no momento do nascimento, até então o nascituro possui mera expectativa de direito), e não à conceptualista (a personalidade se inicia desde a concepção, ou seja, o nascituro já seria sujeito de direitos). Assim, o Supremo Tribunal Federal na ADIN 3510, interpretou a Lei 11.105/2005 no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias seria constitucional, se obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, e deveria ser condicionada à prévia aprovação e autorização por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde. ADIN 3510. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²⁷⁴ No caso *Aborto II* (*Schwangerschaftsabbruch II*) de 1993, o Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*) de 1993 entendeu que a legalização do aborto praticado até 12 semanas desde a concepção não era compatível com a Constituição, dando precedência à proteção da vida do nascituro, em detrimento da autodeterminação da gestante. SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Org.). **Nos limites da vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 3-51.

²⁷⁵ No caso *Reproducción Humana Asistida* (*Sentencia* 116/1999), o Tribunal Constitucional Espanhol enfrentou a constitucionalidade da Lei 35/1988, que tratava de técnicas de reprodução assistida, e permitia a intervenção diagnóstica no embrião e no feto, desde que para o bem-estar do nascituro ou se estiver legalmente amparado. O Tribunal Constitucional entendeu que as intervenções só seriam constitucionais se verificada a existência de grave deficiência física ou mental no embrião ou feto, a fim de realizar um possível aborto. Ademais, considerou que a lei não permitiria a experimentação com embriões viáveis e que toda pesquisa deve ter um propósito de diagnóstico, terapêutico ou preventivo. Além disso, a pesquisa com embriões inviáveis não poderia ser praticada com absoluta liberdade, mas apenas se provado que a pesquisa científica não poderia ser feita com animais e se aprovadas pelas autoridades científicas e de saúde. Da mesma forma, o Tribunal negou ao embrião *in vitro* o *status* de pessoa, negando que o nascituro tenha o direito fundamental à vida. No entanto, esse julgamento validou a família monoparental, como um modelo que merece a proteção da Constituição espanhola. Caso *Reproducción Humana Asistida* (*Sentencia* 116/1999). Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/3858>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²⁷⁶ No caso *Geschwisterbeischlaf*, discutia-se a proibição penal do incesto de que trata o § 173 (2) do *Strafgesetzbuch*. O *Bundesverfassungsgericht* entendeu pela rejeição de queixa constitucional de condenação por relação sexual entre parentes. MORAES, Guilherme Peña de. **Constitucionalismo multinacional**: uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais. São Paulo: Atlas, 2015, v. 1, p. 57.

Tribunal Constitucional da Itália na *Sentenza* 518/2000²⁷⁷ e pelo Tribunal Constitucional da Hungria na *Határozat* 20/1999²⁷⁸.

Assim, pode-se afirmar que este fenômeno fortalece uma concepção hierárquica linear, ao mesmo tempo que também conserva alguma autonomia sistêmica, em decorrência da inexistência de subordinções ordenativas e da conformidade do processo de integração, a partir de sistemas juridicamente diferentes e autônomos, mas que guardam uma conexão entre si, na resolução de questões complexas, que são analisados por diferentes Cortes no sistema jurídico global²⁷⁹.

Nesse sentido, podemos lembrar a afirmação dos direitos individuais dos presos, do direito à não autoincriminação e do direito à assistência de advogado, em *Gideon v. Wainwright* de 1963²⁸⁰ e *Miranda v. Arizona* de 1966²⁸¹ julgados pela Suprema Corte norte-americana, na atuação da Suprema Corte do Reino Unido em *McGowan (Procurator Fiscal, Edinburgh) v. B (Scotland)* de 2011²⁸², *Ambrose v. Harris (Procurator Fiscal, Oban)* também de 2011²⁸³ e *Jude*,

²⁷⁷ Na *Sentenza* 518/2000 do Tribunal Constitucional da Itália, ao tratar do tema do incesto, entendeu-se que o objetivo da norma penal seria a proteção da vida familiar pela exclusão de contato sexual entre seus membros, exceto os cônjuges. MORAES, loc. cit.

²⁷⁸ Na *Határozat* 20/1999, a Corte Constitucional da Hungria, entendeu pela constitucionalidade da criminalização das relações sexuais entre irmãos. MORAES, loc. cit.

²⁷⁹ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 46-306.

²⁸⁰ Em *Gideon v. Wainwright* de 1963, a Suprema Corte norte-americana entendeu pelo direito constitucional, com base na Décima Quarta Emenda, dos cidadãos pobres acusados de um delito a terem um advogado nomeado pelo Estado. DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006, p. 317.

²⁸¹ Em *Miranda v. Arizona* de 1966, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que o réu tem o direito de ser informado do seu direito a um advogado e do direito a não autoincriminação antes de ser interrogado. O caso foi decidido junto com outros três casos *Westover v. United States*, *Vignera v. New York* e *California v. Stewart*. Contudo, em *Berghuis v. Thompkins* de 2010, a Suprema Corte entendeu haveria uma renúncia tácita de direitos, no caso de suspeitos de crimes que estejam cientes do seu direito a um advogado e a não autoincriminação, mas inequivocamente optem por não os invocar. Caso *Miranda v. Arizona*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/case.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²⁸² Caso *McGowan (Procurator Fiscal, Edinburgh) v. B (Scotland)*. Disponível em: <<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2011-0201-judgment.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²⁸³ Caso *Ambrose v. Harris (Procurator Fiscal, Oban)*. Disponível em: <<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2011-0101-judgment.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

Hodgson, and Birnie v. Her Majesty's Advocate igualmente de 2011^{284,285}, e, da Corte Europeia de Direitos Humanos em *Salduz v. Turkey* de 2008²⁸⁶ e em *Pishchalnikov v. Russia* de 2009²⁸⁷.

Da mesma forma, a proibição ampla do direito ao voto a prisioneiros, foi entendida como desproporcional pela Corte Europeia de Direitos Humanos em *Hirst v. The United Kingdom* de 2006^{288,289}, *Firth and Others v. The United Kingdom* de 2014²⁹⁰ e *McHugh and Others v. The United Kingdom* de 2015²⁹¹; pela *Scottish Registration Appeal Court* em *Smith v. Scott* de 2007²⁹²; e, pela Suprema Corte canadense em *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*²⁹³ de 2002. Contudo, em sentido oposto, a *Her Majesty's High Court of Justice of England and Wales* em *Regina (Pearson Martinez and Hirst) v. Secretary of State for the Home*

²⁸⁴ Caso *Jude, Hodgson, and Birnie v. Her Majesty's Advocate*. Disponível em: <<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2011-0150-judgment.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²⁸⁵ A Suprema Corte do Reino Unido, em *McGowan (Procurator Fiscal, Edinburgh) v. B (Scotland)* de 2011, *Ambrose v. Harris (Procurator Fiscal, Oban)* também de 2011, e, *Jude, Hodgson, and Birnie v. Her Majesty's Advocate* igualmente de 2011, ao tratar da questão da legalidade do interrogatório policial de suspeito, sob custódia da polícia, que renunciou ao direito à assistência de advogado, e sua compatibilidade com a jurisprudência da Corte de Estrasburgo, seguiu a posição da Corte Europeia de Direitos Humanos em *Salduz v. Turkey* de 2008. BJORGE, Eirik. National supreme courts and the development of ECHR rights. **International Journal of Constitutional Law**, v. 9, 2011, p. 5-31.

²⁸⁶ Em *Salduz v. Turkey* de 2008, a Corte Europeia de Direitos Humanos, ao tratar da questão da legalidade do interrogatório policial de suspeito, sob custódia da polícia, que renunciou ao direito à assistência de advogado, deixou claro que este é um direito de suma importância, que só pode ser dispensado quando a renúncia é indubitavelmente clara e as consequências são plenamente compreendidas. Caso *Salduz v. Turkey*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-89893>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

²⁸⁷ No caso *Pishchalnikov v. Russia* de 2009, a CEDH asseverou que o direito a um advogado é um direito fundamental, entre aqueles que constituem a noção de um julgamento justo, porém, não há nenhuma regra absoluta derivada da jurisprudência da CEDH de que uma renúncia válida ao direito à assistência jurídica só seja efetiva após a pessoa receber aconselhamento jurídico. Caso *Pishchalnikov v. Russia*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-94293>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

²⁸⁸ Em *Hirst v. The United Kingdom*, um cidadão britânico, foi condenado por crime de homicídio culposo, e proibido de votar por força do *Representation of the People Act* britânico. Ao analisar a questão, a Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que a proibição indiscriminada do direito ao voto, com restrição ampla a todos os presos, seria incompatível com as normas convencionais europeias. Caso *Hirst v. The United Kingdom*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70442>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

²⁸⁹ Apesar da decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos em *Hirst v. The United Kingdom* de 2006, a Suprema Corte do Reino Unido em *R. (Chester) v. Secretary of State for Justice* e *McGeoch v. Lord President*, ambos de 2013, negou o pedido de George McGeoch e Peter Chester, ambos os prisioneiros condenados à prisão perpétua por assassinato, ao direito ao voto. CRAIG, Paul. Constitutionalizing Constitutional Law: HS2, [2014] Public Law 373, **Oxford Legal Studies Research Paper**, n. 45, 2014.

²⁹⁰ A posição da Corte Europeia de Direitos Humanos em *Hirst v. The United Kingdom*, foi reforçada em *Firth and Others v. The United Kingdom* de 2014. Caso *Firth and Others v. The United Kingdom*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-146101>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

²⁹¹ A posição da Corte Europeia de Direitos Humanos em *Hirst v. The United Kingdom*, também foi reforçada em *McHugh and Others v. The United Kingdom* de 2015. Caso *McHugh and Others v. The United Kingdom*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-151005>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

²⁹² ELLIOTT, Mark. Interpretative Bills of Rights and the Mystery of the Unwritten Constitution. **New Zealand Law Review**, n. 4, 2011, p. 591-623.

²⁹³ Em *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, a Suprema Corte canadense considerou que os prisioneiros têm o direito de voto nos termos da seção 3 da *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. O Tribunal considerou que a seção 51(e) do antigo *Canada Elections Act*, que proibiu prisioneiros de votar, seria inconstitucional. Caso *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*. Disponível em: <<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/2010/1/document.do>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

Department and Others e *Hirst v. Attorney-General*, ambos de 2001, considerou a restrição imposta pelo *Representation of the People Act* britânico, compatível com o *Human Rights Act*²⁹⁴.

Portanto, enfatizar o entrosamento entre as estruturas reflexivas das ordens envolvidas, não apenas possibilita soluções mais oportunas, mas também combate possíveis resistências ao intercâmbio de ideias, que promovem aprendizados recíprocos para casos relevantes, sobretudo, diante de ordens que são refratárias à existência da racionalidade transversal²⁹⁵.

Assim, as garantias de cunho processual, também foram analisadas por diversas Cortes, como a razoável duração do processo, enfrentada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos *Genie Lacayo v. Nicaragua* de 1997²⁹⁶, *López Álvarez v. Honduras* de 2006²⁹⁷ e *Bayarri v. Argentina* de 2008²⁹⁸, pela Corte Europeia de Direitos Humanos em *Gagliano Giorgi v. Italy* de 2012²⁹⁹ e *Rutkowski and Others v. Poland* de 2015³⁰⁰ e pelo Tribunal Constitucional do Perú na STC 0295-2012-PHC de 2015³⁰¹.

Da mesma maneira, a garantia do duplo grau de jurisdição, foi enfrentada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Barreto Leiva v. Venezuela* de 2009³⁰² e pelo

²⁹⁴ CRAIG, Paul. Constitutionalizing Constitutional Law: HS2, [2014] Public Law 373, **Oxford Legal Studies Research Paper**, n. 45, 2014.

²⁹⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 251-293.

²⁹⁶ Segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos “*se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales*”. Caso *Genie Lacayo v. Nicaragua*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_30_esp.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²⁹⁷ Segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos “*el derecho de acceso a la justicia implica que la solución de la controversia se produzca en tiempo razonable; una demora prolongada puede llegar a constituir por sí misma, una violación de las garantías judiciales*”. Caso *López Álvarez v. Honduras*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_ing.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²⁹⁸ A posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Genie Lacayo v. Nicaragua* de 1997, foi reforçada no caso *Bayarri v. Argentina* de 2008. Caso *Bayarri v. Argentina*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_ing.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²⁹⁹ Caso *Gagliano Giorgi v. Italy*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-109333&filename=001-109333.pdf&TID=ihgdqbxnfi>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

³⁰⁰ Caso *Rutkowski and Others v. Poland*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-5127467-6327385&filename=003-5127467-6327385.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

³⁰¹ O Tribunal Constitucional do Peru, na STC 0295-2012-PHC, fixou em posição vinculante para todos os juízes e tribunais, em conformidade com o artigo VI do Título Preliminar do Código de Processo Constitucional, o novo lineamento jurisprudencial sobre o prazo razoável do processo. O Tribunal Constitucional resolveu uma ação de *habeas corpus* impetrada por Aristóteles Romana Paucar Arce contra juízes da 3ª Turma penal do Tribunal Superior de Justiça da província Callao, Peirano Sanchez, Benavides Vargas, Milla Aguilar, ao afetar seu direito a ser julgado em um prazo razoável. STC 0295-2012-PHC. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/00295-2012-HC.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

³⁰² Caso *Barreto Leiva v. Venezuela*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_ing.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2016.

Supremo Tribunal Federal ao julgar os embargos infringentes da Ação Penal 470 em 2013³⁰³.

Ainda, da mesma forma, as garantias processuais, especialmente na seara penal, como a vedação ao *non bis in idem* e a garantia da individualização das penas, foram abordadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Loayza Tamayo v. Peru* de 1997³⁰⁴ e pelo *Conseil Constitutionnel* francês nas *Décisions* 80-127 DC de 1980³⁰⁵ e 84-181 DC de 1984³⁰⁶.

Ademais, esta troca interativa entre sistemas autônomos, impede que a ideia de hierarquia entre as ordens nacionais e transnacionais seja excluída integralmente, sobretudo

³⁰³ No caso, o STF admitiu a interposição de embargos infringentes em face de decisão que “condenara diversas pessoas pela prática de esquema a abranger, dentre outros crimes, peculato, lavagem de dinheiro, corrupção ativa e gestão fraudulenta. (...) o Ministro Celso de Mello proferiu voto de desempate no sentido de admitir a possibilidade de utilização, na espécie, dos embargos infringentes (RISTF, art. 333, I), desde que existentes, pelo menos, quatro votos vencidos, acompanhando a divergência iniciada pelo Ministro Roberto Barroso. Considerou, em sua manifestação, que o art. 333, I, do RISTF não sofrera, no ponto, derrogação tácita ou indireta em decorrência da superveniente edição da Lei 8.038/90, que se limitara a dispor sobre normas meramente procedimentais concernentes a causas penais originárias, indicando-lhes a ordem ritual e regendo-as até o encerramento da instrução probatória. (...) Assinalou, também, que a regra consubstanciada no art. 333, I, do RISTF buscaria permitir a concretização, no âmbito desta Corte, no contexto das causas penais originárias, do postulado do duplo reexame, que visa a amparar direito consagrado na Convenção Americana de Direitos Humanos, na medida em que realizaria, embora insuficientemente, a cláusula da proteção judicial efetiva. Sublinhou, por fim, que o referido postulado seria invocável mesmo nas hipóteses de condenações penais em decorrência de prerrogativa de foro, formuladas por Estados que houvessem formalmente reconhecido, como obrigatória, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desse tratado internacional”. Ação Penal 470. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo720.htm#AP 470/MG: embargos infringentes e admissibilidade — 16](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo720.htm#AP_470/MG:_embargos_infringentes_e_admissibilidade—16)>. Acesso em: 6 fev. 2016.

³⁰⁴ No caso, a Sra. Loayza foi presa arbitrariamente, sem determinação judicial, sob o argumento de integrar o grupo Sendero Luminoso. Na época, vigorava no Peru a proibição do uso de *habeas corpus*. A Corte ressaltou, de acordo com o que já havia sustentado nas Opiniões Consultivas 08/87 e 09/97, que o HC não pode ser restringido nem nos períodos de suspensão de garantias. Ademais, Loayza foi absolvida na Justiça Militar pelo crime de traição à pátria, mas condenada, depois, na Justiça Comum, pelo crime de terrorismo, em violação à garantia do *non bis in idem*. A Corte enfatizou que a CADH é mais benéfica para o acusado do que o PIDCP no que diz respeito ao *bis in idem*, uma vez que a CADH proíbe o segundo processo “pelos mesmos fatos”, e, o PIDCP proíbe o segundo processo “pelo mesmo crime”. Caso *Loayza Tamayo v. Peru*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2016.

³⁰⁵ Na Decisão 80-127 DC de 1980, o *Conseil Constitutionnel* não apenas deixa claro que o princípio da individualização das penas é um princípio reconhecido pelas leis fundamentais da República francesa de 1958, como também assevera que o legislador nacional tem a obrigação de aclarar os vernáculos legais referentes às infrações para eliminar qualquer ambiguidade que possa resultar em atos de arbitrariedade evitando penas notoriamente excessivas e desnecessárias. *Décision* 80-127 DC. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-7928.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

³⁰⁶ Na Decisão 84-181 DC de 1984, o *Conseil Constitutionnel* não apenas reforça que o princípio da individualização das penas e o princípio da legalidade, ambos esculpidos nos artigos 8º e 11º da *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 são princípios reconhecidos pelas leis fundamentais da República francesa de 1958, mas também, e indo além da interpretação estrita dos princípios expressos na *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789, chega a afirmar que o pluralismo também é princípio de valor constitucional, superior às leis, independentemente de não estar escrito em nenhum documento legal ou declaração de valor fundamental, pois já reproduz os ideais da *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789. *Décision* 84-181 DC. Disponível em: <[http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/ root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-8135.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-8135.pdf)>. Acesso em: 6 fev. 2016.

quando devemos observar tanto a heterogeneidade, quanto a permanência de certa estrutura entre esses sistemas³⁰⁷.

Neste sentido, o sigilo de dados de pessoas investigadas ou monitoradas pelo Estado, foi analisado pela Corte Europeia de Direitos Humanos em *Klass and Others v. Germany* de 1978³⁰⁸ e em *Malone v. The United Kingdom* de 1984³⁰⁹ — que discutiu a possibilidade de as autoridades estatais monitorarem a correspondência e as ligações telefônicas, sem terem obrigação de comunicar aos afetados pelas medidas —, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia em *Tele2 Sverige AB v. Post-och telestyrelsen* e *Secretary of State for the Home Department v. Tom Watson and others* de 2016³¹⁰ — ao vedar a retenção de dados privados de

³⁰⁷ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 46-306.

³⁰⁸ No caso, a Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que nas sociedades democráticas, as medidas de segurança por monitoramento adotadas pelas autoridades estatais devem corresponder aos valores fundamentais das nações civilizadas, bem como devem atender aos limites da necessidade na aceção da Convenção Europeia de Direitos Humanos, de forma a proporcionar garantias aos direitos dos indivíduos afetados. Além disso, a CEDH pontua que um dos princípios fundamentais de uma sociedade democrática, é que toda e qualquer interferência do Estado nos direitos individuais está sujeita a um controle eficaz pela autoridade judicial independente e imparcial, sobretudo porque os poderes de vigilância secreta sobre os cidadãos que caracterizam o chamado “Estado Policial” não são mais admitidos. Contudo, a Corte entendeu que o legislador alemão gozaria de certa margem de apreciação para definir a forma em que o sistema de vigilância será executado, tendo em vista ser objetiva a responsabilidade do Estado em assegurar o justo equilíbrio entre a necessidade da medida e o direito individual. Caso *Klass and Others v. Germany*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57510>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

³⁰⁹ Em *Malone v. The United Kingdom*, o recorrente, Sr. James Malone estava sendo investigado pela prática de crimes, quando teve suas ligações telefônicas interceptadas pela polícia Britânica. Diante disso, o Sr. Malone levou a questão à Corte Europeia de Direitos Humanos, alegando violação à vida privada e ao sigilo de dados. Assim, a CEDH entendeu que toda legislação restritiva, deve dispor com razoável clareza sobre os elementos essenciais relacionados aos poderes de investigação conferidos às autoridades judiciais e policiais para o monitoramento e interceptação telefônica de seus nacionais. Diante disso, a Corte entendeu que a seção 80 do *Post Office Act* de 1969, referente à interceptação de comunicações telefônicas para fins de investigação policial, viola a ConEH, uma vez que obscura e ambígua, dando margem à dupla interpretação, não atendendo, portanto, o grau mínimo de proteção jurídica a que os cidadãos têm direito sob o *rule of law* em uma sociedade democrática. Caso *Malone v. The United Kingdom*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57533>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

³¹⁰ Nos casos, o Tribunal de Justiça da União Europeia, entendeu que toda legislação nacional que prescrever de forma ampla, indiscriminada, irrestrita e sem duração definida, a retenção de dados privados para o combate de crimes de alta periculosidade e do crime organizado, está em descompasso com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Diante disso, a Corte reiterou que a legislação nacional concernente a retenção de dados privados pelas autoridades competentes, deve ser clara e específica quanto às categorias de dados a conservar, o tempo de duração que essas informações ficarão armazenadas e os indivíduos alvos da medida, sob pena de exceder os limites do estritamente necessário, violando-se as normas esculpidas na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Segundo o TJUE “As regards the access of the competent national authorities to the retained data, the Court confirms that the national legislation concerned (...) must be based on objective criteria in order to define the circumstances and conditions under which the competent national authorities are to be granted access to the data. Access can, as a general rule, be granted, in relation to the objective of fighting crime, only to the data of individuals suspected of planning, committing or having committed a serious crime or of being implicated in one way or another in such a crime(...) Further, the Court considers that it is essential that access to retained data should, except in cases of urgency, be subject to prior review carried out by either a court or an independent body. In addition, the competent national authorities to whom access to retained data has been granted must notify the persons concerned of that fact. Given the quantity of retained data, the sensitivity of that data and the risk of unlawful access to it, the national legislation must make provision for that data to be retained within the EU and for the irreversible destruction of the data at the end of the retention period”. Casos *Tele2 Sverige AB v. Post-och telestyrelsen* e *Secretary of State for the Home Department v. Tom Watson and others*. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-12/cp160145en.pdf>>. Acesso em: 6 jan. 2017.

forma ampla e sem prazo definido, para o combate de crimes de alta periculosidade e do crime organizado —, pela Suprema Corte norte-americana em *Riley v. California* de 2014 e em *United States v. Wurie* também de 2014³¹¹ —, ao entender pela invalidade da busca e apreensão de conteúdos digitais de telefone celular durante a prisão, sem mandado judicial — e, na atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2859, ao analisar o acesso a dados bancários dos contribuintes pela Receita Federal, sem necessidade de autorização judicial³¹².

Já a inviolabilidade do escritório de advocacia e a preservação do sigilo profissional do advogado, da mesma maneira, foram enfrentadas pela Corte Europeia de Direitos Humanos no recentíssimo caso *Versini-Campinchi and Crasnianski v. France* de 2016³¹³ —, ao entender que a interceptação de conversa telefônica entre advogado e cliente não viola direito à vida privada —, e pelo Supremo Tribunal Federal no Inquérito 2424/2010 —, ao entender que não há a inviolabilidade do escritório de advocacia quando o próprio advogado seja suspeito da prática

³¹¹ Em *Riley v. California* e em *United States v. Wurie* julgados em 2014, a Suprema Corte norte-americana entendeu que a busca e apreensão de conteúdos digitais de um telefone celular durante a prisão, sem mandado judicial seria inconstitucional (os casos *overruled Chimel v. California* de 1969, em que a Corte entendeu que ao efetuar uma prisão, os oficiais da polícia não podem examinar toda a casa sem um mandado de busca e apreensão, embora possam pesquisar a área ao redor da pessoa, a fim de proteger os indícios ou a segurança dos oficiais). Caso *Riley v. California*. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132_819c.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2016.

³¹² O caso tratava, na verdade, do julgamento conjunto de cinco processos, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2859, 2390, 2386 e 2397, e o Recurso Extraordinário (RE) 601314, que questionavam dispositivos da Lei Complementar (LC) 105/2001, que permitem à Receita Federal receber dados bancários de contribuintes fornecidos diretamente pelos bancos. No caso o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que da LC 105/2001, que permite à Receita Federal receber dados bancários de contribuintes fornecidos diretamente pelos bancos, sem prévia autorização judicial, não resulta em quebra de sigilo bancário, mas sim em transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros. A transferência de informações é feita dos bancos ao Fisco, que tem o dever de preservar o sigilo dos dados, portanto não há ofensa à Constituição Federal. STF. Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2859, 2390, 2386 e 2397 e RE 601314. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo= 310670>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

³¹³ *Versini-Campinchi and Crasnianski v. France* deriva da gravação devidamente autorizada pela autoridade judicial da conversa do Sr. Christian Picart — diretor da Districoupe e da Buffalo Grill, acusadas de romper um embargo do Governo francês às importações de carne bovina do Reino Unido, que passava por um grande surto da “doença da vaca louca” —, com seus advogados Jean-Pierre Versini-Campinchi e Tania Crasnianski. Por conta da interceptação telefônica, restou demonstrado que Versini-Campinchi e Crasnianski cometeram infrações penais, civis e administrativas, o que levou inclusive a uma suspensão da licença para advocacia. Assim, após discutir a questão perante as Cortes francesas, a demanda foi analisada pela Corte de Estrasburgo, que entendeu que a interceptação telefônica de advogados com seu cliente, não constituiria interferência ilegal no direito à vida privada, sendo medida proporcional tomada pela França com o fim de alcançar um objetivo legítimo — a prevenção de desordem — e necessário em uma sociedade democrática. Caso *Versini-Campinchi and Crasnianski v. France*. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-163612"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>. Acesso em: 20 jun. 2016.

de crime, especialmente quando cometido no local de trabalho sob fundamento do livre exercício da profissão^{314,315}.

Portanto, com esteio neste modelo de construção transnacional de decisões judiciais, pode-se entender que, na complexa sociedade internacional cosmopolita, os meios juridicamente legítimos de coadjuvação entre Cortes locais, estrangeiras, supranacionais e internacionais, devem ser orientados a partir de instrumentos que permitam maior uniformidade, legitimidade e racionalidade na atuação das Cortes, com a compreensão mútua dos critérios jurídicos utilizados pelas ordens envolvidas, evitando interferências ilegítimas entre ordens jurídicas e a interrupção no processamento da abertura cognitiva, que impossibilita a absorção dos elementos entre ordens jurídicas, com a obstrução à abertura normativa³¹⁶.

Exatamente nesse sentido, que a vedação à pena de morte foi analisada pela Suprema Corte norte-americana em *Roper v. Simmons* de 2005^{317,318} e *Atkins v. Virginia* de 2002^{319,320},

³¹⁴ Inquérito 2424/2010. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=481962>. Acesso em: 6 fev. 2016.

³¹⁵ Cabe destacar que a Lei 8906/94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), no artigo 7º, II, após a alteração trazida pela Lei 11.767/2008, traz o direito do advogado de ter respeitado, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca ou apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representante da OAB. Contudo, presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade, em decisão motivada, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes. Esta ressalva, todavia, não se estende a clientes do advogado averiguado que estejam sendo formalmente investigados como seus partícipes ou coautores pela prática do mesmo crime que deu causa à quebra da inviolabilidade. RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 577-578.

³¹⁶ LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 59-152.

³¹⁷ No caso *Roper v. Simmons*, Christopher Simmons tinha 17 anos em 1993, quando ele e um grupo de amigos assassinaram uma mulher em Missouri. Simmons foi preso e confessou à polícia. Poucos meses depois, uma vez que ele tinha 18 anos, foi julgado como um adulto, condenado e sentenciado à morte. A Suprema Corte norte-americana entendeu, com base na Oitava Emenda, que a punição era cruel e incomum. O Juiz Kennedy, no caso *Roper v. Simmons* reconheceu que os tribunais norte-americanos devem tomar em conta a opinião internacional contra a pena de morte juvenil. Caso *Roper v. Simmons*. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/543bv.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2016.

³¹⁸ WALDRON, Jeremy. Foreign law and the modern *Ius gentium*. **Harvard Law Review**, v. 119, 2005, p. 129.

³¹⁹ Em *Atkins v. Virginia*, questionava-se a aplicação da oitava emenda e a respectiva proibição de “penas cruéis e atípicas” a um condenado portador de deficiência mental. A Corte, por um placar de seis votos a três, decidiu que essas sanções eram proibidas pela Constituição e rejeitadas pela comunidade global. Caso *Atkins v. Virginia*. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/536bv.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2016. Vide também JACKSON, Vicki. Progressive constitutionalism and transnational Legal Discourse. In: BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. (Eds.). **The Constitution in 2020**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

³²⁰ A Suprema Corte norte-americana em *Hall v. Florida* de 2014, reduziu a discricionariedade dos Estados norte-americanos para definição do conceito de “deficiência mental”. Em *Atkins v. Virginia*, os juízes da Suprema Corte, apesar de proibirem a pena de morte a um condenado portador de deficiência mental, atribuíram aos Estados o poder de definir tal conceito de “deficiência mental”, para os fins de aplicação da pena de morte. Em *Hall v. Florida*, a Suprema Corte entendeu que os Estados não podem apenas levar em conta apenas o QI (Quociente de Inteligência), em situações limítrofes de incapacidade intelectual, devendo considerar outras evidências para

pelo Tribunal Constitucional sul-africano em *State v. Makwanyane* de 1995³²¹, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em *Raxcacó Reyes v. Guatemala*³²² e na Opinião Consultiva 3/1983³²³, e, pela Corte Europeia de Direitos Humanos em *Soering v. The United Kingdom* de 1989³²⁴.

Da mesma maneira, a vedação às penas degradantes, à tortura e à detenção indefinida de indivíduos, foi discutida pela Suprema Corte norte-americana, em *Hamdan v. Rumsfeld* de 2006³²⁵, pelo *Conseil Constitutionnel* francês na *Décision 92-307 DC* de 1992³²⁶, pela *Australian High Court* em *Al-Kateb v. Godwin* de 2004³²⁷, pelo Tribunal Constitucional sul-

configurar a “deficiência mental”. Caso *Hall v. Florida*. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/12-10882_kkg1.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2016.

³²¹ *State v. Makwanyane* de 1995, foi um *landmark judgement* que estabeleceu que a pena de morte era incompatível com o compromisso da Constituição Provisória sul-africana com os Direitos Humanos. A decisão do Tribunal Constitucional sul-africano invalidou a seção 277 (1) (a) do *Criminal Procedure Act 51* de 1977, que previa a pena de morte. Caso *State v. Makwanyane*. Disponível em: <<http://www.constitutionalcourt.org.za/uhtbin/hyperion-image/J-CCT3-94>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

³²² *Raxcacó Reyes v. Guatemala* tratava da condenação à pena de morte do Sr. Roland Raxcacó Reyes, com base no artigo 201 do Código Penal da Guatemala. A CIDH determinou que a Guatemala modificasse, em tempo razoável, o artigo 201 do seu Código Penal, e, da mesma forma, adotasse outras medidas, como tornar sem efeito a pena imposta ao Sr. Raxcacó Reyes, uma vez que em desacordo com a CADH. Caso *Raxcacó Reyes v. Guatemala*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serice-133_esp.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2016.

³²³ A Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva 3, de 8 de setembro de 1983, entendeu pela proibição absoluta da pena de morte, ainda que o Estado tenha feito reservas a essa previsão na Convenção Americana de Direitos Humanos. *Advisory Opinion OC-3/1983*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_03_ing.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2016.

³²⁴ No caso, o Sr. Jens Soering, cidadão alemão, havia cometido um homicídio nos Estados Unidos e havia fugido para a Inglaterra. Os Estados Unidos, assim, requereram a extradição de Soering. A CEDH foi acionada por Soering, que argumentou em seu pedido, para negação da extradição, a violação do artigo 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que impede a extradição de pessoa que no país destinatário venha sofrer (ou haja grande risco de sofrer) tortura ou pena ou tratamento cruel e degradante. A CEDH entendeu que a forma de execução da pena de morte pode vir a constituir uma pena cruel, levando em consideração as circunstâncias pessoais do condenado. No caso, a Corte ressaltou a idade (Soering tinha apenas 18 anos quando cometeu o crime) e seu estado mental e, por este motivo, por unanimidade, entendeu que a extradição de Soering violaria o artigo 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Soering só foi extraditado mais tarde, quando os Estados Unidos aceitaram em assegurar uma série de direitos a Soering, para que este, em seu Estado, não fosse condenado à pena de morte. Caso *Soering v. The United Kingdom*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57619>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

³²⁵ Em *Hamdan v. Rumsfeld* de 2006, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a *Detainee Treatment Act* de 2005, que tratava das comissões militares da Baía de Guantánamo e seus detentos, violava as Convenções de Genebra de 1949. Caso *Hamdan v. Rumsfeld*. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/05pdf/05-184.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

³²⁶ Na Decisão 92-307 DC de 1992, o *Conseil Constitutionnel* estabeleceu que os estrangeiros não podem ficar detidos por tempo indeterminado, ainda que a ordem de detenção tenha sido proferida por autoridade competente. Além disso, o *Conseil Constitutionnel* também deixou claro que só cabe à autoridade judiciária, guardiã da liberdade individual, autorizar ou suspender de imediato essa detenção e nas condições previstas na legislação pertinente. *Décision 92-307 DC*. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/anglais/a92307dc.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2016.

³²⁷ Em *Al-Kateb v. Godwin* de 2004, a *High Court* entendeu que o *Migration Act* de 1958, que autorizava a detenção indefinida de imigrantes ilegais era válido. O caso envolvia a prisão de Al-Kateb, um palestino nascido no Kuwait, que requereu e teve negado o visto temporário ao se mudar para a Austrália em 2000. Caso *Al-Kateb v. Godwin*. Disponível em: <<http://eresources.hcourt.gov.au/showCase/2004/HCA/37>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

africano em *Centre for Child Law v. Minister for Justice and Constitutional Development and others* de 2009³²⁸, pelo Tribunal Constitucional (*Council of Grand Justices of the Judicial Yuan*) de Taiwan nas *Interpretations 384*³²⁹ e *392*³³⁰, e, pela Corte Europeia de Direitos Humanos em *Ireland v. The United Kingdom* de 1978³³¹ e *Chahal v. The United Kingdom* de 1997^{332,333}.

Ademais, a internação compulsória de portadores de deficiência mental, sem obediência ao devido processo legal, também foi enfrentada, com posições distintas, pela Suprema Corte norte-americana em *Vitek v. Jones* de 1980³³⁴, pela Corte Europeia de Direitos Humanos em *Winterwerp v. The Netherlands* de 1979³³⁵, *X. v. The United Kingdom* de 1981³³⁶, *Lashin v.*

³²⁸ Em *Centre for Child Law v. Minister for Justice and Constitutional Development and others* de 2009, o Tribunal Constitucional sul-africano, entendeu pela invalidade do *Criminal Law (Sentencing) Amendment Act 38 (2007)* que traz “sentenças mínimas” para determinados crimes graves cometidos por jovens entre 16 e 17 anos de idade, uma vez que violaria os princípios do melhor interesse dos jovens e crianças, que só devam ser detidas como último recurso e pelo menor período de tempo, e da individualização da pena, na forma da seção 28 da Constituição sul-africana. Caso *Centre for Child Law v. Minister for Justice and Constitutional Development and others*. Disponível em: <<http://www.constitutionalcourt.org.za/uhtbin/hyperion-image/S-CCT98-08>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

³²⁹ Na *Interpretation 384*, o Tribunal Constitucional derrubou a possibilidade de prisão administrativa de pessoas consideradas *hooligans* sem mandato judicial, previsto na *Anti-hooligan Law*. GINSBURG, Tom. Confucian Constitutionalism? Globalization and Judicial Review in Korea and Taiwan. **Law and Social Inquiry**, v. 27, n. 4, 2002, p. 763-800.

³³⁰ Na *Interpretation 392*, o Tribunal Constitucional derrubou a autorização para detenção de civis sem mandato judicial. GINSBURG, loc. cit.

³³¹ Em *Ireland v. The United Kingdom* de 1978, a Corte Europeia de Direitos Humanos chega à conclusão de que o método de interrogação conhecido por “*the five techniques*” constitui em uma violação ao artigo 3º da *European Convention on Human Rights* por se tratar de uma prática de tratamento desumano e degradante, mas não de tortura, por entender que a *European Convention on Human Rights* faz uma distinção entre os dois termos, atribuindo ao ato da tortura uma categoria especial. Caso *Ireland v. The United Kingdom*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57506>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

³³² Em *Chahal v. The United Kingdom* de 1997, a Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que o direito de não ser torturados ou submetidos a tratamento desumano ou degradante, implicitamente veda a deportação de estrangeiros para Estados em que há risco real de submissão a tais práticas. Caso *Chahal v. The United Kingdom*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58004>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

³³³ CRAIG, Paul; BÚRCA, Gráinne de. **Eu law**: text, cases and materials. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 852-999.

³³⁴ Em *Vitek v. Jones* de 1980, a Suprema Corte norte-americana entendeu que a legislação de Nebraska, ao prever a transferência de condenado, sem notificação prévia, da prisão para hospital psiquiátrico, seria inconstitucional, por violar o devido processo legal e a Décima Quarta Emenda. Caso *Vitek v. Jones*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/445/480/case.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

³³⁵ *Winterwerp v. The Netherlands*, envolvia a internação compulsoriamente de cidadão holandês em hospital psiquiátrico, com base no *Mentally Persons Act*, sem respeitar as garantias processuais devidas. Diante disso, a Corte Europeia de Direitos Humanos concluiu que, mesmo para as pessoas acometidas de enfermidades mentais graves, a detenção só se justifica em casos de emergência, bem como é necessária a realização de perícia médica objetiva para se determinar se é realmente um caso de demência incapacitante. Ademais, embora não haja uma noção definitiva para a expressão “pessoa mentalmente incapaz”, isso não significa dizer que os Estados podem, em casos de urgência, manter presas pessoas consideradas psicóticas e violentas, sem que um laudo técnico tenha sido proferido por um médico especialista para se determinar se realmente se trata de uma enfermidade incapacitante. Por tudo isso, considerou que houve violação à Convenção Europeia de Direitos Humanos. Caso *Winterwerp v. The Netherlands*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57597>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

³³⁶ *X. v. The United Kingdom* de 1981, também tratava da internação compulsoria em hospital psiquiátrico. O caso envolvia o pedido de familiares de cidadão britânico, que veio a óbito no ano 1979, em face da detenção do *de cuius* entre abril de 1974 até o ano de 1977, no hospital psiquiátrico *Broadmoor* para contenção de criminosos com transtornos psiquiátricos à égide do *Mental Health Act* de 1959. A Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu

Rússia de 2013³³⁷ e *Červenka v. The Czech Republic* de 2016³³⁸, e, pelo *Conseil Constitutionnel* francês na *Décision 2008-562 DC* de 2008³³⁹.

Da mesma forma, a detenção de pessoas específicas sob o argumento de perigo à população e a restrição à circulação de pessoas acusadas de terrorismo, também foram questionados pela *Australian High Court* em *Kable v. Director of Public Prosecutions* de 1996³⁴⁰, e pela Corte Europeia de Direitos Humanos em *A. v. The United Kingdom* de 2009^{341,342} e *Nada v. Switzerland* de 2012³⁴³.

pela violação da Convenção Europeia de Direitos Humanos, esclarecendo que mesmo nos casos de urgência, para uma pessoa continuar detida por ser considerada psicótica e violenta, é imprescindível a existência de um laudo proferido por um médico especialista, para se determinar se essa enfermidade incapacitante é real. Caso *X. v. The United Kingdom*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57602>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

³³⁷ No caso *Lashin v. Russia*, a Corte Europeia de Direitos Humanos, indicou que além do dever de respeitar o procedimento estabelecido na lei interna e o princípio da necessidade, a fim de evitar arbitrariedades, a internação compulsória de pessoas mentalmente incapazes deve respeitar três critérios adicionais: (i) deve ser satisfatoriamente provado que a pessoa é de fato mentalmente debilitada; (ii) o transtorno mental deve ser de tal natureza e gravidade que o confinamento obrigatório se torne necessário; e (iii) a legalidade da continuidade da internação depende da persistência da desordem mental do paciente. Caso *Lashin v. Russia*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-116020&filename=001-116020.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

³³⁸ O caso remonta à internação compulsória, de Jaroslav Červenka, após sentença judicial que decidiu pela perda da capacidade jurídica do autor, que sofreria de “demência alcoólica”, uma deficiência mental permanente que torna o indivíduo incapaz de realizar quaisquer atos da vida civil por conta própria. O autor alegou que estava sendo detido contra a sua vontade, por período indeterminado de tempo, mas nenhuma medida foi tomada pelas autoridades locais, tendo inclusive, levado a questão sido levada ao Tribunal Constitucional da República Tcheca. A Corte Europeia destacou que a internação de pessoas mentalmente incapacitadas não pode ser arbitrária, devendo seguir um procedimento previamente estabelecido na lei interna do país. Além disso, a detenção de um indivíduo só se justifica quando outras medidas menos intrusivas foram consideradas e se revelaram insuficientes ou inadequadas para proteger o indivíduo ou o interesse público. Caso *Červenka v. The Czech Republic*. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-167125\"\]}>](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)>. Acesso em: 6 fev. 2016.

³³⁹ Na Decisão 2008-562 DC de 2008, o Conselho Constitucional francês entendeu pela validade da *loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, que, dentre outros dispositivos, vedava a liberdade condicional a pessoas com risco significativo de reincidência, tomando como base precedentes semelhantes do *Bundesverfassungsgericht*. *Décision 2008-562 DC*. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2008/2008-562-dc/version-en-anglais.88257.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

³⁴⁰ *Kable v. Director of Public Prosecutions* de 1996 envolvia a validade da *Community Protection Act* de 1994, aprovada pelo parlamento de New South Wales, que autorizava a *Supreme Court of New South Wales* deter pessoas específicas, por um tempo determinado, sob o argumento de que possam causar significativo perigo à população. A *High Court* entendeu pela inconstitucionalidade da legislação, uma vez que a legislação estadual criava poderes que seriam incompatíveis com o papel institucional das Cortes estaduais. FOLEY, Kathleen E. *Australian Judicial Review*. **Washington University Global Studies Law Review**, v. 6, n. 2, 2007, p. 281-338.

³⁴¹ Em *A. v. The United Kingdom* de 2009, a Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que violaria a equidade processual, a ausência de conhecimento pelos suspeitos de terrorismo, das acusações a estes imputadas. Como resultado dessa decisão a *House of Lords* se afastou da sua própria decisão em *Secretary of State for the Home Department v. MB* de 2007 e em *Secretary of State for the Home Department v. AF* de 2009, passando a se entender como obrigada a seguir a linha jurisprudencial da Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso *A v. The United Kingdom* de 19 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91403>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

³⁴² ELLIOTT, Mark. Interpretative Bills of Rights and the Mystery of the Unwritten Constitution. **New Zealand Law Review**, n. 4, 2011, p. 591-623.

³⁴³ No caso, o egípcio Youssef Moustafa Nada, ex-presidente do Banco al Taqwa, foi inserido pelos Estados Unidos na lista negra do terror da *United Nations Security Council Resolution 1267* em 2001, acusado de ter financiado as atividades da Al Qaeda, sem que tivesse acesso aos documentos que sustentavam as acusações e sem o direito

Desse modo, pode-se afirmar que, em face dessas racionalidades transversais, que preceituam o respeito à pluralidade de perspectivas de observação, as diversas concepções contemporâneas do constitucionalismo, exigem a vinculação da razão transversal com a manutenção da pluralidade, sobretudo diante do perigo do isolamento sistêmico³⁴⁴.

É o que se observa na questão da liberdade de imprensa e de informação, que foi enfrentada por diversas Cortes, como a Corte Europeia de Direitos Humanos em *Lingens v. Austria* de 1986³⁴⁵ e a Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos *Kimel v. Argentina* de 2008³⁴⁶ e *Herrera Ulloa v. Costa Rica* de 2005³⁴⁷ — ao afirmar que a liberdade de expressão é fundamental para a reconstrução histórica do passado e para a formação de uma opinião pública crítica —; a Suprema Corte de Uganda no caso *Obbo and Another v. Attorney General*

a um remédio processual efetivo para retirada de seu nome da citada lista. A acusação dos EUA afetou sua vida na Suíça, nomeadamente o seu patrimônio, a reputação, a honra e a capacidade de mover-se livremente. As investigações suíças e italianas não encontraram evidências que sustentassem as acusações dos Estados Unidos, e, em 2009, tanto a Suíça quanto a Itália pediram ao Comitê de Terrorismo da ONU para retirar o nome de Nada da lista negra do terror do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Os EUA concordaram com a retirada do nome de Nada da lista negra do terror em 24 de setembro de 2009, mas manteve Nada na *U.S. Treasury list* sob a *Executive Order* 13224. Em 2008, Nada levou a questão à Corte Europeia de Direitos Humanos, em Estrasburgo, e, em 12 de setembro de 2012 a CEDH decidiu que os Direitos Humanos de Nada tinham sido violados no contexto da Convenção Europeia de Direitos Humanos, especialmente o direito à privacidade, honra e reputação, e o direito a um remédio efetivo. Nesta decisão, o governo da Suíça foi condenado a pagar 30 mil euros em perdas e danos. Caso *Nada v. Switzerland*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-113118>>. Acesso em: 14 de jan. 2016.

³⁴⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 1-62.

³⁴⁵ No caso, o Sr. Lingens, jornalista austríaco e editor da revista *Profil*, alegou que teve sua liberdade de expressão violada diante das decisões da *Vienna Regional Court* e da *Vienna Court of appeal*, que o condenaram pelo crime de difamação por ter escrito os artigos *The Peter Case (Der Fall Peter)* e *Reconciliation with the Nazis, but how?*, nos quais fez o uso de expressões que supostamente teriam atingido a reputação do Sr. Kreisky. Assim, a demanda é levada à Corte Europeia de Direitos Humanos, que destaca que a liberdade de imprensa, assegurada pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, constitui um dos fundamentos essenciais para a autorrealização de uma sociedade democrática. Assim, a CEDH entendeu que no caso houve violação à liberdade de imprensa e de expressão, condenando a República da Áustria, por entender que as expressões utilizadas pelo Sr. Lingens em seus artigos contra o Sr. Kreisky não extrapolavam os limites da crítica aceitável dentro do debate político de uma sociedade democrática, tendo em vista que os comentários guardam conexão com assuntos de interesse público, de fatos notórios como os crimes cometidos pelo regime nazista, e se dirigiam a um agente político que conscientemente se expõe à crítica do público em geral. Caso *Lingens v. Austria*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57523>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

³⁴⁶ O caso *Kimel v. Argentina* se origina da crítica do historiador, jornalista e escritor Eduardo Kimel, ao papel do Poder Judiciário durante a ditadura argentina na obra “O Massacre de São Patrício”. Por conta da obra, Kimel foi acionado e condenado penalmente pelas Cortes argentinas, pela prática de crimes contra a honra, sendo mantida a condenação pela Suprema Corte de Justiça. A Corte Interamericana de Direitos Humanos reafirmou o conceito da liberdade de expressão como um direito fundamental para uma sociedade democrática, responsabilizando internacionalmente o Estado Argentino, que teria violado o direito à liberdade de expressão. Caso *Kimel v. Argentina*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_ing.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2016.

³⁴⁷ No caso *Herrera Ulloa v. Costa Rica* de 2005, a Corte enfatizou que a função democrática da liberdade de expressão é uma condição necessária para prevenir os sistemas autoritários e para facilitar a autodeterminação pessoal e coletiva. Caso *Herrera Ulloa v. Costa Rica*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_ing.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2016.

de 2004³⁴⁸, a Suprema Corte do Japão nos casos *Evening Wakayama News* e *Hoppo Journal* de 1969³⁴⁹ e a *Court of Final Appeal* de Hong Kong no caso *Cheng Albert v. Tse Wai Paul* de 2000³⁵⁰ — ao estabelecer a relação intrínseca entre liberdade de expressão e funcionamento da democracia —; o Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815³⁵¹ — ao declarar inexigível a autorização prévia para a publicação de biografias —; e o *Bundesverfassungsgericht* alemão, no caso *Lüth* de 1958³⁵², ao destacar o especial significado que se atribui ao direito de livre manifestação de opinião também nos casos em que ele se confronta com interesses privados.

A liberdade de expressão e da imprensa, também foram enfrentadas pela Suprema Corte norte-americana em *New York Times v. Sullivan* de 1964^{353,354} e *New York Times v. United*

³⁴⁸ No caso *Obbo and Another v. Attorney General* de 2004, a Suprema Corte de Uganda entendeu pela inconstitucionalidade da seção 50 do Código Penal de Uganda, que criminaliza a publicação de notícias falsas, dada a excessiva vagueza do tipo penal, o que impossibilitaria uma restrição ao direito de liberdade de expressão. BUSSEY, Erica. Constitutional dialogue in Uganda. *Journal of African law*, v. 49, n. 1, 2005, p. 1-23.

³⁴⁹ No caso *Evening Wakayama News*, a Suprema Corte entendeu que o editor que publicou matéria, que acreditava fielmente, por engano, na existência dos fatos declarados, não responde pelo crime de difamação, desde que possuísse bons motivos para a crença no erro por força de fonte confiável de informação. Tal previsão pôde ainda ser observada no caso *Hoppo Journal*, ao conferir uma interpretação constitucional sobre o Código Penal japonês. SAKAGUCHI, Shojiro. Major constitutional developments in Japan in the first decade of the twenty-first century. In: CHEN, Albert H. Y. (Ed.). *Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 52-76.

³⁵⁰ No caso *Cheng Albert v. Tse Wai Paul*, julgado pela *Hong Kong Court of Final Appeal*, discutia-se a proteção da liberdade de expressão frente à acusação de difamação maliciosa. Segundo a Corte, a liberdade de expressão deve prevalecer, exceto se houver a falta de crença genuína na opinião expressada. CHAN, Johannes. Hong Kong's constitutional journey: 1997-2011. *Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century*. In: CHEN, Albert H. Y. Cambridge University Press, 2014, p. 169-193.

³⁵¹ O Supremo Tribunal Federal na ADIN 4815, entendeu pela inexigibilidade de autorização prévia para a publicação de biografias, dando interpretação conforme a Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de expressão, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença de pessoa biografada. O Ministro Luís Roberto Barroso destacou que o caso envolve uma tensão entre a liberdade de expressão e o direito à informação, de um lado, e os direitos da personalidade (privacidade, imagem e honra), do outro — e, no caso, ponderou essa tensão em favor da liberdade de expressão, que tem posição preferencial dentro do sistema constitucional. ADIN 4815. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=1016270>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

³⁵² SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 193-285.

³⁵³ Em *New York Times v. Sullivan* de 1964, a Suprema Corte norte-americana, interpretando a Primeira Emenda à Constituição, afirmou que o servidor público ou ocupante de cargo público, nas ações proposta contra a imprensa, devem provar não só que a acusação feita era falsa e nociva, mas também que o órgão de imprensa fez essa acusação com “malícia efetiva”, ou seja, que os jornalistas não só foram descuidados ou negligentes ao fazer as pesquisas para a reportagem, mas que também a publicaram sabendo que ela era falsa ou com “temerária desconsideração” (*reckless disregard*) pela falsidade das informações contidas, negando, assim, o pedido do delegado de polícia Sullivan, que acionou o Judiciário pedindo a condenação do *New York Times*, que teria publicado reportagem inverídica. Caso *New York Times v. Sullivan*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/case.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

³⁵⁴ A decisão da Suprema Corte impôs esse ônus somente aos servidores públicos, dando liberdade aos particulares nas ações indenizatórias contra a imprensa. A regra exposta em *Sullivan* foi atenuada em alguns julgados posteriores, como em *Curtis Publishing Company v. Butts* de 1967, *Gertz v. Robert Welch, Inc.* de 1974 e *Herbert v. Lando* de 1979. Em *Curtis Publishing Company v. Butts* de 1967, aplicou-se a mesma lógica de *Sullivan* a Wally

States de 1971³⁵⁵ e pela Corte Europeia de Direitos Humanos em *Stoll v. Switzerland* de 2007³⁵⁶ —, ao discutir os limites da atividade da imprensa —, pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 511961³⁵⁷ e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva 5 de 1985³⁵⁸ —, na questão da exigência do diploma de curso superior para o exercício da profissão de jornalista —, e, também, pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 130³⁵⁹, ao afirmar que os crimes contra honra praticados pela imprensa, não poderiam ser apenados de maneira mais gravosa que os demais crimes contra a honra.

Butts, técnico do time de futebol americano da Universidade da Geórgia, que fora acusado pelo Saturday Evening Post de revelar a tática de jogo da sua equipe ao técnico do Alabama, Bear Bryant, antes do grande jogo entre duas universidades, entendendo que Butts era uma “figura pública”, embora não ocupasse nenhum cargo público. Já no caso Gertz, a Corte criou uma categoria intermediária de proteção, decretando que, embora um advogado caluniado por uma publicação da John Birch Society não fosse uma figura pública, e, logo, não tivesse de arcar com o rigoroso ônus de ter de provar a malícia efetiva do caluniador, teria de provar que o réu teria sido pelo menos negligente ao publicar falsidades, pois as afirmações de que Gertz se queixava eram assuntos de interesse político. Por fim, em *Herbert v. Lando*, a Suprema Corte afirmou que a imprensa não poderia reter informações necessárias para que a vítima provasse que o réu violou a regra *Sullivan*, mesmo que a ré tenha que apresentar relatórios confidenciais, memorandos internos e outros materiais que autor necessitasse para provar a malícia efetiva. SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. **Revista Dialogo Jurídico**, Salvador, n. 16, maio/ago, 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/LIBERDADE_DE_EXPRESSO_O_PLURALISMO_E_O_PAPPE_L_PROMOCIONAL_DO_ESTADO.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2016.

³⁵⁵ Em *New York Times v. United States* de 1971, a Suprema Corte norte-americana entendeu que o Estado não tem o poder de censurar informações que julga política e diplomaticamente delicadas, como os *Pentagon Papers*. DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006, p. 324-325.

³⁵⁶ *Stoll v. Switzerland* envolvia o jornalista Martin Stoll, que publicou artigos sobre um documento confidencial preparado pelo Embaixador da Suíça para os Estados Unidos, contendo orientações sobre como o governo suíço deveria conduzir as negociações sobre ativos não reclamados de vítimas do Holocausto mantidos em bancos suíços, o que o levou a ser condenado a uma multa de 800 francos suíços. A Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que os artigos do Sr. Stoll teriam causado consideráveis danos para as autoridades suíças, especialmente ao usar certos trechos de informação de forma a induzir em erro os leitores, concluindo que a condenação do Sr. Stoll não teria violado o artigo 10 da ConEDH (liberdade de expressão). Caso *Stoll v. Switzerland*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83870>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

³⁵⁷ O Supremo Tribunal Federal entendeu que a Constituição Federal de 1988 não recepcionou o artigo 4º, V, do Decreto-lei 972/69, que exigia o diploma de curso superior de jornalismo, registrado pelo Ministério da Educação, para o exercício da profissão de jornalista. Apontou-se que o jornalismo seria uma profissão diferenciada, por sua vinculação ao pleno exercício das liberdades de expressão e informação. Disso se concluiu que a exigência de curso superior para a prática do jornalismo não estaria autorizada pela ordem constitucional, por consubstanciar uma restrição ao pleno, incondicionado e efetivo exercício da liberdade jornalística. RE 511961. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>. Acesso em: 6 fev. 2016.

³⁵⁸ A Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva 5, esclareceu que a garantia à liberdade de pensamento e de expressão, não é apenas um direito individual de se expressar, mas também inclui o direito da coletividade de receber informações. Assim, a Lei 4.420/69 da Costa Rica que exigia a afiliação obrigatória de jornalistas ao Conselho Profissional de Jornalistas, seria incompatível com os artigos 13 e 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que tratam da liberdade de expressão. *Advisory Opinion* OC-5/1985. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_ing.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2016.

³⁵⁹ O direito à liberdade de expressão, também foi analisado na ADPF 130, quando o STF entendeu pela não recepção parcial da Lei de Imprensa, visto que os crimes contra honra praticados pela imprensa, não poderiam ser apenados de maneira mais gravosa que os demais crimes contra honra. ADPF 130. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 6 fev. 2016.

Da mesma maneira, dentro da discussão sobre a liberdade de expressão, também cabe destaque para o direito ao acesso à informação por meio da difusão jornalística e de programas de rádio e de televisão, como se observa no caso *Informationsverein lentia; haider; arbeitsgemeinschaft offenes; weber; radio melody ges.m.b.h. v. Austria* de 1992³⁶⁰ julgado pela Comissão Europeia de Direitos Humanos, no caso *Bond van Adverteerders and others v. The Netherlands State* de 1988 analisado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia³⁶¹, nos casos *Red Lion Broadcaststin Co v. FCC* de 1969³⁶² e *CBS v. Democratic National Comitee* de 1973 julgados pela Suprema Corte norte-americana³⁶³, nos casos *Blinkfüer* de 1969 e *Wallraff* de

³⁶⁰ Em *Informationsverein lentia; haider; arbeitsgemeinschaft offenes; weber; radio melody ges.m.b.h. v. Austria*, os petionantes, Informationsverein Lentia, Jörg Haider, Arbeitsgemeinschaft Offenes, Radio (AGORA), Wilhelm Weber e Radio Melody Ges.m.b.H, alegam que o Sistema de transmissão de TV por assinatura e radiodifusão estaria em descompasso com a *European Convention on Human Rights*, em particular porque o *Telecommunications Act 170* de 1949 e a *Federal Law on the Functions and the Organisation of the Austrian Broadcasting Corporation 397* de 1974, criam um sistema de monopólio por não preverem qualquer processo de licenciamento para as estações privadas de radiodifusão, pondo em cheque toda a livre circulação de informações e opiniões voltadas a grupos minoritários que são imprescindíveis nas sociedades democráticas Contemporâneas. Assim, a Comissão Europeia de Direitos Humanos pontuou que o princípio da igualdade deve servir de bússola à supervisão europeia, conforme a prática jurídica dos Estados democráticos. Ademais, a Comissão Europeia de Direitos Humanos assinalou que a situação apontada configura tratamento discriminatório, pois careceria de objetivo legítimo e seria desproporcional. Caso *Informationsverein lentia; haider; arbeitsgemeinschaft offenes; weber; radio melody ges.m.b.h. v. Austria*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-57854>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

³⁶¹ O caso *Bond van Adverteerders and others v. The Netherlands State* de 1988, analisado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, tratava da análise de compatibilidade de ato do governo holandês, que veio a regulamentar a difusão de programas de rádio e de televisão a cabo, com as normas comunitárias relativas à livre prestação de serviços. O TJUE entendeu que cada Estado-membro tem competência para restringir ou proibir integralmente no seu território a publicidade televisiva, conquanto a limitação seja feita uniformemente a todos os prestadores desse serviço, ou seja, as emissoras nacionais e as emissoras estrangeiras. Contudo, no caso o Tribunal julgou que a regulamentação em comento estava em descompasso com as normas comunitárias, por entender que era uma medida claramente discriminatória, pois tinha objetivos de natureza econômica os quais não podem ser considerados uma justificativa válida, bem como que também era desproporcional aos fins que visava atingir. Caso *Bond van Adverteerders and others v. The Netherlands State*. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?td=ALL&language=en&jur=C,T,F&parties=BOND%20VAN>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

³⁶² No caso *Red Lion Broadcaststin Co. v. FCC* de 1969, a Suprema Corte norte-americana pronunciou-se pela constitucionalidade da *fairness doctrine*, asseverando que as emissoras atuavam como agentes fiduciários da sociedade em geral e, por isso, mais relevante que a sua liberdade, era o direito público de ter amplo acesso a informações e a posições variadas sobre temas controvertidos. A *fairness doctrine*, consistia em uma série de medidas que visavam a assegurar que as rádios e televisões destinassem parte da programação à cobertura de questões de interesse público, oferecendo oportunidades para apresentação de pontos de vista diversificados e conflitantes. Caso *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/367/case.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

³⁶³ No caso *CBS v. Democratic National Comitee* de 1973, a Corte entendeu que não havia violação à liberdade de expressão do *Democratic National Comitee*, pelo fato de a rede CBS ter se recusado a veicular matéria paga criticando a Guerra do Vietnam, negando, assim, a existência de direito amplo de acesso às rádios e televisões, entendendo que deveria ser protegida a discricionariedade editorial da emissora, garantida pela 1ª Emenda, o que demonstra um abandono da *fairness doctrine*, uma vez que, com a ampliação do número de rádios e televisões, o mercado teria se convertido em um meio de promoção da diversidade na esfera pública, superior ao intervencionismo estatal. Caso *CBS v. Democratic National Comitee*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/412/94/case.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

1984³⁶⁴ julgados pelo *Bundesverfassungsgericht*, e no papel do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 869³⁶⁵, ao garantir a pluralização do espaço público e o reconhecimento da importância da proteção e da promoção do pluralismo nos meios de comunicação, permitindo o debate público dinâmico e plural na esfera pública.

A Suprema Corte dos Estados Unidos em *Brandenburg v. Ohio* de 1969^{366,367}, *Collin v. Smith* de 1978^{368,369} e *R.A.V. v. St. Paul* de 1992^{370,371}, a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) v. Chile* de 2001³⁷², e a Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Mouvement raëlien suisse v. Switzerland*³⁷³,

³⁶⁴ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 193-285.

³⁶⁵ O Supremo Tribunal Federal na ADIN 869, ao analisar a Lei 8.069/90, e a possibilidade de divulgação total ou parcial, por qualquer meio de comunicação, de nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo à criança ou adolescente a que se atribua ato infracional, entendeu que a liberdade de manifestação do pensamento, de criação, de expressão e de informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não poderá sofrer qualquer restrição, salvo as que estiverem explícita ou implicitamente prevista na própria Constituição. ADIN 869. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266572>. Acesso em: 6 fev. 2016.

³⁶⁶ Em *Brandenburg v. Ohio* de 1969, a Suprema Corte norte-americana entendeu que os Estados não podem punir um cidadão que, mascarado em um comício da *Ku Klux Klan*, grita que “o negro deve ser devolvido à África, o judeu a Israel”. Caso *Brandenburg v. Ohio*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/case.html>. Acesso em: 6 fev. 2016.

³⁶⁷ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006, p. 325.

³⁶⁸ Em *Collin v. Smith* de 1978, a Suprema Corte norte-americana se negou a suspender decisão que permitiu que um pequeno grupo de neonazistas pudesse marchar com suásticas na cidade de Skokie, Illinois, onde moravam muitos sobreviventes do Holocausto. Caso *Collin v. Smith*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/439/916/>. Acesso em: 6 fev. 2016.

³⁶⁹ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006, p. 325.

³⁷⁰ Já em *R.A.V. v. St. Paul* de 1992, a Suprema Corte norte-americana invalidou a *St. Paul, Minnesota's Bias-Motivated Crime Ordinance*, que proibia a exposição pública de símbolos que pudessem causar “raiva, medo ou ressentimento em outras pessoas” por causa de sua raça, religião ou sexo, e reviu a condenação de Robert Viktora, que foi processado com base nessa norma por ter queimado uma cruz no jardim da casa de uma família negra. Caso *R.A.V. v. St. Paul*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/377/case.html>. Acesso em: 6 fev. 2016.

³⁷¹ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006, p. 326.

³⁷² O caso envolveu a imposição de censura à exibição e publicidade do filme *A última tentação de Cristo*, de Martin Scorsese, com base no artigo 19, n. 12, da Constituição do Chile de 1980 e no Decreto-lei 679/74, inclusive com a atuação do Poder Judiciário chileno, que, em última instância, proibiu a divulgação da obra. A Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu que o Estado chileno havia violado a CADH, especificamente quanto à liberdade de consciência e religião e à liberdade de pensamento e expressão, determinando que o Chile modificasse sua Constituição, para conformá-la aos direitos previstos na CADH. Caso *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) v. Chile*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2016.

³⁷³ Em *Mouvement raëlien suisse*, a Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que a recusa de autoridades suíças em permitir uma campanha de cartazes do *Mouvement raëlien* (uma organização sem fins lucrativos que visa fazer contato com extraterrestres, incluindo a promoção da clonagem humana e meditação sensual), em razão de que suas atividades, uma vez que seriam imorais e contrárias à ordem pública, estaria dentro da margem de apreciação do Estado, porque a campanha possuía natureza comercial, e não de discurso político. Além disso, a CEDH concluiu que não houve violação do artigo 10 da ConEDH, ou seja, a liberdade de expressão. Caso

igualmente trataram do tema, ao discutir se a liberdade de expressão merece a proteção, mesmo quando considerada escandalosa ou perturbadora.

É também o que se observa no caso da criminalização da divulgação de conteúdos pornográficos, em *Butler v. Her Majesty The Queen* de 1992³⁷⁴ julgado pela Suprema Corte do Canadá, e, em *American Booksellers v. Hudnut* de 1986³⁷⁵ julgado pela Suprema Corte norte-americana.

A Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Handyside v. The United Kingdom* de 1976³⁷⁶, ao afirmar que o Reino Unido não teria violado o direito à liberdade de expressão ao censurar livro de conteúdo obsceno, e o Supremo Tribunal Federal no HC 82424 de 2003³⁷⁷, ao considerar como crime de racismo a publicação de obra de conteúdo antissemita, também se manifestaram sobre o tema.

Além disso, observamos esta mesma conexão, ao garantir a liberdade de expressão e de manifestação de pensamento na questão da “queima à bandeira” em sinal de protesto, julgada pela Suprema Corte norte-americana em *Texas v. Johnson* de 1989³⁷⁸ e *United States v.*

Mouvement raëlien suisse v. Switzerland. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-112165>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

³⁷⁴ A Suprema Corte do Canadá em *Butler v. Her Majesty The Queen* de 1992 entendeu que o *Criminal Code*, ao criminalizar a posse e distribuição de certas formas de pornografia, não violaria a liberdade de expressão, protegida pela Carta de Direitos e Liberdades do Canadá, visto que a proliferação de materiais que ofendem gravemente os valores fundamentais da sociedade, seria uma preocupação substancial que justifica a restrição do pleno exercício da liberdade de expressão. DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006, p. 330-331.

³⁷⁵ A Suprema Corte norte-americana em *American Booksellers v. Hudnut* de 1986, manteve a decisão proferida anteriormente pelo Tribunal do Sétimo Circuito, que julgou inconstitucional a *Antipornography Civil Rights Ordinance* de Indiana, por violar a Primeira Emenda à Constituição norte-americana, que garante a liberdade negativa da livre expressão. DWORKIN, op. cit., p. 350.

³⁷⁶ Em *Handyside v. The United Kingdom* de 1976, o requerente, Sr. Handyside, recorreu à Corte Europeia de Direitos Humanos, alegando violação à liberdade de expressão pela censura à venda de seu livro, considerado obsceno. A CEDH entendeu que a liberdade de expressão garantida pela Convenção Europeia de Direitos Humanos é bastante ampla, contudo, julgou que o *Obscene Publications Acts* não violaria a Convenção, por entender que nas questões referentes à moral, sobretudo no conteúdo do material destinado ao ensino nas escolas para educação das crianças, as autoridades estatais gozam de margem de apreciação mais ampla. Ademais, a proibição da venda e distribuição do livro censurado não implicava em um tratamento discriminatório, nem mesmo violava a liberdade de expressão do recorrente, pois perseguia um objetivo legítimo e não era em si uma medida desproporcional para o fim que buscava atingir, isto é, garantir que as crianças tivessem uma educação e formação saudável. Caso *Handyside v. The United Kingdom*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

³⁷⁷ No HC 82424 se discutia o alcance da expressão “racismo”, contida no artigo 5º, inciso XLII, da CF e no artigo 20 da Lei 7.716/89, por ter escritor e sócio de editora publicado, distribuído e vendido obras de conteúdo antissemita. O Supremo Tribunal Federal entendeu que o racismo é antes de tudo uma realidade social e política, sem nenhuma referência à raça enquanto caracterização física ou biológica, refletindo, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para justificar atos de segregação, inferiorização e até de eliminação de pessoas. *Habeas Corpus* 82424. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

³⁷⁸ Em *Texas v. Johnson* de 1989, a Suprema Corte dos Estados Unidos invalidou proibições existentes em diversos Estados americanos de profanar a bandeira americana. Após *Texas v. Johnson* e em resposta à decisão da Suprema Corte, foi editada a *Flag Protection Act*, que impõe sanções penais contra quem conscientemente mutila, desfigura,

Eichman de 1990³⁷⁹, pela Corte de Apelação da Nova Zelândia em *Hopkinson v. Police* de 2004³⁸⁰, e na permissão da chamada “marcha da maconha” pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 187³⁸¹.

Contudo, naturalmente, tais racionalidades transversais não são idênticas de uma sociedade para outra, e, portanto, o excesso de deferência externa em detrimento da consistência interna, poderia implicar na submissão entre ordens jurídicas, o que leva à conclusão de que, só seria legítima uma concepção de constitucionalismo transfronteiriço, que veja um consenso sobre o dissenso, entre tipos diversos de racionalidade, caso contrário, tenderíamos para um fundamentalismo de opinião³⁸².

Assim, por exemplo, a proteção da intimidade e da imagem foi enfrentada tanto pelo *Bundesverfassungsgericht* no caso *Caroline de Monaco II* de 1999³⁸³, ao conferir maior peso à liberdade de imprensa na questão da divulgação de fotos de Caroline de Mônaco, impondo restrições à proteção da intimidade de pessoas proeminentes, como pela Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Caroline von Hannover v. Germany* de 2004³⁸⁴, que se posicionou favoravelmente à proteção da intimidade da autora em detrimento da liberdade de imprensa.

Desta feita, a nova semiótica do constitucionalismo, não apenas leva a uma relação horizontal entre Estados, como também implica a abertura cognitiva dos sistemas jurídicos, permitindo a detecção de assimetrias nas relações transfronteiriças³⁸⁵.

desfia, queima, pisa ou atropela uma bandeira dos Estados Unidos. Caso *Texas v. Johnson*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/491/397/>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

³⁷⁹ Em *United States v. Eichman* de 1990, a Suprema Corte declarou o *Flag Protection Act* inconstitucional. Caso *United States v. Eichman*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/496/310/>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

³⁸⁰ Em 2003 Paul Hopkinson ateou fogo a uma bandeira da Nova Zelândia e foi preso, acusado e condenado por ofensa à *Flags, Emblems, and Names Protection Act* de 1981, que pune a destruição da bandeira da Nova Zelândia, com a intenção de desonrá-la. Hopkinson apelou, alegando que a queima de uma bandeira em sinal de protesto não seria uma maneira de desonrar a bandeira, além de estar amparado pela seção 14 do *Bill of Rights* da Nova Zelândia, que trata da liberdade de expressão. A corte entendeu que “desonra” para os fins do *Flags, Emblems, and Names Protection Act* deve ser lida como “difamar”, o que não ocorreria no caso. Caso *Hopkinson v. Police*. Disponível em: <<http://www.lawreports.nz/hopkinson-v-police-2004-3-nzlr-704/>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

³⁸¹ Na ADPF 187, o STF considerou legítima a chamada “marcha da maconha”, visto que o exercício legítimo da livre manifestação de pensamento, não se confundiria com a incitação ao crime ou apologia ao fato criminoso, previstos nos artigos 286 e 287 do Código Penal brasileiro. ADPF 187. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

³⁸² SILVA, Virgílio Afonso da. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. In: NEVES, Marcelo (Coord.). **Transnacionalidade do direito**: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 101-112.

³⁸³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 138-139.

³⁸⁴ Caso *Caroline von Hannover v. Germany*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61853>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

³⁸⁵ PETERS, Anne. The merits of global constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 16, n. 2, 2009, p. 397-411. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1492141>. Acesso em: 5 mar. 2016.

Ademais, o paradoxo da transversalidade importa, na busca das cortes globais, de atuarem em redes de entrelaçamento ao enfrentar problemas jurídicos que perpassam diversas ordens jurídicas, em questões de direitos fundamentais, Direitos Humanos e limitação de poder, proporcionando a intensificação do aprendizado mediante observações recíprocas entre os sistemas³⁸⁶.

Nesse diapasão, a liberdade de consciência, crença e religião, também foi enfrentada por diversas Cortes, como pela Suprema Corte japonesa em *Jehovah's Witness Kendo Refusal* de 1998³⁸⁷; pela Suprema Corte norte-americana em *Marsh v. Alabama* de 1946³⁸⁸, *Lynch v. Donnelly* de 1984³⁸⁹, *City of Boerne v. Flores* de 1997³⁹⁰ e *McCreary County v. American Civil*

³⁸⁶ TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Do provincianismo constitucional ao transconstitucionalismo: a proteção dos direitos humanos através da integração dos ordenamentos jurídicos. In: COSTA, Ana Paula Motta; REIS, Maurício Martins (Orgs.). **Direitos fundamentais e espaço público**. Passo Fundo: IMED, 2012, v.3, p. 89.

³⁸⁷ No caso *Jehovah's Witness Kendo Refusal*, a Suprema Corte sustentou a proibição do ato de expulsão de aluno de ensino médio pela instituição de ensino pela recusa em participar do *kendo* por força de suas crenças religiosas. SAKAGUCHI, Shojiro. Major constitutional developments in Japan in the first decade of the twenty-first century. In: CHEN, Albert H. Y. (Ed.). **Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 52-76.

³⁸⁸ No caso em *Marsh v. Alabama*, havia uma cidade privada no Estado do Alabama, chamada Chicksaw, que fora construída sob a administração de uma empresa privada, com ruas, prédios e casas. Marsh, Testemunha de Jeová, apregoava a religião pelas ruas da cidade, o que teria causado transtornos à empresa, que proibiu a pregação naquele território. Como se negou a parar de pregar, Marsh foi condenado por invasão de propriedade alheia, tendo o caso sido remetido à Suprema Corte norte-americana, que afirmou que a cidade, embora privada, possuía todas as características de qualquer outra cidade americana, com prédios, ruas e principalmente uma área de comércio frequentada por outras pessoas que não eram moradores. Ou seja, a cidade possuía uma função pública, tanto pelo fato de servir ao público em geral, quanto pelo fato de ter recebido permissão do Estado para sua formação. Dessa forma, com base no argumento do exercício de função pública, no âmbito da qual a discriminação e a violação da liberdade religiosa eram ilegais, a Suprema Corte decidiu pela liberdade de expressão e de religião de Marsh, que naquele caso não era violadora de propriedade particular, determinando a sua absolvição. Caso *Marsh v. Alabama*. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/326/501>>. Acesso em: 6 fev. 2016. Vide também PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 119-192.

³⁸⁹ Em *Lynch v. Donnelly*, a Suprema Corte norte-americana, valendo-se dos argumentos utilizados em *Lemon v. Kurtzman* de 1971, em especial, no *Lemon test*, enfrentou o tema da exibição de símbolos religiosos na esfera pública. O *Lemon test*, é um teste de verificabilidade de violação da *establishment clause* da Primeira Emenda, estruturado em três partes: 1) a ação estatal deve ter um propósito legislativo secular; 2) seu efeito principal ou primário deve ser tal que não incentive ou iniba qualquer religião; 3) tal ação não pode gerar uma excessiva imbricação entre religião e governo. A Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos trata de diversos temas, dentre os quais dois atinentes a questões religiosas, as proibições de extinção da liberdade de exercício da religião (*free exercise clause*) e de estabelecimento de uma religião oficial ou de preferências a um credo em detrimento dos demais (*establishment clause*). Assim, em *Lynch v. Donnelly*, a Suprema Corte, declarou a constitucionalidade da exibição da cena da natividade de Jesus na cidade de Pawtucket, Rhode Island, haja vista que o presépio se inseria em uma mostra natalina ampla, e que tal exibição deveria ser percebida sob a óptica artística, como uma mostra de arte sacra. Portanto, a partir do precedente no caso *Lynch*, o principal propósito da *establishment clause*, para os casos futuros, passou a ser a garantia da igualdade, autorizando as minorias a impedir que a maioria aproveitasse de sua condição para criar situações de exclusão, qualquer que fosse sua natureza. Caso *Lynch v. Donnelly*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/465/668/case.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

³⁹⁰ No caso *City of Boerne v. Flores* de 1997, apreciou-se a validade de lei que visava afastar o precedente fixado em *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith* de 1990. Em *Smith*, a Suprema

Liberties Union of Kentucky de 2005³⁹¹; e pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro no HC 268459³⁹², ao trabalharem os limites do exercício da liberdade de religião.

Por essa mesma vertente, o *Bundesverfassungsgericht* alemão no caso *classroom crucifix II* de 1995³⁹³, e a Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Lautsi and Others v.*

Corte reformara decisão da Justiça do Estado de Oregon, que concedera benefícios de desemprego a funcionários que foram demitidos por usarem peiote em cerimônias religiosas, sob o argumento de que a lei vedara o uso dessa substância. Na ocasião foi acolhido, por maioria, o voto do conservador *Justice* Scalia, cujo argumento principal era de que a liberdade religiosa não exonera os indivíduos do cumprimento de normas contidas em leis gerais e neutras, sob pena de se condicionar a obrigatoriedade de leis gerais à sua conformidade com as convicções religiosas dos seus destinatários, o que conduziria à verdadeira anarquia, especialmente em uma nação plural como os Estados Unidos. Como consequência, foi aprovado o *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA), lei federal que expressamente reverteu a decisão proferida pela Suprema Corte em *Smith*. Essa seguida, em *City of Boerne v. Flores*, a Suprema Corte entendeu que o RFRA seria inconstitucional, pois representaria tentativa do Congresso Nacional de corrigir a interpretação da Suprema Corte sobre a liberdade religiosa. Caso se admitisse que o Congresso quebrasse o monopólio da Corte na identificação dos direitos fundamentais, deveria igualmente reconhecer que a Constituição deixara de ser a norma suprema. Caso *City of Boerne v. Flores*. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/521bv.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

³⁹¹ O caso teve origem quando dois condados do Estado do Kentucky, McCreary e Pulaski, passaram a exibir em suas Cortes e em locais de grande trânsito de pessoas, cópias visíveis dos Dez Mandamentos. Após, o órgão legislativo dos dois condados autorizou uma segunda mostra que, ampliada, elencaria um catálogo de documentos. Desse modo, as Cortes do condado passaram a exibir, juntamente com um trecho dos Dez Mandamentos, outros trechos pequenos de documentos diversos, tais como: a Declaração de Independência; o preâmbulo da Constituição do Kentucky; o mote nacional “em Deus nós confiamos”; cópia de ata de reunião do Congresso que, no dia 2 de fevereiro de 1983, proclamou aquele como o Ano da Bíblia; a proclamação do Presidente Reagan, confirmando o ano de 1983 como o Ano da Bíblia; uma proclamação do Presidente Abraham Lincoln, designando o dia 30 de abril de 1863 como o dia nacional da oração; dentre outros. A Corte Distrital declarou as duas mostras ausentes de qualquer propósito secular, o que as tornaria inconstitucionais. A partir de tal decisão, os condados reformularam a mostra, passando a tratar da “exibição das origens do direito e governo americanos”, expondo nove trechos de igual tamanho dos mais diversos documentos, dentre os quais: a Magna Carta; a Declaração de Independência; o *Bill of Rights*; a letra do hino nacional americano; e, novamente, os Dez Mandamentos. A Corte Distrital julgou que o propósito do condado era o de dissimular a exibição dos Dez Mandamentos. Em grau de recurso, a Corte de Apelação do Sexto Circuito confirmou a sentença original, acrescentando o argumento de que o condado não demonstrou o nexos existente entre os diversos documentos expostos. A Suprema Corte, por cinco votos a quatro, se valendo de diversos argumentos utilizados por outras cortes norte-americanas, e em especial das considerações levantadas no caso *Stone v. Graham* de 1980, confirmou as decisões inferiores e declarou inconstitucional a exibição. Caso *McCreary County v. American Civil Liberties Union of Kentucky*. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/545bv.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

³⁹² Contudo, a transfusão de sangue deve ser feita pelos médicos, mesmo contra a vontade da família, sempre que houver iminente risco de morte. HC 268459. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroUnico&termo=01061162220133000000&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

³⁹³ Tratava-se de um recurso contra uma decisão da Corte de Justiça Administrativa (*Verwaltungsgerichtshof*) da Baviera que havia rejeitado, em segundo grau de instância, um pedido cautelar a favor dos pais de um aluno pertencente à comunidade antroposófica, a fim de que fosse declarado inconstitucional o § 13, I, 3, do Regulamento Escolar para Escola Fundamental do Estado da Baviera que exigia a obrigatoriedade de exibição de crucifixos em sala de aula. O Tribunal alemão, reconhecendo o caráter proselitista que o crucifixo adquire nos embates do campo religioso, bem como sua inevitabilidade e inoponibilidade quando apostos em salas de aula, valendo-se do postulado da concordância prática, entendeu que o fato de a escola pública abrir espaço para aulas de religião, orações e eventos religiosos já atendia à liberdade positiva dos alunos cristãos, podendo, pois, vetar a exibição obrigatória do símbolo da cruz como forma de resguardar, ao mesmo tempo, a liberdade negativa dos não cristãos. A decisão da Corte alemã acabou se manifestando sobre a exibição tanto da cruz, quanto do crucifixo — embora conhecesse da diferença dos dois símbolos. Na Itália, por sua vez, foi dada solução distinta ao mesmo problema. No caso *Lautsi*, o Tribunal Administrativo Regional do Vêneto (*Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto*), por meio da sentença n. 1110, proferida em 17 de março de 2005, decidiu favoravelmente à exibição da cruz nas salas de aula. Tal decisão baseou-se, principalmente, na visão do crucifixo como um símbolo histórico-

Italy de 2011³⁹⁴, reconhecendo o caráter proselitista que o crucifixo adquire nos embates do campo religioso, entendeu que o fato de a escola pública abrir espaço para aulas de religião, orações e eventos religiosos já atendia à liberdade positiva dos alunos cristãos, podendo, pois, vetar a exibição obrigatória do símbolo da cruz.

A questão da discriminação e do tratamento diferenciado por conta da crença ou religião, também foi discutida pela *House of Lords* em *R (Ullah) v. Special Adjudicator* de 2004³⁹⁵, pelo Supremo Tribunal espanhol na *Sentencia* 693/2013³⁹⁶, pelo *Conseil d'etat* no recentíssimo *arrêt*

cultural, dotado de um significado identitário para o povo italiano. O Tribunal Administrativo Regional do Vêneto (TAR) concluiu que a fé cristã tem forte apelo para o amor ao próximo, a tolerância, a igualdade, a liberdade e, até mesmo, a separação entre Estado e Igreja, o que fazia com que o crucifixo não contrastasse, mas, na verdade, afirmasse e confirmasse o princípio de laicidade do Estado republicano italiano. MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 366-377.

³⁹⁴ A questão da liberdade de religião enfrentada no caso *Lautsi and Others v. Italy* de 2011, origina-se de uma decisão do Tribunal Administrativo Regional (TAR) de Vêneto na Itália, por meio da Sentença n. 1110, proferida em 17 de março de 2005, que decidiu favoravelmente à exibição da cruz nas salas de aula. Tal decisão baseou-se, principalmente, na visão do crucifixo como um símbolo histórico-cultural, dotado de um significado identitário para o povo italiano. O TAR concluiu que a fé cristã tem forte apelo para o amor ao próximo, a tolerância, a igualdade, a liberdade e, até mesmo, a separação entre Estado e Igreja, o que fazia com que o crucifixo não contrastasse, mas, na verdade, afirmasse e confirmasse o princípio de laicidade do Estado republicano italiano. Posteriormente, a Corte Europeia de Direitos Humanos reapreciou a questão no caso *Lautsi and Others v. Italy*, condenando a Itália ao pagamento de 5.000 mil euros, a título de danos morais, à Sra. Soile Lautsi, nacional italiana, que se sentiu ofendida diante da aposição de crucifixos no âmbito das escolas públicas. Caso *Lautsi and Others v. Italy*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-104040>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

³⁹⁵ *R. (Ullah) v. Special Adjudicator*, julgado pela *House of Lords* em 2004, versava sobre a aplicação da liberdade de pensamento, de consciência e de religião. No caso, o Sr. Ullah, paquistanês que residia no Reino Unido e que seria extraditado para o Paquistão, alegava que sofreria discriminação religiosa em sua terra natal. A *House of Lords*, contudo, admitiu a extradição, uma vez que não teria havido violação flagrante à liberdade de pensamento, de consciência e de religião do Sr. Ullah. Caso *R. (Ullah) v. Special Adjudicator*. Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldjudgmt/jd040617/ullah-1.htm>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

³⁹⁶ Na *Sentencia* 693/2013, decorrente do Recurso de Cassação 4118/2011, o Supremo Tribunal espanhol, invalidando a decisão da *Catalonia High Court of Justice*, afastou a proibição prevista nas *ordenanzas municipales de civismo y convivencia* que limitavam o acesso a serviços públicos de pessoas usando véus ou roupas que dificultassem a identificação visual, uma vez que os direitos fundamentais apenas poderiam ser limitados por uma lei em sentido formal. *Sentencia* 693/2013. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/stfls/SALA%20DE%20PRENSA/NOVEDADES/Sentencia-Uso%20burka-Lleida.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

Anti-burkini de 2016³⁹⁷, e pela Corte Europeia de Direitos Humanos nos casos *Razaghi v. Sweden* de 2005^{398,399} e *Thlimmenos v. Greece* de 2000⁴⁰⁰.

Portanto, a ideia de problemas comuns, que ultrapassam os sistemas jurídicos autônomos e não hierarquizados, leva à criação de sobreposições alternativas, que dão continuidade ao processo normativo, com o aparecimento de hierarquias-parciais que interagem e se complementam. Dessa forma, a principal consequência da adoção do conceito contemporâneo de constitucionalismo implica a possibilidade de produção de assimetrias capazes de tornar a igualdade jurídica ineficaz no plano transnacional⁴⁰¹.

Desta feita, o influxo do constitucionalismo transfronteiriço nas ordens jurídicas, deve se afastar de um modelo de submissão — em que há deferência total à jurisprudência transnacional, o que pode representar, em realidade, uma forma de neocolonialismo — buscando sempre a interlocução com a abertura para a compreensão, discussão, reflexão e

³⁹⁷ O *arrêt Anti-burkini*, decorre da decisão do Prefeito de Villeneuve-Loubet de proibição de uso de roupas que demonstrassem afiliação religiosa em praias públicas. O *Conseil d'état*, acolhendo o pedido da *Ligue des droits de l'homme*, da *Association de défense des droits de l'homme/Collectif contre l'islamophobie en France* e de dois cidadãos franceses, reviu a decisão tomada pelo Tribunal Administrativo de Nice, entendendo que a medida tomada pelo Prefeito deveria conciliar a manutenção da paz e da ordem pública na cidade, com o respeito às liberdades individuais, devendo, ainda, atuar dentro do campo da proporcionalidade, concluindo que o artigo 4.3 da ordem do Prefeito teria violado as liberdades fundamentais, como a liberdade de ir e vir, a liberdade religiosa e a liberdade individual. *Arrêt Anti-burkini (Décision 108243)*. Disponível em: <<http://english.conseil-etat.fr/Activities/Press-releases/The-Council-of-State-orders-a-decision-banning-clothes-demonstrating-an-obvious-religious-affiliation-to-be-suspended>>. Acesso em: 2 set. 2016.

³⁹⁸ O caso *Razaghi v. Sweden* de 2003, trata da deportação e detenção arbitrária de cidadão iraniano. A CEDH entendeu que Razaghi, um cristão iraniano, com base na liberdade de pensamento, de consciência e de religião, contava com a proteção do artigo 9º, além de outros artigos da Convenção Europeia de Direitos Humanos, porém, no caso, considerou que a expulsão do requerente não pode separadamente engajar responsabilidade ao Governo Sueco, com base no artigo 9º da Convenção. Caso *Razaghi v. Sweden*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-68079>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

³⁹⁹ CRAIG, Paul; BÚRCA, Gráinne de. **Eu law**: text, cases and materials. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 852-999.

⁴⁰⁰ Em *Thlimmenos v. Greece*, a Corte Europeia de Direitos Humanos considerou que constitui tratamento discriminatório à luz da Convenção Europeia de Direitos Humanos, a recusa em admitir indivíduo em cargo público, por considerá-lo moralmente inidôneo em virtude de condenação penal anterior, decorrente da negativa em cumprir obrigações do serviço militar, em razão de sua crença religiosa. A CEDH julgou que houve violação à Convenção Europeia de Direitos Humanos, por entender que o direito de não ser discriminado tanto é violado quando os Estados tratam de forma distinta pessoas em situações análogas sem fornecer qualquer justificação objetiva e razoável, como também quando os Estados, sem nenhuma razão legítima e ponderada, deixam de tratar de forma dissemelhante, pessoas em situações significativamente desigual. Caso *Thlimmenos v. Greece*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58561>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

⁴⁰¹ SLAUGHTER, Anne-Marie. Judicial globalization. **Virginia Journal of International Law**, v. 40, 2000, p. 1103-1124.

aproveitamento das decisões transnacionais, como uma autoridade persuasiva, mas considerando a perspectiva, particularidades e razões de decidir do caso doméstico^{402,403}.

Logo, a racionalidade transversal importa em um diálogo mínimo entre os sistemas jurídicos, em uma sociedade cuja interlocução transnacional representa a nova semântica do constitucionalismo, tanto como exigência funcional, quanto como pretensão normativa, e, assim, o constitucionalismo transfronteiriço deve buscar não apenas a adequação social do direito, mas também a consistência jurídica nos sistemas democráticos contra particularismos ilegítimos⁴⁰⁴, como na questão do princípio da separação de poderes e da teoria dos *implied powers*⁴⁰⁵, enfrentada pela Suprema Corte norte-americana no caso *McCulloch v. Maryland* de 1819⁴⁰⁶, pela *Australian High Court* nos casos *D’Emden v. Pedder* de 1904, *Australian*

⁴⁰² Como visto na nota de rodapé n. 7, quantos aos modelos de influxo do constitucionalismo transfronteiriço nas ordens jurídicas trabalhados, iremos trabalhar nesta tese o modelo de interlocução ou de eficácia média, que nos parece permitir uma abordagem mais ampla do tema, sem se deixar, naturalmente, de tratar pontualmente dos demais modelos.

⁴⁰³ Assim, o objeto de análise para o influxo do constitucionalismo transfronteiriço e a busca da consistência argumentativa entre Cortes constitucionais, demanda uma delimitação em torno de temas que, respeitando a diversidade de cada povo, garantam um “núcleo duro” de questões que seriam compartilhadas universalmente, como é o caso da pena de morte juvenil (*Roper v. Simmons*) e da pena de morte aos crimes cometidos por pessoas portadoras de deficiência mental (*Atkins v. Virginia*). PARRISH, Austen L. Storm in a teacup: the U.S. Supreme Court's use of foreign law. **University of Illinois Law Review**, 2007.

⁴⁰⁴ CHANG, Wen-Chen; YEH, Jiunn-Rong. The emergence of transnational constitutionalism: Its features, challenges and solutions. **Penn State International Law Review**, v. 27, n. 1, 2008, p. 89-124. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1636163##>. Acesso em: 15 fev. 2016.

⁴⁰⁵ O Supremo Tribunal Federal também já se valeu da teoria dos *implied powers* no MS 21729, ao entender que não cabe ao Banco do Brasil negar, quando houver dinheiro público, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, sob invocação do sigilo bancário. Mandado de Segurança 21729. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85599>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁴⁰⁶ *McCulloch v. Maryland* de 1819, envolvia a criação de um tributo pelo Estado de Maryland que, apesar da sua suposta neutralidade, visava impedir a operação do *Second Bank of the United States* no Estado de Maryland. A Suprema Corte entendeu que o governo federal possui o poder para aprovar leis que não estejam previstas no rol de poderes expressos na Constituição, desde que essas leis visem à promoção dos poderes expressos do Congresso nos termos da Constituição. A importância do caso se deve à consequência extraída de que a Constituição concede ao Congresso poderes implícitos para implementar as competências expressas da Constituição, e que os Estados não podem impedir o exercício constitucional válido dos poderes do governo federal. Caso *McCulloch v. Maryland*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/case.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

Communist Party v. The Commonwealth de 1951, *Re Wakim* de 1999 e *Gould v. Brown* de 1998^{407,408}.

Dessa feita, diante da existência de organizações políticas territoriais dotadas de constituições particulares, a consistência ordenativa entre sistemas irrompe não apenas a controvérsia sobre os limites do direito de soberania e de jurisdição dos Estados territoriais tradicionais, mas também a ideia de ordens transversais de Estados soberanos, que comporta tanto ordens locais, quanto ordens internacionais e supranacionais, todas enfrentando problemas jurídico-constitucionais em suas respectivas esferas de abrangência⁴⁰⁹, tendo, por exemplo, o direito de propriedade e da justa indenização no caso de expropriação, sido analisado pela Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Lithgow and Others v. The United Kingdom* de 1986⁴¹⁰ e pela Suprema Corte norte-americana em *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* de 1964⁴¹¹, em posições não convergentes sobre o tema.

⁴⁰⁷ A questão do princípio da separação de poderes e da teoria dos *implied powers*, foi enfrentada pela *Australian High Court* no caso *D'Emden v. Pedder* de 1904, ao discutir a possibilidade de uma lei estatal interferir em uma agência federal, no caso *Australian Communist Party v. The Commonwealth* de 1951, ao afirmar que os limites do Poder Legislativo federal deveriam ser delineados pelas Cortes e não pelo Poder Legislativo; no caso *Re Wakim* de 1999, ao entender pela invalidade do *Cross-Vesting Act*, que tratava de um sistema cooperativo de transferência de competências entre tribunais federais e estaduais; e, em *Gould v. Brown* de 1998, ao entender que a ausência de norma expressa conferindo jurisdição às Cortes federais poderia ser superada pela edição de legislação federal ou estadual cooperativa, ao passo que a jurisdição estadual seria suplementar à jurisdição federal. FOLEY, Kathleen E. *Australian Judicial Review*. **Washington University Global Studies Law Review**, v. 6, n. 2, 2007, p. 281-338.

⁴⁰⁸ A Constituição australiana não adota expressamente o princípio da separação de poderes, embora esteja firmemente estabelecida como uma implicação da estrutura do texto constitucional, entendimento reforçado pela posição da *High Court* no caso *Re Wakim* de 1999, e em *Gould v. Brown* de 1998. FOLEY, loc. cit.

⁴⁰⁹ SCHAUER, Frederick. On the Migration of Constitutional Ideas. **Connecticut Law Review**, v. 37, n. 4, 2005, p. 907-919.

⁴¹⁰ Em *Lithgow and Others v. The United Kingdom*, a Corte Europeia de Direitos Humanos, ao analisar a nacionalização de propriedades, sob as regras do *Aircraft and Shipbuilding Industries Act* de 1977, entendeu que a compensação paga pelo Reino Unido foi desproporcional e discriminatória. Assim, mesmo nos casos de expropriação da propriedade por motivo de utilidade pública, em que as autoridades nacionais gozam de uma ampla margem de apreciação para julgar a necessidade de adotar a medida em nome do interesse geral da população, estas são obrigadas a realizar um controle de proporcionalidade quando estiverem a negociar com particular. Nesse sentido, para toda expropriação e nacionalização de uma propriedade privada tem-se assegurada ao indivíduo uma indenização equitativa paga pelo Estado. Entretanto, a CEDH julgou que não houve violação aos artigos 1º do Protocolo n. 1, isoladamente e em conjunto com o artigo 14º e o parágrafo 1º do artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, por entender que a decisão proferida anteriormente pela Corte Arbitral sobre a matéria teria sido válida, tendo em vista que o critério de nomeação de seus membros assegurou total independência e autonomia dos árbitros. Caso *Lithgow and Others v. The United Kingdom*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57526>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

⁴¹¹ Em *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* de 1964, a *United States Supreme Court* entendeu pela legalidade da expropriação de bens de cidadãos americanos pelo governo cubano, sem qualquer indenização. No caso, o governo cubano expropriou diversas propriedades de cidadãos norte-americanos em Cuba, inclusive o açúcar de propriedade da empresa norte-americana C.A.V. Em seguida, a empresa Farr, Whitlock & Co., comprou o açúcar diretamente do governo cubano, porém pagou o valor devido a Sabbatino, o representante legal da C.A.V. Assim, o Banco Nacional de Cuba entrou com uma ação na *United States District Court for the Southern District of New York* contra Sabbatino, para recuperar o dinheiro pago pela empresa Farr, Whitlock & Co. pelo açúcar. A *United States District Court for the Southern District of New York* e a *United States Court of Appeals for the Second Circuit* decidiram em favor de Sabbatino, e o caso foi objeto de recurso para a *United States Supreme Court*, que

Neste sentido, uma vez que as novas ordens transnacionais passam a exercer uma nova forma de autoridade —, isto é, as decisões proferidas pelas Cortes do sistema transacional começam a impactar, de alguma maneira, nos Estados-membros —, as constituições estatais contemporâneas acabam por se mostrar insuficientes para lidar com questões jurídico-constitucionais complexas para a solução de conflitos⁴¹².

Portanto, quando trabalhamos a concepção estrutural do constitucionalismo transfronteiriço, ou seja, do arranjo institucional de questões jurídico-constitucionais que perpassam simultaneamente duas ou mais ordens jurídicas, é imprescindível a existência de uma propensão ao diálogo constitucional, para a edificação de pontes de transição entre as estruturas reflexivas, especialmente diante de casos similares que se desenvolvam na composição do sistema transacional⁴¹³, mesmo que muitas vezes externando concepções distintas, como na questão do exercício das liberdades civis, que foi enfrentada pela *High Court* australiana em *Australian Communist Party v. The Commonwealth* de 1951 —, no qual se declarou a inconstitucionalidade do *Communist Party Dissolution Act*, que estabelecia restrições ao exercício das liberdades civis das associações comunistas⁴¹⁴ —, e em *Communist Party of the United States v. Subversive Activities Control Board* de 1961, julgado pela Suprema Corte norte-americana — que entendeu pela constitucionalidade do *Subversive Control Act* de 1950, que tratava do registro compulsório e da divulgação pública de informações dos partidos comunistas nos Estados Unidos⁴¹⁵.

Logo, da mesma forma que a noção de transversalidade implica em questões jurídicas que extrapolam as fronteiras do Estado territorial, este processo de troca entre sistema e meio, responde aos estímulos que se produzem de forma comunicativa, protegendo os limites da própria sociedade, por meio da autodescrição e auto-observação recursiva, que acaba por justificar um sistema relacional transfronteiriço⁴¹⁶.

Ademais, dada a acelerada evolução social, faz-se também necessário que se dirija o processo de transmissão de seleções, para as correlações da prática jurídica, em um intercâmbio

entendeu pela legalidade da expropriação sem indenização, porque era um ato oficial de outro país, não sujeito a apreciação pelos tribunais norte-americanos. Caso *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/398/case.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁴¹² CASSESE, Antonio. *Modern Constitutions and International Law. Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye*, t. 192, 1985, p. 331-476.

⁴¹³ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 251-293.

⁴¹⁴ FOLEY, Kathleen E. *Australian Judicial Review. Washington University Global Studies Law Review*, v. 6, n. 2, 2007, p. 281-338.

⁴¹⁵ Caso *Communist Party of the United States v. Subversive Activities Control Board*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/367/1/case.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁴¹⁶ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 251-293.

sistêmico aberto⁴¹⁷, como na temática dos direitos sociais⁴¹⁸, que apesar de surgirem em momento histórico posterior em relação aos direitos de primeira dimensão, já foram enfrentados pelas Cortes locais e transnacionais, como se observa da *Sentencia de Unificación 559/1997*⁴¹⁹ proferida pelo Tribunal Constitucional da Colômbia, e pelo julgamento do caso *Cinco Pensionistas v. Peru* de 2003⁴²⁰ pela Corte Interamericana de Direitos Humanos — quanto ao

⁴¹⁷ LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 59-152.

⁴¹⁸ Com as revoluções Inglesa (1688), Norte-Americana (1787), e Francesa (1789), e o surgimento do Estado Liberal, nasce o paradigma de defesa de liberdades e direitos individuais em face do Estado. Originaram-se nesse quadro o chamado Estado de Direito e os direitos de primeira geração, que são os direitos de liberdade, que em sua essência impõem ao Estado um dever de abstenção, de não intervenção na esfera individual. O Estado Liberal representou um avanço, mas não foi capaz de solucionar todos os problemas da sociedade. Diversos eventos foram determinantes para demonstrar o enfraquecimento do modelo liberal, fossem as diversas teorias que criticavam o capitalismo e apontavam o modelo de Estado como legitimador de desigualdades e da exploração do homem pelo homem, como o marxismo e o socialismo utópico, ou, eventos como a Revolução Russa em 1917 e o “crack” da Bolsa de Nova York em 1929, que demonstrou a falência da economia liberalista e trouxe a necessidade urgente de um Estado mais intervencionista. Surge, assim, a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, com forte conteúdo social. No Brasil, a Constituição de 1934, acompanha este processo. Entendeu-se que a garantia das liberdades por si só não era suficiente, mas precisava vir acompanhada de condições mínimas para a existência do ser humano. Erigia-se então o Estado do Bem-Estar Social, no qual surgiram novos direitos que demandavam uma prestação positiva do Estado, uma atuação no sentido de garantir essas condições mínimas para a vida das pessoas. Surgiram então o Estado Social de Direito e os direitos de segunda geração, direitos sociais, culturais e econômicos, prestações nas áreas de saúde, educação, assistência social e etc. que representavam a atuação do Estado no sentido de promover a igualdade, não a igualdade formal, que predominava no paradigma liberal, mas a igualdade material, no plano dos fatos, dando condições concretas de sobrevivência às pessoas. SOUZA NETO, Claudio Pereira. A justiciabilidade dos direitos sociais. Críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

⁴¹⁹ No caso, 45 professores dos municípios de María La Baja e Zambrano tiveram os direitos previdenciários recusados pelas autoridades locais. O Tribunal Constitucional da Colômbia (TCC) voltou-se a investigar as falhas estatais por trás das violações dos direitos. Constatou que o descumprimento da obrigação era generalizado, alcançando um número amplo e indeterminado de professores além dos que instauraram a demanda, e que a falha não poderia ser atribuível a um único órgão, e sim que seria estrutural. Havia, segundo os juízes, uma deficiência da política geral de educação com origem na distribuição desigual dos subsídios educativos, feita pelo governo central, em favor das entidades territoriais. Ante o reconhecimento da complexidade da situação, além de assegurar os direitos específicos dos demandantes nos respectivos fundos previdenciários locais, o TCC dirigiu-se a proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais em jogo. Cumprindo o que afirmou ser um “dever de colaboração” com os outros poderes, tomou decisão que não se limitou às partes do processo: declarou o Estado de Coisa Inconstitucional (ECI); determinou aos municípios, que se encontrassem em situação similar, a correção da inconstitucionalidade em prazo razoável; e ordenou o envio de cópias da sentença aos Ministros da Educação e da Fazenda e do Crédito Público, ao Diretor do Departamento Nacional de Planejamento, aos Governadores e Assembleias, aos Prefeitos e aos Conselhos Municipais para providências práticas e orçamentárias. O TCC também declarou o ECI para reduzir a mora da Caixa Nacional de Previdência em responder petições de aposentados e pensionistas dirigidas a obter recálculos e pagamentos de diferenças das verbas previdenciárias; determinar a realização, em âmbito nacional, de concurso público para notário ante a omissão do Estado em organizar o certame; ordenar a confecção de políticas públicas eficientes de proteção dos defensores de Direitos Humanos no país; e remediar o atraso sistemático no pagamento, por entidades territoriais, das verbas de aposentadoria. Em todos esses casos, verificando a violação generalizada de direitos e a existência de falhas estruturais, o TCC decidiu em favor não apenas dos demandantes e nem contra somente as autoridades demandadas. Ao declarar o ECI, procurou beneficiar todos aqueles em situações similares, dirigindo ordens em face de todas as autoridades públicas cujas ações seriam necessárias para corrigir as falhas sistêmicas e estruturais. *Sentencia de Unificación 559/1997*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁴²⁰ No caso, a Corte entendeu que a redução pelo Estado da pensão, de acordo com o Decreto-lei de 1992, de cinco pensionistas, violaria o direito adquirido e as garantias constitucionais do Peru. Assim, a Corte considerou que o direito à previdência social, vincula-se aos direitos da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, já que o

descumprimento sistemático do pagamento das verbas de aposentadoria e pensões —, e, da mesma maneira, no Acórdão 353/2012^{421,422} — em que o Tribunal Constitucional português declarou inconstitucional a restrição orçamentária, que previa suspensão total ou parcial do pagamento de vencimentos para servidores públicos e pensionistas.

Da mesma forma, o direito à saúde, típico direito de segunda dimensão, foi enfrentado pelo Tribunal Constitucional sul-africano em *Minister of Health v. Treatment Action Campaign* de 2002⁴²³, tendo a Corte determinado a oferta de antirretroviral às mulheres grávidas com HIV positivo, em vista das restrições impostas pelo governo Sul-Africano⁴²⁴, e pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 855178, ao entender que os entes federados têm responsabilidade solidária na assistência à saúde⁴²⁵.

Dessa maneira, em face da inevitável interpenetração entre ordem estatal e transnacional, tanto devem ser descartados modelos de pseudouniversalismo internacionalista, quanto devem ser combatidas concepções provincianas estatistas, ao desconsiderarem outras perspectivas sobre o problema jurídico-constitucional pertinente a mais de uma ordem jurídica, o que deve ser superado pelo modelo do constitucionalismo transfronteiriço⁴²⁶.

recebimento de uma pensão de aposentadoria representa um direito incorporado ao patrimônio pessoal, e, no caso concreto, houve uma redução ilegal destas pensões, afetando os recursos econômicos dos pensionistas. Assim, a Corte constatou que o Estado ao mudar arbitrariamente o montante das pensões violou o direito à propriedade, consagrado na CADH. *Caso Cinco Pensionistas v. Peru*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_98_ing.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2016.

⁴²¹ O caso envolvia a Lei 64-B/2011 (Orçamento do Estado para 2012), que previu a suspensão total ou parcial do pagamento de subsídios de férias e de Natal para servidores públicos e pensionistas (aposentados e reformados). O Tribunal Constitucional reconheceu que era evidente que o tratamento imposto a quem auferia remunerações e pensões por verbas públicas ultrapassava os limites da proibição do excesso em termos de igualdade proporcional, e decidiu declarar a inconstitucionalidade dos artigos 21º e 25º da Lei 64-B/2001, com força obrigatória geral, por violação ao princípio da igualdade. Acórdão 353/2012. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁴²² Não há na ConEDH sequer uma cláusula genérica acerca da proteção dos direitos sociais (como ocorre com a Convenção americana, no seu artigo 26). Os direitos sociais foram consagrados posteriormente na Carta Social Europeia (CSE), que entrou em vigor apenas em 1965, mais de uma década depois da ConEDH, tendo sido revisada em 1996. LEAL, Gabriel Prado. *Jurisprudência de crise em Portugal: elementos para uma abordagem pragmática*. In: OLIVEIRA, Paulo; LEAL, Gabriel Prado (Org.). **Diálogos jurídicos luso-brasileiros: perspectivas atuais do direito público: o direito em tempos de crise**. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 267-290.

⁴²³ *Caso Minister of Health v. Treatment Action Campaign*. Disponível em: <<http://www.constitutionalcourt.org.za/uhtbin/hyperion-image/J-CCT8-02A>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁴²⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 251-293.

⁴²⁵ No caso, o Supremo Tribunal Federal afirmou a responsabilidade solidária dos entes federados no dever de prestar assistência à saúde, uma vez que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente. Assim, o direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, regido pelo princípio do acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. O financiamento do Sistema Único de Saúde, nos termos do artigo 195, opera-se com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. RE 855178. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=855178&classe=RE-RG>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁴²⁶ NEVES, loc. cit.

Diante desse quadro, embora nacionalismos sejam prejudiciais ao aprendizado normativo mútuo entre as ordens envolvidas, é impensável a supressão absoluta dos conflitos ordenativos, visto que o convívio construtivo entre ordens jurídicas é crucial, não apenas pelo fato de os problemas jurídico-constitucionais serem similares nas questões jurídicas enfrentadas pelos Estados, mas, sobretudo, perante a multiplicação do número de casos complexos similares ante a transterritorialização de problemas e a inadequação das soluções clássicas⁴²⁷.

Assim, embora seja inevitável o surgimento de colisões entre ordens jurídicas, não cabe falar de modelos de entrelaçamentos previamente arquitetados, visto que a expansão permanente da conversação constitucional torna fértil o cruzamento de questões constitucionais entre ordens jurídicas, com a assimilação mútua de conteúdos normativos, implicando em um intercâmbio contínuo de compreensões, para o enfrentamento de problemas jurídico-constitucionais similares⁴²⁸.

Dessa forma, em face da heterogeneidade da sociedade mundial, em que estão presentes inumeráveis centros de autofundamentação, que surgem no sistema jurídico multicêntrico da sociedade mundial, as decisões e atos provenientes das novas ordens transnacionais desterritorializadas, devem também produzir impactos jurídico-políticos relevantes, sobretudo diante do perigo da otimização sistêmica, contrária à ideia de cooperação e diálogo constitucional entre as ordens jurídicas⁴²⁹.

Portanto, as mudanças no cenário mundial e a variedade de ordens distintas, estatais e não estatais, não deve implicar o insulamento ordenativo mútuo, mas ao contrário, apenas gerar a diferenciação operacional de ordens jurídicas transnacionais, autônomas e independentes, em que, o paradigma Estatal clássico, perde espaço diante da intensificação de novas formas de relacionamentos, informais e solenes, no âmbito transnacional, edificando novas pontes de transição entre as ordens envolvidas^{430,431}.

⁴²⁷ BAUDENBACHER, Carl. Judicial globalization: new development or old wine in new bottles. **Texas International Law Journal**, v. 38, 2003, p. 505-526.

⁴²⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 251-293.

⁴²⁹ LADEUR, Karl-Heinz. Globalization and Conversion of Democracy to Polycentric Networks — Can Democracy Survive the End of Nation State? In: LADEUR, Karl-Heinz (Org.). **Public Governance in the Age of Globalization**. Aldershot: Ashgate, 2004, p. 89-118.

⁴³⁰ BERMAN, Paul Schiff. From International Law to Law and Globalization. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 43, n. 2, 2005, p. 485-556.

⁴³¹ PETERS, Anne. The merits of global constitutionalism. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 16, n. 2, 2009, p. 397-411. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1492141>. Acesso em: 5 mar. 2016.

2 A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE JURISDIÇÃO DE GARANTIAS

Never doubt that a small group of thoughtful, committed people can change the world. Indeed, it is the only thing that ever has.

Never believe that a few caring people can't change the world. For, indeed, that's all who ever have.

Never doubt that a small group of thoughtful, committed citizens can change the world; indeed, it's the only thing that ever does.

Margaret Mead.

2.1 A construção do conceito de jurisdição de garantias

Quando se busca enfrentar o debate recente do constitucionalismo moderno, observa-se que a discussão em torno do papel das cortes e do desenvolvimento da jurisdição de garantias⁴³², com o debate sobre a legitimidade dos julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário, tem apontando a realidade de que, cada vez mais, em diversos sistemas jurídicos, o Judiciário trabalha com a importante função contramajoritária de garantia dos direitos fundamentais e dos direitos humanos em face das maiorias eventuais⁴³³.

Ademais, o processo de globalização, impulsionado pelos exponenciais avanços tecnológicos no campo das comunicações e da informática, expande a atuação do Poder Judiciário, com a criação de cortes internacionais, supranacionais e regionais, com o fortalecimento de entrelaçamentos ordenativos.

Nesse sentido, a fundamentação decisória, centrada na produção de interpretações realizadas dentro de suas capacidades legitimatórias e das consequências na tomada de decisões, acaba por construir a concepção de que a legitimidade das decisões depende do grau

⁴³² Como visto, a jurisdição de garantias objetiva à tutela dos direitos fundamentais e Direitos Humanos, podendo, para este fim, se desenvolver através da jurisdição constitucional, que é o poder das cortes constitucionais de interpretar a legislação e invalidar os atos incompatíveis com a Constituição e com os direitos fundamentais, e por meio da jurisdição de direitos humanos, produzida pelas cortes internacionais, supranacionais ou regionais, ao interpretar o Direito Internacional e comunitário, especialmente em questões de Direitos Humanos. Ademais, a jurisdição constitucional e a jurisdição de direitos humanos, segundo a premissa metodológica aqui desenvolvida, podem ser exercidas por instituições que não necessariamente, ao menos no sentido estrito do termo, podem ser qualificadas como órgãos judiciais, desde que esta atividade não seja efetuada, exclusivamente, pelo Poder Executivo ou Poder Legislativo como é o caso do *Conseil d'Etat* francês, da Comissão Europeia de Direitos Humanos e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

⁴³³ SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 311-379.

de diálogo e consenso, arquitetada através do comprometimento e da possibilidade de concretização do debate participativo e pluralista, na seleção do modelo mais adequado a determinado sistema jurídico, para o exercício da jurisdição constitucional e de Direitos Humanos, o que, de alguma maneira, irá refletir na conversação institucional que será travada pelas Cortes do sistema transnacional.

2.2 A jurisdição constitucional

Ao se enfrentar o debate recente da jurisdição constitucional⁴³⁴, observa-se claramente que, principalmente no sistema jurídico europeu, a regulamentação jurídica da relação entre indivíduo e Estado se desenvolvia essencialmente em um plano infraconstitucional, cabendo às Constituições a mera função de definir a estrutura de governo e organização de poder, visto que o aspecto material da Constituição restaria integralmente sujeito à liberdade de configuração do legislador, no que a Supremacia do Parlamento não admitia a possibilidade de um controle externo do legislador soberano, reduzindo a função judicial à condição de mero aplicador da lei, incompatível com o modelo do *judicial review*^{435,436}.

Tal concepção essencialmente eurocêntrica, contudo, vem a sofrer uma mudança radical a partir do século XIX, com a introdução pelos Estados Unidos da América da ideia de que as decisões emanadas do Poder legislativo, dotadas de legitimidade democrática, podem ser submetidas à jurisdição constitucional, iniciado com o julgamento de *Marbury v. Madison* em

⁴³⁴ Para Kelsen, a jurisdição constitucional é a garantia constitucional da jurisdição. KELSEN, Hans. **A jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 123- 124.

⁴³⁵ Como visto na nota de rodapé n. 9, utilizaremos os vocábulos Tribunal Constitucional e Corte Constitucional como sinônimos. Da mesma maneira, utilizaremos indistintamente as expressões jurisdição constitucional, *judicial review* e controle de constitucionalidade.

⁴³⁶ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 41-49.

1803⁴³⁷ pela Suprema Corte norte-americana⁴³⁸.

É bem verdade que, é possível encontrar em instituições pré-modernas, antepassados da jurisdição constitucional^{439,440}, porém, em *Marbury v. Madison*, John Marshall que era o *Chief*

⁴³⁷ É interessante esclarecer o panorama histórico e político envolvendo *Marbury v. Madison*, e o simbolismo em torno do caso. Os Estados Unidos da América conquistaram sua independência em 1776, e, em 1787, a Constituição norte-americana foi aprovada durante a Convenção Constitucional da Filadélfia. À época, as instabilidades políticas eram múltiplas, com a tensão com a Inglaterra e as disputas internas de poder entre federalistas e democrata-republicanos. Nas eleições de 1800, os democrata-republicanos obtiveram maioria nas duas casas do Poder Legislativo, e Thomas Jefferson, um dos criadores do partido democrata-republicano, conseguiu derrotar o candidato do então presidente John Adams, Aaron Burr, na disputa pela presidência da República. Adams, ciente da derrota, e, de forma a se resguardar, tratou de aparelhar politicamente o Poder Judiciário. Assim, inicialmente, aprovou o *Judiciary act* em janeiro de 1801, criando dezoito cargos judiciais, com a suposta pretensão de consolidar o Poder Judiciário no país e desvincular os juízes da Suprema Corte da atuação simultânea como *circuit justices*. Em fevereiro do mesmo ano, e a menos de 15 dias do término de seu mandato, Adams aprovou o *The organic act of District of Columbia*, uma lei de organização por meio da qual foram criados quarenta e dois cargos de juiz de paz, que foram preenchidos por meio de um procedimento relâmpago. Por fim, Adams nomeou seu então Secretário de Estado, John Marshall, à presidência da Suprema Corte norte-americana. A estes futuros agentes públicos, os democrata-republicanos denominaram *midnight judges*, associando a nomeação dos mesmos aos momentos finais do governo de Adams. De toda sorte, com a nova composição do Congresso, de maioria democrata-republicana, o *Judiciary act* foi revogado pelo *Repeal Act* de 1802, levando à extinção dos cargos de *circuit judge* e à retirada dos respectivos juízes de seus postos. Não tardou para que os conflitos de interesses se judicializassem. Joseph Reed, *circuit judge* prejudicado pela revogação do *Judiciary act*, pediu a manutenção do pagamento de sua remuneração. Stuart, outro *circuit judge* prejudicado, requereu que a revogação do *Judiciary act* fosse declarada inválida pela Suprema Corte, com a retomada do cargo. Por fim, e certamente não menos importante, William Marbury impetrou *writ of mandamus*, reuendo que lhe fosse dada a posse no cargo de juiz de paz, visto que, apesar de já nomeado com base no *The organic act of District of Columbia*, o Secretário de Estado do presidente Jefferson, James Madison, não deu a Marbury a investidura no cargo de juiz de paz. O caso de William Marbury foi julgado antes dos demais pela Suprema Corte, e relatado pelo Presidente da Suprema Corte, o *Chief Justice* John Marshall, nomeado pelo antigo Presidente Adams. Marshall entendeu que os juízes possuíam direito à investidura, e a propositura da ação para obrigar o Estado a cumprir seu dever era o procedimento correto, mas, por outro lado, reconheceu a inconstitucionalidade do dispositivo legal que atribuía competência à Suprema Corte para julgar a matéria, pois, no entendimento de Marshall, as competências originárias da Suprema Corte estariam submetidas à reserva de Constituição. Assim, Marshall inaugura o *judicial review* moderno, que corresponde à viabilidade do Poder Judiciário, à luz de parâmetros constitucionais, revisar atos emanados dos outros Poderes. BARROSO, Luís Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25-32.

⁴³⁸ O artigo III da Constituição norte-americana afirma que o “poder judicial dos Estados Unidos, será investido em uma Suprema Corte e em tribunais inferiores como o Congresso ordenar e estabelecer”. GRIFFIN, Stephen. **American constitutionalism: from the theory to the politics**. Princeton University Press, 1999, p. 90-91.

⁴³⁹ Na Grécia, era possível invalidar decretos de agentes designados pelas assembleias para conduzirem a administração. O procedimento dessa invalidação era chamado de *graphe paranomon*, e ocorria quando os agentes designados estabeleciam decretos que violavam as regras superiores elaboradas pelas assembleias. Talvez, este tenha sido o antecedente mais antigo da jurisdição constitucional. Na Inglaterra do século XVII pré-parlamentarista, se desenvolveu o início da jurisdição constitucional através do *common law*, como no *Thomas Bonham v. College of Physicians case* ou *Bonham case* de 1610, em que uma lei que dava à corporação de ofício dos médicos a possibilidade de impor multas, julgá-las e ficar com a receita da multa caso correta sua aplicação, foi considerada violadora do *common law*, tendo em vista a imparcialidade no julgamento das multas, já que a instituição que julgava era beneficiada pelo resultado. No caso, Sir Edward Coke, *Chief Justice* da *Court of Common Pleas*, invalidou as multas aplicadas pelo *Royal College of Physicians*, que tinha poderes, segundo o *Parliament Act* de 1523 e do *Royal Decree* de 1518, de multar os membros que desrespeitassem suas regras. A multa era dividida entre o Colégio e a Coroa. Bonham foi multado e preso em 1610, e, ingressou com uma ação por detenção injusta perante a *Court of Common Pleas*, porque ninguém pode ser juiz e parte na mesma causa, o que violava o *common law*. MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.135-298.

⁴⁴⁰ Contudo, na jurisprudência norte-americana, existem decisões anteriores à *Marbury v. Madison*, nas quais cortes Estaduais se manifestaram sobre a constitucionalidade das leis, como se deu em *Commonwealth v. Caton case* de

of Justice, manejou o raciocínio, inovador à época, de que no conflito entre a aplicação de uma lei e a Constituição, a regra constitucional deverá prevalecer, por ser hierarquicamente superior⁴⁴¹, e nesse sentido, origina o debate moderno sobre o papel do Judiciário federal no constitucionalismo norte-americano, que posteriormente se desenvolve com o aumento lento e gradual da jurisdição constitucional no final do século XIX e início do século XX, especialmente com a ratificação das emendas da Guerra Civil (em especial a Décima Quarta Emenda), o *Jurisdiction and Removal Act* de 1875 e o *Judiciary Acts* de 1891 e 1925⁴⁴², que aumentam a atuação da Suprema Corte sobre casos constitucionais⁴⁴³.

O que se observa, contudo, é que a instituição moderna do *judicial review*, não era uma preocupação existente na *founding generation* do final do século XVIII⁴⁴⁴, na medida em que

1782, em que a *Virginia Court of Appeals* entendeu pela validade do *Virginia's Treason Act*. Em *Commonwealth v. Caton case*, John Caton e outros, condenado à morte por traição pela *General Court of Virginia*, foram perdoados em 1782, pela *House of Delegates of the State*. Contudo, o Senado, que deveria se manifestar sobre o caso, não concordou com o perdão, e, a questão foi levada à *Court of Appeals of Virginia*, que entendeu que o perdão não era válido sem a anuência do Senado, e que o ato da *House of Delegates of the State* de Virgínia seria inconstitucional. O controle de leis estaduais perante as Constituições Estaduais foi igualmente manifestado em *Holmes v. Watson* de 1780, julgado pela *New Jersey Supreme Court*; *Rutgers v. Waddington* de 1784, julgado pela *New York City Mayor's Court*; *Symsbury v. Bidwell* de 1785, julgado pela *Litchfield County Superior Court* em Connecticut; *Trevett v. Weeden* de 1786, julgado pela *Rhode Island Supreme Court*; e *Bayard v. Singleton* de 1787, julgado pela *North Carolina Superior Court*. Da mesma forma, há na jurisprudência norte-americana, decisões anteriores à *Marbury v. Madison*, nas quais cortes federais se manifestaram sobre a constitucionalidade das leis estaduais, como em *Vanhorne's Lessee v. Dorrance case* de 1795, em que a Suprema Corte norte-americana, entendeu pela invalidade do *Pennsylvania's Quieting and Confirming Act*. *Vanhorne's Lessee v. Dorrance case*, foi um dos primeiros casos em que um tribunal federal entendeu por não aplicar uma lei estadual por estar em conflito com a Constituição. No caso, o *Virginia's Treason Act* desapropriou bens sem indenização, e, portanto, de acordo com o Justice William Paterson, seria incompatível com os “direitos inerentes e inalienáveis do homem” e com a estabilidade dos contratos garantidos pela Constituição do Estado e pela Constituição norte-americana. De toda sorte, *Marbury v. Madison*, foi a primeira decisão da Suprema Corte norte-americana em que houve a análise da compatibilidade entre uma lei federal e a Constituição norte-americana. MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.135-138.

⁴⁴¹ Todavia, em *Stuart v. Laird*, julgado uma semana após *Marbury v. Madison*, que envolvia o pleito de Stuart para a retomada do cargo de *circuit judge*, e cujo advogado, Charles Lee, foi o mesmo que atuou em *Marbury*, a posição da Suprema Corte norte-americana foi exatamente no sentido oposto. A tese da Suprema Corte, capitaneada pelo Justice William Paterson, foi a de que o Congresso tinha autoridade sob a Constituição tanto para estabelecer, como abolir, os *circuit judges*. Cabe adicionar que John Marshall declarou-se impedido de julgar o caso *Stuart v. Laird*, alegando ter funcionado como *circuit judge* no juízo *a quo*. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 35-40.

⁴⁴² GRIFFIN, Stephen. **American constitutionalism**: from the theory to the politics. Princeton University Press, 1999, p. 96-97.

⁴⁴³ Na verdade, antes de 1860, apenas duas leis federais foram consideradas inconstitucionais, juntamente com trinta e cinco disposições de leis estaduais e locais. Após 1860, o ritmo em que as leis estaduais e locais foram consideradas inconstitucionais aumentou consideravelmente, e a invalidação de leis federais tornou-se comum. GRIFFIN, op. cit., p. 97.

⁴⁴⁴ GRIFFIN, op. cit., p. 91-93.

os pais fundadores estavam mais atentos ao estabelecimento da independência judicial^{445,446} e ao esquema da separação de poderes — com poderes compartilhados e freios e contrapesos — e não com a ideia de jurisdição constitucional — como se observa, por exemplo, do famoso ensaio de Alexander Hamilton sobre o poder judicial em “O Federalista n. 78” em que se está claramente discutindo a independência judicial, e, não o *judicial review* no sentido moderno⁴⁴⁷.

Assim, na verdade, pode-se estatuir que o *judicial review* contemporâneo nos Estados Unidos da América, aponta mais como uma criação do Estado moderno, do que uma ideia aceita do final do século XVIII, ou dito de outra forma, a versão moderna do *judicial review* não deve ser vista como uma concepção socialmente assente na *founding generation*, mas sim como uma instituição complexa, que inclui importantes concessões que se fizeram depois da Guerra Civil e de uma série de entendimentos construídos ao longo dos séculos XIX e XX entre os Poderes⁴⁴⁸.

De toda sorte, ao longo do século XX, passa também a Suprema Corte norte-americana, a iniciar o debate moderno sobre a questão da Supremacia do Poder Judiciário⁴⁴⁹, como se

⁴⁴⁵ A independência do Judiciário foi afirmada em diversos momentos na história norte-americana, como no caso do *impeachment* de Samuel Chase, juiz da Suprema Corte, em que o Senado rejeitou o impedimento, assentando a noção de que o *impeachment* de juízes somente se afiguraria cabível diante de crimes graves e infrações disciplinares. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 38-40.

⁴⁴⁶ John Pickering foi o primeiro *federal judge* a ter sido afastado do cargo após condenação por *impeachment*. Pickering foi *Chief Justice* da *New Hampshire Superior Court of Judicature* e posteriormente *Judge* da *United States District Court for the District of New Hampshire*, porém, foi acusado de senilidade, embriaguez e decisões ilegais pelo presidente Thomas Jefferson, e, o Senado o condenou, em 1804, removendo-o do cargo. BRANDÃO, loc. cit.

⁴⁴⁷ Segundo Hamilton, os tribunais estariam em uma posição mais adequada para fazer cumprir a vontade do povo, como um corpo intermediário entre o povo e o Legislativo, a fim de, entre outras coisas, manter o Legislativo dentro dos limites atribuídos à sua autoridade. GRIFFIN, Stephen. **American constitutionalism**: from the theory to the politics. Princeton University Press, 1999, p. 94 e 112.

⁴⁴⁸ Christopher Wolfe, divide o *judicial review* norte-americano em três fases distintas, a depender do tipo de atuação: *Traditional Era*, *Transitional Era* e *Modern Era*. A *Traditional Era*, se daria entre o ato de fundação (1787) e o final do século XIX. Este período seria de menor polêmica, visto que traduz uma atuação da Suprema Corte pautada em juízos de conformidade ou compatibilidade da lei em face da Constituição. Já na *Transitional Era*, a característica mais acentuada, consistiria na influência da doutrina filosófica do liberalismo econômico, protegendo o ideário do capitalismo *laissez-faire* em suas decisões. O marco inicial deu-se com o caso *Lochner v. New York* em 1905, o qual simbolizou o forte apreço destinado à preservação das matérias de política econômica, em detrimento de questões atreladas aos direitos sociais. Foi justamente nesta etapa, que se abriu espaço para que a Corte tivesse liberdade de invalidar leis que considerasse intrusiva na política econômica do Estado. A *Modern Era* se iniciaria após a crise do *Court-Packing plan* de 1937, com a jurisdição constitucional voltada para garantia das liberdades civis. WOLFE, Christopher. **The rise of modern judicial review**: From constitutional interpretation to judge-made law. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

⁴⁴⁹ Segundo Brandão, a ideia de supremacia judicial se não se confunde com a concepção de monopólio judicial. O monopólio judicial, afirma que a atividade de interpretação da Constituição deve ser desempenhada, exclusivamente, pelo Judiciário. Já a supremacia judicial, admite que outros Poderes interpretem a Constituição, ressaltando, porém, que a exegese judicial é a final. Em outras palavras, o monopólio judicial confere ao Judiciário a única palavra em matéria de interpretação constitucional, enquanto a supremacia judicial admite que o Poder Legislativo tenha a primeira palavra, conferindo, porém, ao Poder Judiciário a última. Ainda segundo Rodrigo Brandão, cumpre distinguir a acepção formal ou material que a supremacia judicial pode assumir. Formalmente, a

observa em *Cooper v. Aaron* de 1958⁴⁵⁰ e em *City of Boerne v. Flores* de 1997⁴⁵¹, ao se afirmar que o Judiciário federal é supremo na exposição da Constituição.

Também neste mesmo período, firmam-se inúmeros precedentes extremamente relevantes para o futuro desenvolvimento do *judicial review*, como a questão do papel do tribunal no sistema político, discutida na crise do *Court-Packing* de 1937⁴⁵², e do papel legítimo que o tribunal poderia desempenhar ao defender o *bill of rights* contra incursões majoritárias⁴⁵³, como no raciocínio que emerge claramente da famosa nota de rodapé quatro em *United States v. Carolene Products Co.* de 1938⁴⁵⁴.

Portanto, a partir do estabelecimento da premissa do controle de constitucionalidade das leis e atos emanados pelos outros Poderes, a Suprema Corte norte-americana construiu, principalmente ao longo do final do século XIX e da primeira quadra do século XX, a autoridade para ditar o sentido último da Constituição.

supremacia judicial significa que as interpretações constitucionais da Suprema Corte só podem ser revertidas por emenda constitucional, não se admitindo que lei ordinária possa fazê-lo. Materialmente, a supremacia judicial consiste no fato de as decisões constitucionais da Suprema Corte serem, em regra, finais, diante da dificuldade prática de os poderes políticos e de os atores da sociedade civil mobilizarem os instrumentos institucionais aptos a superar a interpretação judicial. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 183-225.

⁴⁵⁰ Para maiores detalhes sobre o caso, vide nota 179. Caso *Cooper v. Aaron*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/358/1/case.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁴⁵¹ Para maiores detalhes sobre o caso, vide nota 387. Caso *City of Boerne v. Flores*. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/521bv.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁴⁵² Em 1935-36, a Suprema Corte norte-americana decidiu oito casos importantes contra o *New Deal* (*Panama Refining Co. v. Ryan* de 1935, *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States* de 1935, *Louisville Joint Stock Land Bank v. Radford* de 1935, *Railroad Retirement Board v. Alton Railroad Co.* de 1935, *United States v. Butler* de 1936, *Carter v. Carter Coal Company* de 1936, *Ashton v. Cameron County Water Improvement District* de 1936, *Morehead v. New York ex rel. Tipaldo* de 1936), e, assim, provocou a crise do *Court-Packing* de 1937, em que o Presidente Franklin D. Roosevelt, tentou forçar a nomeação de novos juízes para o Tribunal. O plano de Roosevelt foi derrotado, mas ele logo foi capaz de colocar um número de adeptos do *New Deal* no Tribunal. Na verdade, mesmo antes de Roosevelt assegurar estas nomeações, o Tribunal já havia mudado de direção, e começou a considerar a legislação do *New Deal* constitucional em bases regulares. Contudo, a crise do *Court-Packing* foi importante para o desenvolvimento da teoria constitucional norte-americana, ao fixar a posição da Suprema Corte sobre o debate político. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 228-230.

⁴⁵³ Nesse sentido, podemos compendiar, dentre outros, inúmeros casos, os seguintes exemplos: o direito à não autoincriminação em *Miranda v. Arizona* de 1966; a liberdade de imprensa em *New York Times v. Sullivan* de 1964; a ilegitimidade da segregação racial nas escolas em *Brown v. Board of Education of Topeka* de 1954; a rejeição à criminalização de atividade sexual praticada entre adultos do mesmo sexo em *Lawrence v. Texas* de 2003; a vedação à restrição da interpretação das expressões “casamento” e “cônjuge” apenas às uniões heterossexuais em *United States v. Windsor* de 2013; e os direitos individuais dos presos em *Riley v. California* de 2014 e em *United States v. Wurie* julgados em 2014. MARTINS DE ARAUJO, Luis Claudio. Supremacia ou diálogos judiciais? O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 1, 2014, p. 1-46.

⁴⁵⁴ Essencialmente, a atuação legítima do Tribunal, na defesa da Constituição, ocorreria quando a legislação: (1) violasse um direito específico identificado no texto da Constituição; (2) excluísse os cidadãos do processo político; ou (3) fosse resultado de preconceito contra minorias. GRIFFIN, Stephen. **American constitutionalism: from the theory to the politics.** Princeton University Press, 1999, p. 105.

De toda sorte, apesar do desenvolvimento proeminente da Jurisdição Constitucional em solo norte-americano, a mesma tendência não é seguida no restante do mundo, em especial na Europa. No continente europeu, o caminho percorrido pela Jurisdição Constitucional toma um rumo um pouco diverso, podendo-se afirmar que, até início do século XX, o positivismo formalista afastava qualquer viabilidade de controle judicial dos atos do Poder Legislativo^{455,456}, uma vez que todo o Direito estaria compreendido no sistema composto pelas normas ditadas pelo Legislativo, e o papel do intérprete judicial se resumiria a fazer com que a vontade legislativa incidisse nos casos concretos, sendo o Poder Judiciário mero aplicador autômato de comandos ditados pelo Legislativo⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ É bem verdade, contudo, que houve experiências anteriores ao início do século XX, de controle judicial dos atos do Poder Legislativo na Europa, como a Constituição Suíça de 1848, que previa expressamente em seu artigo 113, al. 1, cap. 3, uma espécie de controle incidental de constitucionalidade. AUBERT, Jean-François. **Petite histoire constitutionnelle de la Suisse**, 4ed., Berne, Francke, 1983, p. 41.

⁴⁵⁶ Também é verdade que na Europa, após a Revolução Francesa, Sieyès propôs à constituinte de 1795, a criação de um *jurie constitutionnaire* composto por membros designados pela Assembleia, ao qual caberia julgar violações à Constituição. Contudo, tal concepção não prosperou entre os liberais franceses, e, acabou se optado pela criação do *Sénat Conservateur* com a Constituição do ano VII. Ademais, como afirma Sanchís “*la propia Constitución girondina, que tan minuciosamente intentaba asegurar la fidelidad del legislador a la Constitución, prohibía taxativamente a los jueces no ya suspender la ejecución de una ley, sino incluso interpretarla (Título X, Sección I, art. 6)*”. PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003, p. 59, 106-107.

⁴⁵⁷ A concepção generalizada com as Revoluções Liberais na Europa no século XVIII, era a de que as ameaças vinham do *ancien régime*, do monarca e da Igreja. Ao contrário, o Legislativo, recém-dotado de legitimidade democrática, era visto como um garantidor das liberdades fundamentais burguesas. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 4-5.

Tal concepção, contudo, entra em crise no começo do século XX⁴⁵⁸ — especialmente com a edição da Constituição austríaca em 1920^{459,460} — e a ideia da jurisdição constitucional se desenvolve na Europa com o término da Segunda Guerra Mundial, e se aprofunda na segunda quadra do século XX e início de século XXI, tendo por característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida, com a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficariam imunizados contra a ação danosa do processo político majoritário⁴⁶¹ e sua proteção passava a caber ao Poder Judiciário.

Da mesma forma, a participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos Poderes constituídos, inaugura na Europa a ideia da Supremacia do Judiciário, e, assim, com a virada kantiana e o retorno da ética normativa⁴⁶², a interpretação jurídica passa a se

⁴⁵⁸ Com a queda das monarquias na Europa após o fim da Primeira Grande Guerra, inicia-se e afirma-se a concepção democrática. Entretanto, conforme aponta Rodrigo Brandão “apesar da presença de condição essencial para o florescimento da jurisdição constitucional, o que efetivamente se verificou na Europa no período entre guerras foi o avanço de movimentos antiliberais (...) pois as ortodoxias do liberalismo econômico — em uma época em que o capitalismo já se caracterizava pela grande concentração do capital — não se mostravam aptas a resolver os graves problemas sociais e econômicos do período (desemprego em massa, superprodução, inflação, estagnação econômica etc.). A crescente direção da economia pelo Estado — sufragada pelo influentíssimo magistério de John Maynard Keynes — gerou uma profunda alteração institucional mesmo nos países imunes ao avanço do fascismo (ex. Estados Unidos da América, Inglaterra e França), pois os Parlamentos perderam espaço para o Executivo no exercício dessa nova função estatal. Com efeito, o Legislativo não se mostrava apto a prover as respostas céleres, técnicas e casuísticas que os referidos problemas econômicos demandavam. (...) Com efeito, nas décadas de 1920 e 1930 o liberalismo político vivenciou a sua maior crise, pois a combinação entre a ineficiência da doutrina do *laissez-faire* e das instituições liberais para debelar a crise econômica, a massa de desempregados, a ameaça comunista etc., formou um cenário propício para o triunfo da direita antiliberal na Europa”. BRANDÃO, op. cit., p. 51-52.

⁴⁵⁹ Após o fim da Primeira Grande Guerra, é editada a Constituição austríaca de 1920, fortemente influenciada por Hans Kelsen, representando o marco fundamental para a implantação do controle de constitucionalidade na Europa. O modelo austríaco de controle de constitucionalidade, é exercido por um Tribunal Constitucional, que por meio da jurisdição concentrada, pode invalidar uma norma, através de uma decisão de natureza constitutivo-negativa e com efeitos prospectivos. Contudo, o artigo 140 da Constituição austríaca, alterado pela reforma constitucional de 1929, permite que o controle perante o Tribunal Constitucional, também seja suscitado pelo *Oberster Gerichtshof* (Suprema Corte) e pelo *Verwaltungsgerichtshof* (Tribunal de Justiça Administrativa), pela via incidental, tendo a decisão do Tribunal Constitucional, nestas hipóteses, eficácia retroativa. KELSEN, Hans. **A jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 3-46, 119-186 e 237-298.

⁴⁶⁰ Apesar da Constituição austríaca de 1920 representar um marco fundamental para o controle de constitucionalidade na Europa, com a criação de um Tribunal Constitucional que exerce o controle de constitucionalidade por meio da jurisdição concentrada, pode-se afirmar que houve experiências anteriores à austríaca na construção de Tribunais Constitucionais, como é o caso da Suprema Corte de Mônaco, estabelecida pela Constituição de 1911. TOADER, Tudorel; SAFTA, Marieta. **The Relationship of the Constitutional Court with Parliament and the Government**. General Report at the XVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts Bucharest, Romania, 2011, p. 23-25.

⁴⁶¹ A Europa, a partir da segunda metade do século XX, passa a temer também as instituições democraticamente eleitas e os processos políticos majoritários, visto que os movimentos antiliberais que tiveram lugar no entre-Guerras se desenvolveram democraticamente. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 51-56.

⁴⁶² MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. **Revista Forense**, v. 1, 2008, p. 89-105.

aproximar da argumentação moral, na tentativa de promover uma ordem justa e democrática, focada no desenvolvimento de modelos de interpretação que busquem a retomada de certos paradigmas filosóficos que haviam sido afastados pelo positivismo jurídico⁴⁶³.

Percebe-se então, dessa forma, uma forte tendência de se positivar direitos fundamentais nas Constituições nacionais, e de se criar Tribunais Constitucionais^{464,465}, com a função principal de monitorar violações a direitos fundamentais, com a aplicação do texto constitucional em todas as suas potencialidades, e a ascensão do Judiciário ao papel de protagonista diante dos demais Poderes constituídos^{466,467}.

Desta feita, essa tendência é sentida em diversos países europeus, cabendo destaque para a Lei Fundamental de Bonn na Alemanha⁴⁶⁸ de 23 de maio de 1949 — marcada pela

⁴⁶³ Dessa maneira, o direito passou por novas concepções, e, é possível observar algumas contribuições deste movimento, com o surgimento de novas teorias interpretativas, como a teoria da leitura moral da Constituição de Ronald Dworkin e a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy; o surgimento de teorias argumentativas e teorias do discurso, como a teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas e a teoria do constitucionalismo discursivo, também de Alexy; e o surgimento de uma nova teoria hermenêutica, com postulados próprios e técnicas como a ponderação de interesses, a interpretação conforme à Constituição e a filtragem constitucional. Acredita-se que todas estas mudanças, em suma, levam a um resultado comum, o surgimento de uma nova teoria constitucional, e pode-se afirmar que esta é o resultado de todas as mudanças que se promoveram durante este curso da segunda metade do século XX para a primeira década do século XXI. Para maiores detalhes acerca da teoria constitucional contemporânea. BOLONHA, Carlos; EISENBERG, José; RANGEL, Henrique. Problemas Institucionais do Constitucionalismo Contemporâneo. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 17, 2011, p. 288-309.

⁴⁶⁴ Este modelo, se deve em grande parte à configuração desenhada por Hans Kelsen de jurisdição constitucional. Segundo Kelsen, o controle de constitucionalidade, seria competência de um Tribunal Constitucional, que através da jurisdição concentrada, poderia invalidar uma norma. Ademais, a decisão do Tribunal Constitucional possuiria natureza constitutivo-negativa e efeitos prospectivos. O Tribunal Constitucional, também atuaria como um legislador negativo, enquanto vinculado à Constituição, visto que a atuação como legislador positivo estaria à cargo do Poder Legislativo. Na concepção kelseniana, com a criação de um Tribunal Constitucional, estaria se garantindo a força normativa da Constituição, contudo, as questões políticas permaneceriam com o Poder Legislativo. Todavia, para Kelsen, o ato de decisão judicial não é apenas de aplicação do Direito, visto que a norma jurídica constitui uma espécie de moldura, onde são possíveis diversos conteúdos, de acordo com a diversidade das interpretações, cabendo ao juiz preencher essa moldura. KELSEN, Hans. **A jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 3-46, 119-186 e 237-298.

⁴⁶⁵ Já para Carl Schmitt, em oposição à concepção de Kelsen, o controle de constitucionalidade deveria ser conferido ao Presidente do Reich, que se colocaria como um poder intermediário e desvinculado de interesses. A visão de Carl Schmitt, se assemelha à ideologia do *pouvoir neutre* do monarca de Benjamin Constant, aplicável aqui aos Chefes de Estado. Carl Schmitt afirmava, ainda, que a guarda da Constituição tinha natureza política, logo não poderia ser atribuída ao Judiciário — sob pena de se configurar uma indevida “politização da justiça” — ou a qualquer um dos poderes constituídos — pois tal competência lhe conferiria ascendência sobre os demais, tornando-se não o guardião, mas o “senhor” da Constituição. SCHMITT, Carl. A justiça como guardiã da Constituição. In: **O guardião da Constituição**. Tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

⁴⁶⁶ O modelo kelseniano de Cortes Constitucionais também foi adotado na Constituição da Tchecoslováquia de 1920, de Liechtenstein de 1921 e da Espanha de 1931. GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why do Countries adopt Constitutional Review? **Journal of Law, Economics & Organization**, n. 30, 2014.

⁴⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 436-479.

⁴⁶⁸ A Constituição alemã, promulgada em 1949, tem a designação originária de “Lei Fundamental”, que sublinhava seu caráter provisório, concebida para uma fase de transição. A Constituição definitiva, só deveria ser ratificada depois que o país recuperasse a unidade. Em 31 de agosto de 1990, foi assinado o Tratado de Unificação, que regulou a adesão da República Democrática Alemã (RDA) à República Federal da Alemanha (RFA). Contudo, após a unificação não foi promulgada nova Constituição, e, assim, desde o dia 3 de outubro de 1990, a Lei

reafirmação dos valores democráticos — e, especialmente, para a criação do Tribunal Constitucional Federal (*bundesverfassungsgericht*), instalado em 1951, que, na sequência da Segunda Guerra e declínio do nazismo, emerge como principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional^{469,470}, influenciando o pensamento e a prática jurisprudencial de diferentes países do mundo.

Fundamental vigora em toda a Alemanha. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 97-148.

⁴⁶⁹ VANBERG, Georg. **The Politics of Constitutional Review in Germany**. New York: Cambridge University Press, 2005.

⁴⁷⁰ Segundo Luís Roberto Barroso, ao tratar do sistema constitucional alemão “O controle de constitucionalidade é exercido de forma concentrada. No plano federal, pelo Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), cujos membros são eleitos, em igual proporção, pelo Parlamento (o *Bundestag*, órgão da representação popular) e pelo Conselho Federal (o *Bundesrat*, o órgão de representação dos Estados); nos Estados, pelos Tribunais ou Cortes Constitucionais estaduais (*Landesverfassungsgerichte*). A existência do Tribunal Constitucional Federal é prevista expressamente na Lei Fundamental (art. 92), que institui algumas de suas competências (art. 93) e disciplina sua composição (art. 94). Sua estrutura, no entanto, é detalhada pela Lei federal de 12 de março de 1951, que constitui a Lei Orgânica do Tribunal (BVerfGG). A Lei Fundamental prevê que os membros do TCF são eleitos, metade pelo Parlamento Federal, metade pelo Conselho Federal. Já a Lei Orgânica prevê que serão 16 (dezesesseis) os juízes e que terão um mandato de doze anos. Lei federal pode atribuir outras competências para a Corte, além das que figuram na Lei Fundamental, sendo que as regras procedimentais de atuação junto a ela foram estabelecidas por lei datada de 15 de dezembro de 1986. O tribunal não funciona como corte de cassação ou revisão das decisões dos tribunais inferiores. Sua atuação se restringe à jurisdição constitucional, não lhe cabendo a interpretação ou aplicação do direito infraconstitucional aos casos concretos. O Tribunal Constitucional é dividido em duas ‘Seções’ (*Senate*), compostas, cada uma, por oito juízes. Tais Seções dividem as matérias de competência do Tribunal Constitucional, nos termos da sua Lei Orgânica (BVesfGG). Quando houver divergência de entendimento entre as Seções, a decisão deverá ser proferida pelo Plenário (§ 16 do BVerfGG). Há certa flexibilidade quanto à possibilidade de modificação das competências, em razão de eventual excesso de processos em alguma das duas Seções, o que se fará por meio de decisão do Plenário (§ 14 do BVerfGG). Cada Seção ainda deliberará sobre a formação de Câmaras (*Kammern*), compostas por três juízes (§ 15a.1 do BVerfGG). Uma de suas atribuições é fazer o exame de admissibilidade da remessa ao Tribunal Constitucional das questões constitucionais e das queixas constitucionais. A subdivisão em Câmaras é um importante mecanismo de ‘barragem’ dessas vias de acesso ao Tribunal, em que se concentra grande parte do seu trabalho. As principais competências do Tribunal Constitucional Federal alemão incluem: a) o controle abstrato de constitucionalidade, que tem por objeto a discussão em tese de norma federal ou estadual impugnada em face da Lei Fundamental. A legitimação para suscitar essa modalidade de controle é extremamente restrita, limitando-se ao Governo Federal, aos Governos estaduais e a pelo menos 1/3 (um terço) dos membros do Parlamento. O controle abstrato tem sido utilizado com parcimônia na prática constitucional alemã; b) o controle concentrado de constitucionalidade. Na Alemanha, ao contrário do que ocorre no Brasil, o controle de constitucionalidade em relação à Lei Fundamental é concentrado em um Tribunal Constitucional. Assim, caso qualquer juízo ou tribunal, no exame de um caso concreto, admita a arguição de inconstitucionalidade de uma lei federal, deverá suspender o processo e encaminhar a questão constitucional para ser decidida pelo Tribunal Constitucional Federal; c) o julgamento da queixa constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), notadamente nas questões envolvendo violação de direitos fundamentais por autoridade pública. Podem ser impugnados por essa via decisões judiciais, administrativas e até atos legislativos. A maior parte dos pedidos é apresentada contra decisões de tribunais. A queixa constitucional responde pela grande maioria dos casos apreciados pelo Tribunal Constitucional Federal alemão”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 63-64.

Da mesma forma, na Itália, com o fim do fascismo e a ascensão da Constituição de 1948^{471,472}, sobretudo com a instalação do Tribunal Constitucional em 1956^{473,474} — com atuação em paralelo à Corte de Cassação — as normas constitucionais e os direitos fundamentais passam a ser diretamente aplicáveis, sem intermediação do legislador⁴⁷⁵, e, da mesma maneira, com a revolução dos Cravos e a queda do franquismo, Portugal em 1976⁴⁷⁶ e

⁴⁷¹ A Assembleia Nacional Constituinte Italiana, aprovou em 22 de dezembro de 1947, a nova Constituição da República Italiana, com a promulgação no dia 27 de dezembro do mesmo ano, e a entrada em vigor em 1 de janeiro de 1948, texto que dá início à jurisdição constitucional na Itália, com a criação de um Tribunal Constitucional. VOLCANSEK, M. Political Power and Judicial Review in Italy. **Comparative Political Studies**, v. 26, 1999, p. 492-509.

⁴⁷² RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonino. **Lineamenti di Giustizia Costituzionale**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1998, p. 7-56.

⁴⁷³ Segundo Luís Roberto Barroso “Relembre-se que a Corte Constitucional italiana somente veio a se instalar em 1956. Antes disso, o controle de constitucionalidade foi exercido, por força da disposição constitucional transitória VII, pela jurisdição ordinária, que não lhe deu vitalidade. Pelo contrário, remonta a esse período a formulação, pela Corte de Cassação, da distinção entre normas *preceptivas*, de caráter vinculante e aplicáveis pelos tribunais, e normas de *princípio* ou *programáticas*, dirigidas apenas ao legislador e não aplicáveis diretamente pelo Judiciário. Assim, pelos nove primeiros anos de vigência, a Constituição e os direitos fundamentais nela previstos não repercutiram sobre a aplicação do direito ordinário”. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 116.

⁴⁷⁴ A Corte Constitucional tem sua estrutura definida no artigo 134 e seguintes da Constituição Italiana, e é composta por 15 juízes, sendo 5 juízes escolhidos pelo Parlamento (escolhidos pelas duas casas — Câmara dos Deputados e Senado da República — reunidas em sessão conjunta, com voto secreto e com maioria de dois terços — no terceiro escrutínio sucessivo é suficiente a maioria de três quintos dos componentes da Assembleia), 5 escolhidos pelo Presidente da República e 5 pelo Conselho da Magistratura (o artigo 2 da lei n. 87 de 1953, estabelece que três juízes são provenientes da Corte de Cassação, um do Conselho de Estado e um da Corte de Contas). Os juízes da Corte Italiana, têm mandato de nove anos não prorrogáveis, não havendo limite de idade para a nomeação, nem para exoneração do cargo. Portanto, seu mandato se estende além dos anos do mandato de Presidente da República (7 anos) e do Parlamento (5 anos). O mandato anteriormente era de 12 anos, mas foi reduzido para 9 anos na reforma constitucional de 1967. Os juízes devem ser escolhidos entre magistrados, mesmo aposentados, das jurisdições superiores ordinária ou administrativa; professores universitários titulares em matéria jurídica; e advogados depois de vinte anos de exercício da profissão. O funcionamento e estruturação da Corte Constitucional, se dá por meio da Lei Constitucional n. 1 de 1953 e a lei ordinária n. 87 de 1953. RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonino. **Lineamenti di Giustizia Costituzionale**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1998, p. 57-99.

⁴⁷⁵ Segundo Luís Roberto Barroso “Na Itália, a Constituição entrou em vigor em 1º de janeiro de 1948. O processo de constitucionalização do Direito, todavia, iniciou-se apenas na década de 60, consumando-se nos anos 70”. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 116-117.

⁴⁷⁶ Em Portugal, o Tribunal Constitucional foi criado pela Revisão Constitucional de 1982, e é composta de 12 Ministros, sendo 9 escolhidos pelo Poder legislativo e ou outros 3 magistrados pelos próprios juízes, para um mandato de 9 anos. Em Portugal, se admite ordinariamente o controle de constitucionalidade judicial e preventivo, e, assim, o controle de constitucionalidade concentrado deve ser suscitado no prazo de oito dias, cujo termo inicial é a data de recepção do diploma, nos termos do art. 278, n. 3, da Constituição portuguesa. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 641-1042.

Espanha em 1978⁴⁷⁷, com a redemocratização e a reconstitucionalização, criam Tribunais Constitucionais⁴⁷⁸, agregando valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional⁴⁷⁹.

A partir daí, este modelo se irradia por toda a Europa⁴⁸⁰, com uma clara tendência à expansão do *judicial review* nos sistemas jurídicos, apesar de se observar diversos modelos de jurisdição constitucional, a depender do país analisado⁴⁸¹.

É o que se percebe em alguns países como a Bélgica, que, na continuação das reformas ocorridas na década de 1970, estabelece em nível constitucional, em 1980, o Tribunal de Arbitragem⁴⁸², com a função de delimitar os limites das competências federativas estabelecidas na Constituição, e que, progressivamente, amplia as suas competências, até se tornar um

⁴⁷⁷ Na Espanha, o Tribunal Constitucional é composto por 12 membros, nomeados por decreto real, sendo, 8 designados pelo Parlamento (4 pelo Senado — entre candidatos propostos pelas Assembleias Legislativas das Comunidades Autónomas — e 4 pelo Câmara dos Deputados, por voto de 3/5 dos membros de cada casa); 2 pelo Presidente; e 2 pelo Conselho Geral do Poder Judiciário (por voto de 3/5 dos membros), para um mandato de nove anos. Os juízes devem ser escolhidos dentre espanhóis, que sejam juízes, procuradores, professores universitários, funcionários públicos ou advogados, de reconhecida competência, com mais de quinze anos de prática profissional. A Corte é renovada em um terço a cada três anos. Na Espanha, a petição inicial do recurso de inconstitucionalidade, se sujeita a prazo, devendo o controle de constitucionalidade abstrato ser provocado, em regra, no prazo de três meses, cujo termo inicial é a data da publicação da lei ou ato normativo, na forma do artigo 33 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional espanhol. GUILLEN LOPEZ, Enrique. *Judicial Review in Spain. The Constitutional Court. Loyola of Los Angeles Law Review*, v. 41, n. 2, 2008, p. 529-562.

⁴⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 98.

⁴⁷⁹ Anos antes das Constituições de Portugal e Espanha, esta tendência foi seguida pelas Constituições do Chipre de 1960 e da Turquia de 1961. VILLALÓN, Pedro C. **La formación del sistema europeo de control de La constitucionalidad**. 1918-1939. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 94-218.

⁴⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 97-148.

⁴⁸¹ Na verdade, Tom Ginsburg lembra que, embora se afirme que a maioria dos países europeus se valha do modelo de tribunais constitucionais, dos principais países da Europa, hoje apenas Áustria, Alemanha, Itália, Portugal e Espanha trabalham com Cortes Constitucionais, e não é por acaso que estes são os países pós-fascistas. GINSBURG, Tom. **The Global Spread of Constitutional Review**. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMAN, Daniel (Coord.). Oxford: Oxford Handbook of Law and Politics, 2008.

⁴⁸² Em 1983, em nível infraconstitucional, foi definida a composição, competência e funcionamento do Tribunal de Arbitragem, que foi oficialmente inaugurado em 1984. PEETERS, Patrick. Expanding constitutional review by the Belgian Court of Arbitration. **European Public Law**, v. 11, n. 4, 2005, p. 411-475.

Tribunal Constitucional⁴⁸³, com o poder de declarar inconstitucional e suspender leis, decretos e demais atos^{484,485}.

Da mesma maneira, na Grécia, a jurisdição constitucional⁴⁸⁶, segundo a atual Constituição de 1975, é exercida de forma difusa, incidental e em concreto, exceto nas hipóteses de competência especial da *Special Highest Court*⁴⁸⁷ — que não é um tribunal permanente, atuando apenas nas hipóteses de sua competência especial, particularmente, nos conflitos de competência manifestados pelos tribunais de cúpula do sistema judicial grego⁴⁸⁸ — para examinar a constitucionalidade das leis, atuando, nesse caso, no modelo concentrado, principal e em abstrato, podendo declarar a nulidade de norma inconstitucional com efeitos *erga omnes*⁴⁸⁹.

É bem verdade, que alguns outros países europeus, apesar de abraçarem a jurisdição constitucional, não adotaram o modelo de Cortes Constitucionais, como é o caso dos países nórdicos, que possuem uma posição bastante particular no sistema de jurisdição constitucional na Europa, visto que, no sistema constitucional escandinavo, a possibilidade de exercício do

⁴⁸³ O Tribunal Constitucional, nome que formalmente recebe com a reforma constitucional de 2007, é composto por doze juízes, com o poder de declarar inconstitucional e suspender as leis, decretos e demais atos que, fundamentalmente, violem os direitos e liberdades individuais, o princípio da legalidade e igualdade, a proteção de estrangeiros, e as regras de repartição e competências estabelecidas na Constituição. PEETERS, Patrick. Expanding constitutional review by the Belgian Court of Arbitration. **European Public Law**, v. 11, n. 4, 2005, p. 411-475.

⁴⁸⁴ A Bélgica, na verdade, trabalha com um sistema misto de controle de constitucionalidade, exercido pelas cortes nacionais e pelo Tribunal Constitucional. As demandas podem ser julgadas pelo Tribunal Constitucional, mediante reclamação de qualquer indivíduo com interesse direto na demanda, ou por solicitação das cortes do país na análise de questões preliminares de processos em curso, com efeitos vinculantes, *ex tunc* e *erga omnes*. PEETERS, op. cit., p. 411-422.

⁴⁸⁵ O Tribunal Constitucional belga entende que, em caso de concorrência de violações, quanto ao direito internacional e direito interno, a matéria deve ser analisada primeiramente pelas cortes domésticas, para somente após, levar a demanda às cortes europeias, estabelecendo desta forma uma sequência no exercício do controle de constitucionalidade (*sequence of review*). PEETERS, loc. cit.

⁴⁸⁶ O controle de constitucionalidade na Grécia, deve ser entendido como uma consequência lógica das Constituições escritas desde 1827, seguindo a mesma sistemática do controle difuso norte-americano. O primeiro caso relevante de análise de constitucionalidade na Grécia, foi efetuada pela *Supreme Civil and Criminal Court (Areios Pagos)* na Decisão 169 de 1865, não obstante a Corte ter entendido pela improcedência do pedido. Já a primeira constatação de inconstitucionalidade, ocorreu na Decisão 23 de 1897, também proferida pela *Supreme Civil and Criminal Court (Areios Pagos)*, configurando, assim, um mecanismo de preservação da supremacia da Constituição através do controle difuso, incidente e concreto. TASSOPOULOS, Ioannis A. New Trends in Greek Contemporary Constitutional Theory: A Comment on the Interplay Between Reason and Will, **10 Duke Journal of Comparative & International Law**, 1999, p. 223-248.

⁴⁸⁷ A *Special Highest Court* é considerada como o Supremo Tribunal Constitucional, e suas decisões são irrevogáveis e obrigatórias para todos os tribunais. TASSOPOULOS, loc. cit.

⁴⁸⁸ Uma das hipóteses de competência especial, conforme o artigo 100, 1, letra “e” da Constituição de 1975, seria a manifestação da *Special Highest Court*, quando houver entendimentos contrários, manifestados pelos tribunais de cúpula do sistema judicial grego, que são a *Supreme Administrative Court*, a *Supreme Civil and Criminal Court (Areios Pagos)* e a *Court of Auditors*. SPILIOTOPOULOS, Epaminondas. Judicial review of legislative acts in Greece. **Temple Law Quarterly**, 1983, p. 463-502.

⁴⁸⁹ SPILIOTOPOULOS, loc. cit.

judicial review, é enfrentado de maneira bastante distinta, a depender do país estudado^{490,491}, com destaque para a Noruega⁴⁹² — que apesar da ausência do *constitutional review* na Constituição de 1814, inicia a prática por influência do sistema norte-americano, e, hoje, a jurisdição constitucional é considerada um direito constitucional consuetudinário^{493,494} —, e, para a Islândia — que apesar de não haver menção expressa ao *constitutional review* na Constituição de 1944, admite que a Suprema Corte (*Hæstiréttur*)⁴⁹⁵ fiscalize a legitimidade e constitucionalidade de decretos e ações governamentais — o que denota que, atualmente, a imensa maioria dos países europeus se vale de alguma forma de *judicial review of legislation*⁴⁹⁶.

É também o caso da Suíça⁴⁹⁷, em que a atual Constituição de 1999, apesar de não tratar formalmente, em nível federal, de um Tribunal Constitucional, traz um Tribunal Federal, que é a autoridade judiciária última, com a função de garantir a proteção dos direitos constitucionais e os direitos fundamentais dos cidadãos⁴⁹⁸.

⁴⁹⁰ No caso das Constituições da Dinamarca de 1953, Islândia de 1944 e Noruega de 1814, não há qualquer previsão de exercício da jurisdição constitucional pelos tribunais, contudo, a prática do *judicial review* decorre do desenvolvimento dos tribunais, em particular, no caso da Noruega e Islândia, situação que não se verifica com a mesma intensidade nos tribunais da Dinamarca, em que há certa relutância no exercício da jurisdição constitucional. Já no caso das Constituições da Suécia de 1974 e da Finlândia de 1999, há permissivo expresso para o *judicial review*, apesar de ser pouco utilizado. BRUZELIUS, Karin M. Bruzelius. **The Nordic Constitutions and judicial review**. Disponível em: <http://www.constcourt.md/public/files/file/conferinta_20ani/programul_conferintei/Karin_Bruzelius_2.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2016.

⁴⁹¹ Na Estônia, a Suprema Corte, estabelecida pela Constituição de 1920, e, mantida pela atual Constituição de 1992, é o órgão de cúpula do sistema judicial e a entidade responsável pela interpretação e uniformização da interpretação constitucional. GINTER, Carri. Constitutional review and EC law in Estonia. **European Law Review**, v. 31, n. 6, 2006, p. 912-921.

⁴⁹² SLAGSTAD, Rune. The Breakthrough of Judicial Review in the Norwegian System. In: R. Slagstad and E. Smith, eds. **Constitutional Justice Under Old Constitutions**. The Hague: Kluwer Law International, 1995.

⁴⁹³ SMITH, Carsten. The Supreme Court in present-day society. In: TSCHUDI-MADSEN, Stephan (Ed.). **The Supreme Court of Norway**. Oslo: Aschenhoug and Co., 1998, p. 134-135.

⁴⁹⁴ A Constituição da Noruega foi adotada em 1814, e é a mais antiga Constituição escrita na Europa ainda em vigor. O sistema de jurisdição constitucional na Noruega é difuso, e, tanto os tribunais ordinários, como a Suprema Corte, têm o poder de analisar a constitucionalidade da legislação aprovada pelo parlamento norueguês, bem como as decisões administrativas. Na Noruega, o primeiro julgamento que envolvia análise de constitucionalidade de normas, ocorreu em 1866 na Decisão *Wedel Jarlsberg*. SMITH, loc. cit.

⁴⁹⁵ A Suprema Corte da Islândia (*Hæstiréttur*) foi criada em 1920, e possui competência em matéria de direito civil, comercial, penal, administrativo, constitucional e internacional. ÁRNASON, Ágúst Thór. A Review of the Icelandic Constitution. Popular sovereignty or political confusion. **Tijdschrift voor Constitutioneel Recht**, 2011, p. 346.

⁴⁹⁶ MEUWESE, Anne. Popular Constitution-Making: The Case of Iceland. In Denis J. Galligan and Mila Versteeg, **Social and Political Foundations of Constitutions**. Cambridge University Press, 2013, p. 472-476.

⁴⁹⁷ Na Suíça, há uma limitação temporal às emendas à Constituição, visto que só é possível propor emendas à Constituição de 7 em 7 anos, mesma data em que a capital do país será alterada. AUBERT, Jean-François. **Petite histoire constitutionnelle de la Suisse**. 4. ed. Berne: Francke, 1983.

⁴⁹⁸ O controle de constitucionalidade, em regra, em nível federal, se desenvolve no caso concreto, quando da interposição de recurso ao Tribunal Federal, após terem sido esgotadas as instâncias cantonais e federais. Contudo, o regramento suíço também admite o uso da jurisdição constitucional abstrata, quando da análise, pelo Tribunal Federal, das leis cantonais, visando exatamente garantir o cumprimento da dimensão federalista, através de mecanismos de vigilância da Confederação em relação aos cantões. Da mesma forma, cabe lembrar que, o Tribunal Federal suíço, ao analisar a constitucionalidade de uma lei federal, não pode anular ou recusar a aplicação da lei, devendo apenas conferir ao dispositivo a interpretação que melhor se harmoniza com a Constituição. Assim, uma

Da mesma forma, outros países europeus, apesar de se valerem de uma Corte Constitucional, não exercem o modelo abstrato e em concreto típico, como é o caso da *Cour Constitutionnelle du Grand-Duché de Luxembourg*, criada pela *Loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle*, que possui competência de analisar a compatibilidade das leis com a Constituição, e de garantir a proteção dos direitos fundamentais previstos na Constituição, de maneira prejudicial à questão principal do processo, em uma análise em concreto⁴⁹⁹.

Também é verdade que, alguns pouquíssimos países na Europa restringiram a possibilidade de uso da jurisdição constitucional, com destaque para o caso da Holanda, que, apesar de expressamente proibir o *judicial review* dos *statutes* na seção 115 da Constituição de 1814 — após a revisão de 1848 —, ao dispor que “*statutes are inviolable*” — previsão esta que se manteve nas diversas revisões constitucionais, e, na revisão de 1983, passou a estar disposta na seção 120 da Constituição holandesa que prevê “*the constitutionality of statutes and treaties shall not be reviewed by the judiciary*”⁵⁰⁰ — admite que o judiciário holandês^{501,502} possa

norma incompatível com a Constituição, só poderá ser modificada ou ab-rogada formalmente, pela autoridade legislativa competente, por meio de um processo legislativo regular. JOMINI, André. **Présentation du Tribunal fédéral suisse comme autorité de juridiction constitutionnelle**. Disponível em: <http://www.bger.ch/cahiers_conseil_constitutionnel_def_2005.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2016.

⁴⁹⁹ A manifestação da *Cour Constitutionnelle du Grand-Duché de Luxembourg* quando à compatibilidade constitucional de uma norma, se manifesta de maneira prejudicial à questão principal de um processo, em uma análise em concreto. Assim, a parte pode suscitar a inconformidade de uma lei com a Constituição perante um tribunal judicial ou administrativo, que, em regra, é obrigado a remeter a questão à *Cour Constitutionnelle du Grand-Duché de Luxembourg*, para analisar a constitucionalidade da norma, salvo se a questão levantada não influenciar na decisão final do tribunal judicial ou administrativo ou venha a se referir a um processo improcedente, ou ainda, se a *Cour Constitutionnelle du Grand-Duché de Luxembourg* já tenha se pronunciado anteriormente sobre a questão. FERRERES, Victor. The European model of constitutional review of legislation. Toward decentralization. **International Journal of Constitutional Law**, v. 7, 2004, p. 461-491.

⁵⁰⁰ É interessante notar que a Holanda, apesar de ter sido considerada um dos primeiros países europeus a tratar do controle judicial dos atos do Poder Legislativo, hoje, é um dos poucos países que não possuem mecanismos de *constitutional review* na Europa. Na Holanda, entre 1802 e 1805, o *National Syndicate*, uma instituição que compreendia três membros do Poder Judiciário, exercia jurisdição constitucional concentrada. Contudo, a Constituição holandesa de 1814, após a revisão de 1848, passou expressamente a proibir o *judicial review*. Assim, apesar de desde 1838 existir uma *Supreme Court of the Netherlands*, com jurisdição civil, criminal e tributária, a Corte não possui jurisdição para o *constitutional review*. VAN DER SCHYFF, Gerhard. Structuring the Judiciary to Conduct Constitutional Review in the Netherlands: A Comparative and European Perspective. **European Journal of Law Reform**, v. 14, 2012, p. 467-490.

⁵⁰¹ A *Supreme Court of the Netherlands*, é a mais alta corte para o *Kingdom of the Netherlands* — composta pela Holanda, Curaçao, Sint Maarten e Aruba —, inclusive atuando como instância recursal para os recursos de cassação interpostos da *Joint Court of Justice of Aruba, Curaçao, Sint Maarten, and of Bonaire, Sint Eustatius and Saba* (*Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba*) — que funciona como instância inicial de apreciação das demandas judiciais que corram nos três países autônomos constituintes do *Kingdom of the Netherlands*, Aruba, Curaçao e Sint Maarten e nas três municipalidades especiais dos Países Baixos, Bonaire, Sint Eustatius e Saba. VAN DER SCHYFF, Gerhard. **Constitutional Review by the Judiciary in the Netherlands: A Bridge Too Far?** *German Law Journal* 11, 2010, p. 275-290.

⁵⁰² Cabe pontuar que a Constituição de Sint Maarten de 2010, criou uma *constitutional court*, que exerce um modelo de jurisdição constitucional concentrado e abstrato, porém, *ex ante*. Inclusive, recentemente, o *Ombudsman* de Sint Maarten questionou a constitucionalidade do Código Penal de Sint Maarten perante a

efetuar o *judicial review* de atos normativos que possuam *status* inferior aos *acts of parliament*⁵⁰³.

Porém, o que se percebe, de uma maneira geral, é que a grande maioria dos países europeus se valeu de algum modelo de jurisdição constitucional, seja pelo controle difuso e incidental, seja pelo controle concentrado e principal.

Até mesmo na França e no Reino Unido, em que se observa certa tendência à aversão ao modelo europeu de expansão da jurisdição constitucional, recentemente, vem se notando, certos avanços institucionais no desenvolvimento do *judicial review*.

No caso Francês, em que, por força da permanente desconfiança em relação ao Poder Judiciário^{504,505}, decorrente da herança do *ancien régime*, historicamente o controle de

constitutional court, especialmente em face da previsão de pena de morte no código em referência, e a *constitutional court*, se valendo de inúmeros precedentes da *European Court of Human Rights*, entendeu pela inconstitucionalidade da previsão, especialmente em face da impossibilidade de revisão da pena e de ressocialização. A relação da *Supreme Court of the Netherlands* e os casos ocorridos em Sint Maarten, são regulados pela *Kingdom law of the Netherlands*. VAN DER SCHYFF, loc. cit.

⁵⁰³ Tal circunstância, leva à particular condição de que, por força da previsão constante da seção 120 da Constituição holandesa, ao Poder Judiciário holandês é vedado efetuar o *constitutional review of statutes*, ou seja, dos *acts of parliament*, porém, não é proibido efetuar o *review of legislation* de atos normativos que possuam *status* inferior aos *acts of parliament*. Assim, por exemplo, o Poder Judiciário pode efetuar o *constitutional review* de *delegated legislation*, desde que este controle não seja usado como forma transversa de efetuar o *constitutional review* dos *statutes*. Ademais, a revisão constitucional de 1953, reconheceu na seção 94 da Constituição holandesa, a possibilidade do Poder Judiciário efetuar o controle de atos normativos, em relação a sua compatibilidade com tratados internacionais, ao dispor que “*legislative regulations in force within the Kingdom shall not be applicable if such application is in conflict with provisions of treaties that are binding on all persons or in conflict with resolutions adopted by international institutions*”. Logo, o Poder Judiciário pode, com base na seção 94 da Constituição holandesa, efetuar o controle de todos os atos normativos holandeses, em relação a sua compatibilidade com tratados internacionais, em particular a compatibilidade das normas domésticas com a Convenção Europeia de Direitos Humanos (ConEDH). Desta forma, a Constituição holandesa, vedou o *constitutional review of statutes*, mas criou uma situação bastante singular, de possibilidade de controle dos *acts of parliament* tomando por base atos supranacionais, combinado com o *review of legislation* de atos normativos de *status* inferior aos *acts of parliament*. ADAMS, Maurice; VAN DER SCHYFF, Gerhard. *Constitutional Review by the Judiciary in the Netherlands. A Matter of Politics, Democracy or Compensating Strategy?* **Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht**, v. 66, 2006, p. 399-413.

⁵⁰⁴ Na França, foram criados ao lado dos tribunais judiciais, os tribunais administrativos, com a função de efetuar o julgamento dos atos da administração. A *Cour de Cassation* (Corte de Cassação), criada em 1790 sob o nome *Tribunal de Cassation*, é o órgão de cúpula da jurisdição judicial, com competência sobre matérias cíveis e penais. Já o *Conseil d’Etat* (Conselho de Estado), que existe desde a Constituição do ano VIII (1799), é a mais alta instância da jurisdição administrativa e o mais alto órgão consultivo do governo. O modelo de contencioso administrativo, surgiu com o art. 13 da Lei de 16-24 de agosto de 1790, e, com o advento da Lei de 24 de maio de 1872, o *Conseil d’Etat* se tornou independente. No Brasil, no período imperial, pela Constituição de 1824, havia ao lado da jurisdição judicial, a jurisdição administrativa, exercida pelo Conselho de Estado, que era órgão auxiliar do Poder Moderador, e que possuía a atribuição para se manifestar nos litígios entre a Administração e os particulares, embora em caráter consultivo. ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo II**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 380-381 e 565-571.

⁵⁰⁵ O caso Blanco, decidido pelo Tribunal de Conflitos em 8 de fevereiro de 1873, é considerado fundamental para definição da competência da jurisdição administrativa francesa. No caso, em 3 de novembro de 1871, Agnès Blanco de 5 anos, ao passar em frente a uma fábrica estatal de tabaco, foi atropelada e gravemente ferida por uma vagonete que era conduzida por quatro empregados. O pai de Agnès, Jean Blanco, ingressou em 24 de janeiro de 1872, com uma ação de reparação civil contra o Estado, alegando a teoria da *faut du service*. Há então um conflito entre a jurisdição judicial e a jurisdição administrativa, e o Tribunal de Conflitos, responsável por fixar a competência, por meio do voto de desempate do Ministro da Justiça, Jules Dufaure, presidente do Tribunal de

constitucionalidade nas Cartas Constitucionais⁵⁰⁶ se desenvolvia de forma política e preventiva^{507,508}, infenso ao controle judicial e repressivo de constitucionalidade — modelo este também presente na atual Constituição da Quinta República de 1958⁵⁰⁹, que manteve este formato de controle de constitucionalidade a ser exercido pelo *Conseil Constitutionnel*⁵¹⁰ —, a

Conflitos (denominado Guardião dos Selos), entendeu que a competência seria do Conselho de Estado. A decisão reconhece a função pública, como critério para definir a competência da jurisdição administrativa. É importante ressaltar que o caso Blanco confirma, em grande parte, os fundamentos de uma decisão anterior, o caso Rothschild, de 6 de dezembro de 1855, que já havia fixado o entendimento de que o Estado deve responder pelos danos causados por seus agentes, quando no exercício de suas funções. Em seguida, no caso *Cadot* de 13 de dezembro de 1889, a justiça administrativa afirmou a sua soberania e sua independência em relação ao Poder Executivo. O Conselho de Estado, ao julgar este caso, decidiu que era competente para conhecer de todos os recursos de anulação dirigidos contra uma decisão administrativa, salvo se houvesse disposição legal em contrário, uma vez que até aquele momento, o Conselho somente se pronunciava em caso de anulação dentro do que a lei expressamente o permitia fazer. Assim, com esta decisão, o Conselho de Estado definiu que toda decisão administrativa pode ser contestada perante um Juiz administrativo. ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, loc. cit.

⁵⁰⁶ Antes da Constituição da IV República, de 27 de outubro de 1946, havia o *référé législatif*, criado pela Lei 16-24, de agosto de 1790, por meio do qual apenas o Poder Legislativo poderia explicitar o sentido das suas próprias prescrições. Assim, caberia aos juízes, quando estivessem diante de alguma norma obscura, suspender o processo e remeter ao Poder Legislativo para que este se manifestasse sobre o sentido da norma. Com a Constituição de 1946, foi criado o Comitê Constitucional ou *Comité Constitutionnel*, composto pelo Presidente da República, pelo Presidente da Assembleia Nacional e pelo Presidente do Conselho da República, além de sete membros indicados pela Assembleia Nacional e três pelo Conselho da República. Caberia ao *Comité Constitutionnel* considerar se uma lei votada pela Assembleia Nacional, exigia uma revisão à Constituição. Já o Conselho Constitucional foi instituído pela atual Constituição da V República, de 4 de outubro de 1958. Não se trata de órgão do Poder Legislativo, nem se situa na organização e estrutura dos tribunais judiciais e administrativos. Não se confunde com o *Conseil d'Etat* nem com a *Cour de Cassation*, que são órgãos de cúpula, respectivamente, da jurisdição administrativa e judicial. O Conselho Constitucional compõe-se de nove membros, nomeados para um mandato de nove anos, não permitida a recondução. O Conselho Constitucional é renovado de três em três anos, na sua terça parte. Três membros são nomeados pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembleia Nacional e três pelo Presidente do Senado. Além destes nove membros, também compõem o Conselho Constitucional, os ex-Presidentes da República, como membros vitalícios de pleno direito. Não há condição, nem de idade, nem de profissão, para ser membro do Conselho Constitucional. BEARDSLEY, James. *Constitutional Review in France*. **The Supreme Court Review**, 1975, p. 189-259.

⁵⁰⁷ Em muitos sistemas de tradição da soberania parlamentar, um órgão legislativo é responsável por garantir o controle de constitucionalidade. Na Constituição da Guiné Equatorial de 1968, por exemplo, a *Upper House* do parlamento, é encarregada de assegurar a constitucionalidade das normas. Da mesma forma, o modelo do *référé législatif*, em que apenas o Poder Legislativo poderia explicitar o sentido das suas próprias prescrições, vigora ainda em alguns sistemas jurídicos, como se observa do Código Civil Chileno, cujo art. 3^a dispõe “*solo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo general y obligatorio*”. GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. *Why do Countries adopt Constitutional Review?* **Journal of Law, Economics & Organization**, n. 30, 2014.

⁵⁰⁸ Um esquema semelhante ao modelo de controle de constitucionalidade prévio, porém efetuado pela Suprema Corte, foi previsto em várias Constituições do Equador, como se observa do artigo 67 da Constituição de 1929, artigo 41 da Constituição de 1945 e artigo 67 da Constituição de 1946. Da mesma forma, as *Siete Leyes* (ou *Constitución de régimen centralista*) mexicana de 1836, estabeleceu o *Supremo Poder Conservador*, que atuava como um quarto poder, que exercia o controle de constitucionalidade político e prévio. O *Soviet Supremo*, previsto na Constituição da antiga União Soviética de 1936, também possuía este poder de efetuar o controle de constitucionalidade político e prévio. GINSBURG; VERSTEEG, loc. cit.

⁵⁰⁹ Por influência de Charles De Gaulle na França — buscando mais a manutenção da separação de poderes do que a proteção de direitos — foi criado na atual Constituição da Quinta República de 1958, um modelo de controle de constitucionalidade político e preventivo, infenso ao controle judicial e repressivo de constitucionalidade, a ser exercido pelo *Conseil Constitutionnel*. SWEET, Alec Stone. *Constitutional Courts. The Politics of Constitutional Review in France and Europe*. **International Journal of Constitutional Law**, v. 5, n. 1, 2007, p. 69-92.

⁵¹⁰ O controle preventivo é obrigatório, quando se tratar de leis orgânicas e de regulamentos das Casas do Parlamento. Nesse caso, o Conselho Constitucional, independentemente de qualquer provocação, deve sempre se pronunciar, para fiscalizar, antes da promulgação da lei orgânica e antes da entrada em vigor dos regulamentos das

jurisdição constitucional começa a sofrer alguns avanços, a iniciar pela *Décision* 71-44 DC, que reconheceu que os direitos fundamentais previstos na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, e, no preâmbulo da Constituição de 1946, incorporavam-se à Constituição de 1958, por força da referência constante do preâmbulo da Carta de 1958, figurando, portanto, como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis, o que reforça o prestígio do Conselho Constitucional, que passa a desempenhar o papel de protetor dos direitos e liberdades fundamentais⁵¹¹.

Ademais, a Reforma Constitucional de 29 de outubro de 1974, amplia a legitimidade para se suscitar a atuação do Conselho Constitucional, permitindo que o direito de provocar a atuação do Conselho, que antes era atribuído apenas ao Presidente da República, ao Primeiro-Ministro, ao Presidente da Assembleia Nacional e ao Presidente do Senado, se estendesse, também, a sessenta Deputados ou a sessenta Senadores, tornando o Conselho Constitucional um importante instrumento de atuação da oposição parlamentar⁵¹².

Da mesma forma, a Reforma Constitucional de 25 de junho de 1992, ao permitir que o Conselho também se manifeste na análise de compatibilidade entre acordos internacionais e a Constituição, amplia a atuação do *Conseil Constitutionnel*, para as hipóteses de aprovação de compromissos internacionais pelo Estado francês⁵¹³.

Casas do Parlamento, a conformidade dessas leis e regulamentos com a Constituição. Relativamente às demais leis ou aos compromissos internacionais, o controle preventivo é facultativo. Neste caso, o Conselho Constitucional somente realizará o controle de constitucionalidade se provocado. PASQUINO, Pasquale. **The New Constitutional Adjudication in France**. The reform of the referral to the French Constitutional Council in light of the Italian model. Disponível em: <https://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/Pasquino_New-Constitutional-adjudication-France.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2016.

⁵¹¹ FABBRINI, Federico. Kelsen in Paris: France's Constitutional Reform and the Introduction of a Posteriori Constitutional Review of Legislation. **German Law Journal**, 2008, p. 1297-1312. Disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1020>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁵¹² Segundo a *Loi Constitutionnelle 74-904 du 29 octobre 1974 portant revision de l'article 61 de la Constitution* "Aux mêmes fins, les lois peuvent être déferées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs". *Loi Constitutionnelle 74-904 du 29 octobre 1974*. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-revisions-constitutionnelles/loi-constitutionnelle-n-74-904-du-29-octobre-1974.137999.html#904>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

⁵¹³ Segundo a *Loi Constitutionnelle 92-554 du 25 juin 1992 portant revision de l'article 54 de la Constitution* "Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution". *Loi Constitutionnelle 92-554 du 25 juin 1992*. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-revisions-constitutionnelles/loi-constitutionnelle-n-92-554-du-25-juin-1992.138025.html#76-527>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

Contudo, especialmente a partir da Reforma Constitucional de 23 de julho de 2008, que acrescentou o artigo 61-1 à Constituição Francesa de 1958⁵¹⁴, pode-se afirmar que houve uma expansão da competência do Conselho Constitucional, para permitir o controle repressivo de constitucionalidade, quando for suscitada, em processos judiciais ou administrativos, a denominada questão prioritária de constitucionalidade⁵¹⁵. Nesse sentido, após a referida reforma, qualquer pessoa, na condição de parte em um processo judicial ou administrativo, pode alegar que uma disposição legislativa viola direitos e liberdades garantidos pela Constituição⁵¹⁶, e, neste caso, a questão será submetida, por encaminhamento do Conselho de Estado ou do Tribunal de Cassação, ao Conselho Constitucional^{517,518}, o que representa um notável avanço no modelo francês de controle de constitucionalidade, com ampliação do papel do *Conseil Constitutionnel*⁵¹⁹.

Já no sistema britânico⁵²⁰, que historicamente sempre trabalhou a ideia absoluta de Supremacia do Parlamento⁵²¹, em contraposição à concepção de Supremacia do Poder

⁵¹⁴ Embora realizada em 23 de julho de 2008, a reforma somente entrou em vigor em 01 de março de 2010, em razão de sua regulamentação pela Lei Orgânica n. 2009-1523, de 10 de dezembro de 2009, que disciplinou a aplicação do novo art. 61-1 da Constituição Francesa de 1958. GUILLAUME, Marc. La Question Prioritaire de Constitutionnalité. **Cahiers du Conseil constitutionnel**, n. 29, 2010.

⁵¹⁵ A questão prioritária de constitucionalidade é um incidente, ostentando uma verdadeira prejudicialidade em relação a outras questões, que as partes em um processo (judicial ou administrativo) podem suscitar, para afirmar que uma disposição legislativa viola os direitos e liberdades garantidos pela Constituição. O controle efetuado pelo Conselho Constitucional, exige que a disposição legislativa impugnada deva ser aplicável ao litígio ou constituir o fundamento da pretensão das partes, que não tenha sido declarada inconstitucional anteriormente pelo Conselho Constitucional, e que a questão seja nova ou de natureza grave. Não cabe recurso contra as decisões do Conselho Constitucional, que são obrigatórias para os poderes públicos e todas as autoridades administrativas e judiciais. GUILLAUME, loc. cit.

⁵¹⁶ GUILLAUME, loc. cit.

⁵¹⁷ O tribunal que conhecer da questão procederá imediatamente a um primeiro exame, para aferir se a questão prioritária é admissível e se cumpre os critérios estabelecidos pela Lei Orgânica n. 2009-1523. Se estas condições forem cumpridas, o tribunal encaminhará a questão prioritária de constitucionalidade ao Conselho de Estado (órgão de cúpula da jurisdição administrativa) ou ao Tribunal de Cassação (órgão de cúpula da jurisdição judicial), conforme se trate, respectivamente, de jurisdição administrativa ou judicial. O Conselho de Estado ou o Tribunal de Cassação, procederá a um exame mais aprofundado da questão prioritária de constitucionalidade, e decidirá se a remete ou não ao Conselho Constitucional. A decisão do tribunal de primeira instância ou do tribunal de apelação que rejeita a admissibilidade e a remessa da questão prioritária ao Conselho de Estado ou ao Tribunal de Cassação, é recorrível (recurso de apelação ou de cassação), desde que o recurso seja interposto contra a decisão proferida sobre o mérito perante o qual se levantou a questão. Contudo, a decisão do Conselho de Estado ou do Tribunal de Cassação, que rejeita a admissibilidade e a remessa da questão prioritária ao Conselho Constitucional, não será suscetível de recurso. GUILLAUME, loc. cit.

⁵¹⁸ Em conformidade com o art. 62 da Constituição Francesa, a disposição declarada inconstitucional com base no artigo 61-1 será revogada a partir da publicação da decisão do Conselho Constitucional ou de uma data posterior especificada na referida decisão. O Conselho Constitucional fixará as condições e os limites em que os efeitos produzidos pela disposição podem ser questionados. GUILLAUME, loc. cit.

⁵¹⁹ BADINTER, Robert. Une longue marche. Du Conseil à la Cour constitutionnelle. **Cahiers du Conseil constitutionnel**, n. 25, 2009.

⁵²⁰ ADAM, Colin Turpin. **British Government and the Constitution**. Cambridge University Press, 2011, p. 48-158.

⁵²¹ Após o fim da Revolução Gloriosa em 1689, a *House of Commons* e a *House of Lords*, tornaram-se os únicos órgãos competentes para receber e julgar as petições oriundas de tribunais inferiores. Posteriormente, tal atribuição

Judiciário, a partir das mudanças do *Human Rights Act*^{522,523}, editado em 1998 pelo Parlamento inglês, e incorporado à Constituição material britânica^{524,525}, já não se pode falar hoje em supremacia do parlamento, com total exclusão de um sistema de compatibilidade constitucional, uma vez que o Poder Judiciário inglês, passa a poder interpretar os *Acts of Parliament*, editados anterior ou posteriormente à edição do *Human Rights Act*, em conformidade com as suas normas⁵²⁶.

Assim, a atuação do Parlamento inglês após o *Human Rights Act*⁵²⁷, passa a ser constantemente analisada, a partir da possibilidade de seus atos estarem sendo praticados de maneira a proteger os Direitos Humanos, e, dessa forma, ao analisar um caso, o juiz pode declarar que os *Act of Parliament* não estão em conformidade com o previsto no *Human Rights*

passa exclusivamente à Câmara dos Lordes, por meio da *Lords of Appeal in Ordinary* britânica, criada pelo *Appellate Jurisdiction Act* de 1876, e cujos membros passam a integrar o *Appellate Committee of the House of Lord*, que, por meio de suas decisões, passa a vincular os demais tribunais. ELLIOTT, Mark; THOMAS, Robert. **Public law**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 235-270.

⁵²² O *Human Rights Act*, foi editado em 1998 pelo Parlamento inglês, visando à incorporação das disposições presentes na Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950. ELLIOTT; THOMAS, op. cit., p. 687-833.

⁵²³ ELLIOTT; THOMAS, loc. cit.

⁵²⁴ A Constituição britânica é apenas material, mas não formal, visto que é composta pelas normas produzidas pelo parlamento (*statute law*), as decisões judiciais (o *common law* e os *cases law*) e as normas internacionais incorporadas no direito britânico. Assim, é possível estatuir inúmeros instrumentos constitucionais, tais como a *Magna Carta* de 1215, o *Petition of Rights* de 1628, o *Bill of Rights and (in Scotland) the Claim of Rights Act* de 1689, o *Act of Settlement* de 1701, o *Act of Union* de 1707, o *European Communities Act* de 1972, o *Human Rights Act* de 1998 e o *Constitutional Reform Act* de 2005, além é claro, das regras substanciais do *common law*, como o acesso à justiça, as regras procedimentais e de equidade processual, as regras de limitação de Poder etc. ELLIOTT, Mark. Interpretative Bills of Rights and the Mystery of the Unwritten Constitution. **New Zealand Law Review**, n. 4, 2011, p. 591-623.

⁵²⁵ A ausência de um sistema constitucional codificado, é um fenômeno altamente significativo não só no Reino Unido, mas também em outros países, como a Nova Zelândia. Assim, neste modelo de constituições “não escritas” ou “*flat constitutions*”, em que questões constitucionais podem ser alteradas através da mera promulgação de uma nova legislação, pode-se afirmar que não há hierarquia formal entre normas. CRAIG, Paul. Constitutionalizing Constitutional Law: HS2, [2014] Public law 373, **Oxford Legal Studies Research Paper**, n. 45, 2014.

⁵²⁶ A seção 3 do *Human Rights Act*, exige que os *Acts of Parliament* sejam interpretados de modo compatível com os Direitos Humanos, porém, apenas “*so far as it is possible to do so*”. Assim, segundo a seção 3 (2) do *Human Rights Act*, esta interpretação não irá afetar a validade dos *Acts of Parliament*. Logo, não pode o juiz inglês declarar a invalidade de uma norma por entender que há desconformidade com o *Human Rights Act*. GARDBAUM, Stephen. Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism. **International Journal of Constitutional Law**, v. 8, n. 2, 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1580169>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁵²⁷ O *Human Rights Act* prevê, a possibilidade da declaração de compatibilidade junto ao Parlamento, que deve ser utilizado durante o processo legislativo, ficando o parlamentar, responsável por realizar uma declaração de compatibilidade, assegurando que o regramento apresentado está em conformidade com as previsões do *Human Rights Act*. GARDBAUM, loc. cit.

Act, devendo comunicar ao Ministro competente⁵²⁸ a respeito da incompatibilidade existente^{529,530}.

É bem verdade que o *Human Rights Act* não trouxe mecanismos institucionais para invalidar atos legislativos e compelir o seu cumprimento⁵³¹, como se observa, por exemplo, no caso *Belmarsh Prisoners' (A and others v. Secretary of State for the Home Department)* de 2004, julgado pela *House of Lords*^{532,533}, porém, em vários outros casos, houve a invalidação judicial de ações do executivo (*subordinate legislation*), por violação ao *Human Rights Act*, como ocorreu em *Secretary of State for the Home Department v. JJ and others* de 2007, e, na proteção de direitos, como ocorreu em *Ghaidan v. Godin-Mendoza* de 2004⁵³⁴ e *R. v. Her*

⁵²⁸ O *Human Rights Act* adota um típico modelo de diálogo, visto que os tribunais irão se manifestar quanto à compatibilidade ou incompatibilidade do *Act of Parliament* com o *Human Rights Act*, mas garante, ao final, que o Parlamento decida como irá se manifestar. GARDBAUM, loc. cit.

⁵²⁹ Se os *Act of Parliament* exigirem a edição de uma *subordinate legislation*, como é caso das *Orders e Regulations*, e, se esta *subordinate legislation* vier a violar o *Human Rights Act*, os tribunais poderão invalidar ou anular a *subordinate legislation*, em um típico exercício de *judicial review*. Tal previsão é semelhante à competência dos tribunais para invalidar ou anular a *subordinate legislation*, que extrapola sua função típica em relação aos *Act of Parliament*. GARDBAUM, loc. cit.

⁵³⁰ Assim, em resumo, o *Human Rights Act* seria (a) um *bill of rights* que teria incorporado a maioria, embora não todos, dos direitos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos; (b) o dever do ministro responsável indicar a compatibilidade da norma com o *Human Rights Act*; (c) a exigência de que os tribunais levem em conta a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), em casos que envolvam o *Human Rights Act*; (d) uma declaração na seção 6 do *Human Rights Act*, de que o *Human Rights Act* vincula os tribunais e o executivo, mas não o Parlamento; (e) a obrigação dos tribunais de interpretar a legislação de forma consistente com o *Human Rights Act*, na medida em que é possível fazê-lo, conforme exposto na seção 3 do *Human Rights Act*; (f) o poder de emitir uma declaração de incompatibilidade — quando não for possível interpretar a legislação de forma consistente com o *Human Rights Act* — que não afeta a validade da lei, conforme exposto na seção 4 do *Human Rights Act*; e (g) a possibilidade de usar um procedimento legislativo *fast-track*, pelo ministro competente, em resposta a uma declaração de incompatibilidade, para alterar ou revogar o estatuto incompatível. GARDBAUM, loc. cit.

⁵³¹ Em relação ao seu alcance e extensão, há algumas teses que sustentam que o *Human Rights Act* não teve impacto significativo ou resultou em melhor proteção de direitos, e que haveria um “minimalismo judicial” na interpretação e aplicação dos direitos protegidos pelo *Human Rights Act* pelos tribunais. EWING, Keith. *The Futility of the Human Rights Act*, **Public Law**, 2004, p. 829-852.

⁵³² No caso *Belmarsh Prisoners' (A and others v. Secretary of State for the Home Department)* de 2004, se entendeu que a detenção indefinida de um prisioneiro acusado de terrorismo sem que houvesse um julgamento adequado, com base na seção 23 do *Anti-terrorism, Crime and Security Act* de 2001, seria incompatível com a *European Convention on Human Rights*, contudo, apesar da decisão, o governo não libertou os prisioneiros, mas sim aguardou diversos meses até que uma nova legislação fosse promulgada, para libertar, e em seguida prender novamente os suspeitos. GARDBAUM, Stephen. *Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism*. **International Journal of Constitutional Law**, v. 8, n. 2, 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1580169>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁵³³ Nos Estados Unidos, em uma situação bastante similar ao *Belmarsh Prisoners' case*, a Suprema Corte norte-americana em *Boumediene v. Bush* de 2008, entendeu que os estrangeiros detidos em Guantánamo são protegidos pelo direito constitucional do *habeas corpus*, e, por isso, poderiam levar suas reivindicações constitucionais contra a sua detenção pelo governo, aos tribunais federais norte-americanos. Contudo, em *Hamdi v. Rumsfeld* de 2004, a Suprema Corte norte-americana entendeu que, no caso de um cidadão norte-americano, a oportunidade de defesa quanto a alegação de *enemy combatant status*, exige que os *justices* encontrem uma violação constitucional clara no caso. GARDBAUM, loc. cit.

⁵³⁴ Caso *Ghaidan v. Godin-Mendoza*. Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200304/ljjudgmt/jd040621/gha-1.htm>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

Majesty's Commissioners of Inland Revenue ex parte Wilkinson de 2005⁵³⁵, julgados pela *House of Lords*⁵³⁶.

Da mesma forma, com o *Constitutional Reform Act*⁵³⁷, editado em 2005 pelo Parlamento inglês, é criada a *Supreme Court of the United Kingdom*⁵³⁸, que passa a ter a jurisdição que anteriormente pertencia à *Appellate Committee of the House of Lords*, e se torna o mais alto tribunal para os três sistemas legais do Reino Unido⁵³⁹, o Inglês e do País de Gales⁵⁴⁰ — que

⁵³⁵ Caso *R. v. Her Majesty's Commissioners of Inland Revenue ex parte Wilkinson*. Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd050505/wilkin-1.htm>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁵³⁶ CRAIG, Paul; BURCA, Gráinne de. **Eu law**: text, cases and materials, 2011, p. 892-964.

⁵³⁷ Outro importante instrumento para o sistema britânico de jurisdição constitucional, foi o *Constitutional Reform Act* de 2005. O *Constitutional Reform Act*, trata de regulamentar a relação entre o Poder Judiciário, o Poder Executivo e o Parlamento, buscando a independência do Poder Judiciário, através de diversos mecanismos, dentre eles, a criação de uma Suprema Corte. Neste sentido, as funções do *Lord Chancellor* de independência do Poder Judiciário, passam com o *Constitutional Reform Act*, à Suprema Corte. A Suprema Corte, em princípio, também passa a ter a jurisdição que anteriormente pertencia à *Appellate Committee of the House of Lords*, e parte do papel jurisdicional do *Judicial Committee of the Privy Council*. ELLIOTT, Mark; THOMAS, Robert. **Public law**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 235-270 e 615-659.

⁵³⁸ A *Supreme Court of the United Kingdom* é composta de 12 juízes, que se aposentam compulsoriamente aos 70 anos, e é a mais alta corte do Reino Unido. O processo de escolha se inicia com a seleção de um *justice* por uma comissão (formada pelo Presidente e Vice-Presidente da Suprema Corte, um membro da *Judicial Appointments Commission of England and Wales* e um membro da *Judicial Appointments Board for Scotland and the Northern Ireland*). Após, o Lord Chancellor (que é apontado pelo soberano britânico, a conselho do Primeiro-Ministro, e é o membro do Gabinete do Reino Unido), pode aprovar a pessoa selecionada para ocupar uma posição na *Supreme Court of the United Kingdom*, devendo após, então, encaminhar o nome para o primeiro-ministro, que deverá recomendar o nome para a nomeação real. ELLIOTT; THOMAS, loc. cit.

⁵³⁹ O processo de formação do Reino Unido, remonta, inicialmente, ao *Treaty of Union* de 1707, que uniu o *Kingdom of England* e o *Kingdom of Scotland* (anteriormente Estados separados, com legislaturas distintas, mas com o mesmo monarca), dando lugar ao *Kingdom of Great Britain*. Na verdade, o *Treaty of Union* ou *Acts of Union*, foram dois *Acts of Parliament*, o *Union with Scotland Act* de 1706 aprovado pelo Parlamento da Inglaterra, e o *Union with England Act* de 1707 aprovado pelo Parlamento da Escócia. Já os *Acts of Union* de 1800, uniram o *Kingdom of Great Britain* e o *Kingdom of Ireland*, criando o *United Kingdom of Great Britain and Ireland*. Posteriormente, o *Government of Ireland Act* de 1920 e o *Anglo-Irish Treaty* de 1921, dividiram a Irlanda, na República da Irlanda, e na Irlanda do Norte que permanece no Reino Unido. ELLIOTT; THOMAS, op. cit., p. 271-308.

⁵⁴⁰ A origem do Poder Judiciário britânico remonta, especialmente, ao século XII, com a criação da *Court of Exchequer* em 1176, e da *Court of King's Bench* e *Court of Common Pleas* em 1178. Contudo, a atual estrutura do sistema judicial inglês, está ligada diretamente ao *Supreme Court of Judicature Act* de 1873, com a criação das *Supreme Courts of Judicature* (redenominada para *Supreme Courts of England and Wales* em 1981), composta pela *High Court* e pela *Court of Appeal*. Assim, com o *Judicature Act* de 1873, as funções da *Court of Exchequer*, *Court of King's Bench* e *Court of Common Pleas*, foram transferidas às *Supreme Courts of Judicature*. Posteriormente, com o *Constitutional Reform Act* de 2005, tivemos a consolidação dessa mudança, com a criação da *Supreme Court of the United Kingdom* e das *Senior Courts of England and Wales*. Deste modo, com o *Constitutional Reform Act*, as *Supreme Courts of Judicature*, hoje, passam a ser designadas *Senior Courts of England and Wales*, composta pela *Court of Appeal*, *High Court* (também denominada *Her Majesty's High Court of Justice of England and Wales* ou *High Court of Justice*) e *Crown Court*, para formar uma instância recursal para análise de questões civis, criminais e familiares, encaminhadas pelas instâncias inferiores (*County Court*, *Magistrates' Court* e *Family Court*). ELLIOTT; THOMAS, op. cit., p. 235-270 e 615-659.

possuem um *shared court system* —, o da Irlanda do Norte^{541,542}, e o Escocês^{543,544}, atuando como instância recursal para os *appeals*⁵⁴⁵ das cortes de cúpula desses três sistemas e com o poder de declarar uma lei em desconformidade com a Constituição material britânica, retirando assim do Poder Legislativo, a prerrogativa de decidir, em última instância, sobre questões constitucionais^{546,547}.

De toda sorte, também se observa, mais recentemente, a criação de Cortes Constitucionais, em países do leste Europeu e nas ex-Repúblicas Soviéticas^{548,549}, e, da mesma forma do exercício da jurisdição constitucional, como ocorre com a Rússia⁵⁵⁰, em que, na sequência do esfacelamento da União Soviética — acompanhada da fragmentação territorial e

⁵⁴¹ A jurisdição constitucional na Irlanda do Norte, se limita às questões de direito público, ou seja, matérias em que existe um interesse governamental exposto ou implícito, podendo as cortes exercerem o *judicial review* tomando por base questões de *illegality*, *irrationality*, *procedural impropriety* ou *proportionality*, para invalidar (*certiorari*) atos administrativos e *delegated legislative powers*. HADFIELD, Brigid. *Judicial review in Northern Ireland: A primer*. **Northern Ireland Legal Quarterly**, v. 42, n. 4, 1991, p. 332-357.

⁵⁴² Com a criação da *Supreme Court of the United Kingdom*, da mesma forma, na Irlanda do Norte, desaparece a *Supreme Court of Judicature of Northern Ireland*, criada pelo *Judicature Northern Ireland Act* de 1978, que passa a ser denominada *Court of Judicature of Northern Ireland*. A *Court of Judicature of Northern Ireland*, é dividida em três cortes, a *Court of Appeal in Northern Ireland*, a *High Court of Justice in Northern Ireland*, e a *Crown Court*. A *Court of Appeal* é a mais alta corte da Irlanda do Norte. ELLIOTT, Mark; THOMAS, Robert. **Public law**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 235-270 e 615-659.

⁵⁴³ Na Escócia, com a criação da *Supreme Court of the United Kingdom*, a *Court of Session*, conhecida como *Supreme Courts of Scotland*, não mais atua como corte de última instância. A *Court of Session*, exerce o *judicial review* na Escócia, sobre questões de direito público e privado, conforme as regras do capítulo 58 das *Rules of Court*. ELLIOTT; THOMAS, loc. cit.

⁵⁴⁴ A *Supreme Court of the United Kingdom*, atua como instância recursal para os *appeals* das cortes de cúpula dos sistemas três sistemas judiciais do Reino Unido, exceto para questões criminais na Escócia, que permanece com a *High Court of Justiciary*. THOMSON, Stephen. *Mixed Jurisdiction and the Scottish Legal Tradition: Reconsidering the Concept of Mixture*. **Journal of Civil Law Studies**, v. 7, 2014, p. 50-91.

⁵⁴⁵ Não há necessidade de *permission to appeal*, para as demandas que subam da *Court of Session* na Escócia para a *Supreme Court of the United Kingdom*, porém, é exigido o *permission to appeal* para as demandas que subam da Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte. BARNETT, Hilaire. **Constitutional and Administrative Law**. Taylor & Francis group publisher, 2013, p. 561-682.

⁵⁴⁶ BARNETT, Hilaire. **Constitutional and administrative law**. Taylor & Francis group publisher, 2013, p. 561-682.

⁵⁴⁷ ELLIOTT, Mark; THOMAS, Robert. **Public law**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 433-576.

⁵⁴⁸ HERRON, Erik S.; RANDAZZO, Kirk A. *The Relationship Between Independence and Judicial Review in Post-Communist Courts*. **Journal of Politics**, v. 65, 2003, p. 422-438.

⁵⁴⁹ O modelo kelseniano de Cortes Constitucionais, também foi adotado pela Constituição da Checoslováquia de 1920. Na verdade, todas as constituições pós-soviética — com a queda de seus regimes — criaram Cortes Constitucionais, exceto a Estônia (1992) e Polônia (1997), que adotaram o modelo norte-americano. No final do século XX, foram criadas Cortes Constitucionais em países do leste europeu, como Polônia (1986), República Checa (1992), Romênia (1992), República Eslovaca (1992) e Eslovênia (1993). MORAES, Guilherme Peña de. **Constitucionalismo multinacional: uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2015, v. 1, p. 14-15.

⁵⁵⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constitucionalismo e tradição: Notícias da Rússia e sinais no Brasil*. In: _____ (Org.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 21-56.

independência de várias ex-Repúblicas socialistas — a Constituição de 1993^{551,552} concede ao Tribunal Constitucional^{553,554}, além do papel de interpretar a Constituição, e de declarar a inconstitucionalidade de leis e de atos normativos, o poder de resolver os conflitos e disputas entre órgãos federais e estaduais^{555,556}.

Também percebemos este mesmo fenômeno na Hungria que, com o processo de redemocratização — após o período de transição pós-comunista húngaro — estabelece um

⁵⁵¹ A Constituição de 1993, é composta por 137 artigos na parte permanente e 9 seções na parte transitória e conclusiva. A Constituição se proclama multiétnica, federal, democrática, social e protetora dos Direitos Humanos. O sistema político é híbrido ou semipresidencialista, em que avulta a figura de um presidente eleito e de um parlamento com pouco controle sobre o governo, entremeado por um sistema federativo complexo. SAMPAIO, op. cit., p. 27-28.

⁵⁵² O sistema judiciário da Rússia, está estruturado no capítulo 7º da Constituição, sendo mais detalhado pela Lei Constitucional Federal sobre o Sistema Judiciário de 31 de dezembro de 1996. Segundo José Adércio Leite Sampaio “Resumidamente, a justiça federal comum é formada por três níveis de jurisdição: pelo Supremo Tribunal Federal ou Suprema Corte da Federação Russa, pelas cortes das entidades federais como órgãos intermediários (Supremas Cortes das Repúblicas, das Regiões e dos Territórios, as cortes de Moscou e de São Petersburgo, bem como as cortes das Areias Autônomas e dos Distritos Autônomos) e pelas cortes em cidades distritais (*rayon*) de primeira instância, que são também instância de recursos às decisões dos juízes de paz. A Justiça Militar é considerada como ramo comum de jurisdição, formado, em primeiro grau, pelas cortes militares do Exército, das Frotas; das Guarnições e Formações militares; pelas cortes militares dos ramos das Forças Armadas, dos distritos militares, dos distritos de Defesa Antiaérea, da Marinha e dos Exércitos separadamente, cujos recursos sobem para o Supremo Tribunal Federal. Há um ramo de justiça especializado em arbitragem. O Superior Tribunal de Arbitragem é o seu órgão de cúpula, havendo, ademais, os tribunais federais de arbitragem federal dos *Okrugs*, que funcionam como cortes de cassação, as cortes de apelação e as cortes dos sujeitos da federação, que integram o sistema de cortes federais de arbitragem. Cortes administrativas também compõem o sistema judiciário, tanto em sede distrital, quanto no âmbito interdistrital. As cortes administrativas têm competência ampla em questões administrativas, tributárias e eleitorais”. SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constitucionalismo e tradição: Notícias da Rússia e sinais no Brasil*. In: _____ (Org.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 31-32.

⁵⁵³ Deve-se destacar que, antes da Constituição de 1993, houve a criação de um Tribunal Constitucional em 1991, que, no período de transição, exercia a fiscalização jurisdicional de constitucionalidade sob o parâmetro da Constituição de 1977. SAMPAIO, op. cit., p. 33.

⁵⁵⁴ O Tribunal Constitucional, é composto de dezenove membros, indicados pelo Presidente, com aprovação do Conselho da Federação — a Assembleia Federal, é composta pelo Conselho da Federação e pela Casa dos Representantes. Para habilitar-se ao ingresso na carreira de magistrado, exige-se idade mínima de 25 anos, conclusão do curso de Direito, cinco anos de atividade profissional na área jurídica, e aprovação em processo seletivo. A nomeação é feita pelo Presidente da República para um período de três anos, podendo ser renovada indefinidamente, até que chegue a idade de aposentadoria compulsória aos 65 anos. SAMPAIO, op. cit., p. 33-34.

⁵⁵⁵ A provocação do controle de constitucionalidade e do recurso de interpretação vinculante da Constituição, pode ser feita pelos poderes federais, inclusive pelo Conselho da Federação, pelos órgãos legislativos e, no caso da fiscalização de constitucionalidade, pelo executivo das entidades federativas. SAMPAIO, op. cit., p. 21-56.

⁵⁵⁶ O Presidente, segundo o artigo 85 (2) da Constituição, pendente a resolução do assunto na corte judicial competente, tem o direito de suspender atos dos órgãos do poder executivo das entidades federativas que contrariarem a Constituição, as leis federais, as obrigações internacionais assumidas ou os Direitos Humanos. Quanto ao poder de guardião das leis federais, o Tribunal Constitucional decidiu em julho de 2003 (caso *Konstitutsionnyi Sud Rossiiskoi Federatsii*), que o poder que detém o Presidente de revogar (ou suspender) a norma regional ou local, somente pode ter por parâmetro a legislação federal, não o texto constitucional federal, em vista do monopólio do controle de constitucionalidade atribuído àquele Tribunal Constitucional. SAMPAIO, op. cit., p. 46-47.

Tribunal Constitucional (*Magyarország Alkotmánybírósága*)^{557,558} na Constituição de 1989⁵⁵⁹, dotado de competência para apreciar a adequação dos atos normativos com a Constituição, o que se mantém no novo sistema constitucional de 2011⁵⁶⁰.

Já na Iugoslávia, com a Constituição do pós-Guerra de 1946, é introduzido um Tribunal Constitucional^{561,562}, que tem seu regime aprimorado com a Constituição de 1963, competente para analisar a conformidade dos atos normativos com a Constituição, além de conflitos de competência entre os estados federados e proteção do processo eleitoral⁵⁶³, conforme se observa da atual Constituição da Iugoslávia de 1992⁵⁶⁴.

Por sua vez, na Bulgária, o desenvolvimento do constitucionalismo⁵⁶⁵ é estimulado pela Constituição de 1991, que, dentre outros mecanismos, institui um Tribunal

⁵⁵⁷ O Tribunal Constitucional é um órgão apartado do sistema judiciário ordinário, dotado de competência para o exercício do controle de constitucionalidade, abstrato ou concreto (permitindo-se a qualquer interessado provocar a apreciação de matéria constitucional), tendo suas decisões efeitos *erga omnes*. KOVÁCS, Kriszta; TÓTH, Gábor Attila. Hungary's Constitutional Transformation. **European Constitutional Law Review**, v. 7, n. 2, 2011, p. 183-203.

⁵⁵⁸ O sistema judicial da Hungria, também possui uma Suprema Corte (*Magyarország Legfelsőbb Bírósága* ou *Kúria*), que é o órgão de cúpula do sistema de jurisdição recursal ordinária, podendo ser provocada por qualquer indivíduo que tenha, ainda que indiretamente, um direito fundamental violado. KOVÁCS; TÓTH, loc. cit.

⁵⁵⁹ A Constituição de 1989, estabeleceu um sistema parlamentar de governo, garantindo a independência do Poder Judiciário e a composição de um Tribunal Constitucional. KOVÁCS; TÓTH, loc. cit.

⁵⁶⁰ O novo sistema constitucional de 2011, aumenta o número de membros do Tribunal Constitucional de onze para quinze, prevendo a possibilidade do controle de constitucionalidade preventivo pela Corte. KOVACS, Andras; VARJU, Marton. Hungary: The Europeanization of judicial review. **European Public Law**, v. 20, n. 2, p. 195-226, 2014.

⁵⁶¹ A Iugoslávia, é considerada o único Estado comunista com um Tribunal Constitucional independente, composto por onze juízes, eleitos pelo Presidente, sem a necessidade de experiência jurídica prévia (requerendo-se apenas que os juízes sejam bem versados nas matérias que o Tribunal deve atuar), para o mandato de oito anos, com possibilidade de uma reeleição. SHILLINGLAW, Thomas. The Development of Constitutional Review in Yugoslavia. **East European Quarterly**, v. 4, n. 4, 1971, p. 369-388.

⁵⁶² O sistema judicial da Iugoslávia também possui uma *Federal Court* enquanto corte de mais alta instância ordinária em sede recursal. SHILLINGLAW, loc. cit.

⁵⁶³ A Iugoslávia adota um modelo de controle de constitucionalidade concentrado, podendo a matéria constitucional ser, tanto o objeto principal, como o objeto incidental do controle de constitucionalidade. Ademais, no exercício da jurisdição constitucional, o Tribunal Constitucional pode se manifestar *a posteriori* ou *a priori* sobre determinadas matérias. SHILLINGLAW, loc. cit.

⁵⁶⁴ KOMÁREK, Jan. The Place of Constitutional Courts in the EU. **European Constitutional Law Review**, v. 9, 2013, p. 420-450.

⁵⁶⁵ Chris Hanretty, ao comentar sobre o desenvolvimento do constitucionalismo na Bulgária, observa que, foram apreciadas durante os anos de 1991 e 2010, em média, quinze demandas por ano pelo Tribunal Constitucional, o que demonstra um baixo quantitativo de demandas no período, o que pode decorrer da ausência de instrumento de reclamação constitucional pelos cidadãos. HANRETTY, Chris. The Bulgarian Constitutional Court as an additional legislative chamber. **East European politics and societies**, v. 28, n. 3, 2014, p. 540-558.

Constitucional^{566,567}, com competência para exercer tanto o controle abstrato⁵⁶⁸, quanto o controle concreto de constitucionalidade⁵⁶⁹, conferindo interpretação constitucional vinculante ao ordenamento jurídico infraconstitucional⁵⁷⁰.

De toda maneira, este alargamento da jurisdição constitucional não é uma característica exclusiva da Europa, uma vez que, em outros continentes, também observamos este mesmo fenômeno, como, por exemplo, na Oceania, com destaque para a Austrália, que apesar da ausência expressa do controle de constitucionalidade no texto constitucional^{571,572}, tem uma

⁵⁶⁶ O Tribunal Constitucional búlgaro, é composto por doze juízes, eleitos pela Assembleia Nacional, pelo Presidente e por juízes da Corte de Cassação (junto aos juízes da Suprema Corte Administrativa), na proporção de 1/3 cada um, mediante decisão de maioria simples, para o exercício de mandato de nove anos, sem direito à reeleição, devendo os membros do Tribunal Constitucional serem especialistas na advocacia. HANRETTY, loc. cit.

⁵⁶⁷ O sistema judicial da Bulgária, é composto, dentre outros órgãos, pela Corte de Cassação, Suprema Corte Administrativa e Tribunal Constitucional. A Corte de Cassação, é a mais alta instância judicial ordinária em sede recursal, ao passo que a Suprema Corte Administrativa, é a última instância em sede recursal relativa a matéria administrativa. HANRETTY, loc. cit.

⁵⁶⁸ O controle concentrado pode ser suscitado pelo Presidente, Conselho de Ministros, Corte de Cassação, Suprema Corte Administrativa, Procurador-Geral, 1/5 dos membros da Assembleia Nacional ou conselhos municipais (em questões relacionadas a sua competência). HANRETTY, loc. cit.

⁵⁶⁹ A competência do Tribunal Constitucional para exercer o controle decorrente de um caso concreto, pode ser suscitada pela Corte de Cassação, pela Suprema Corte Administrativa e pelo *Ombudsman*, em casos relacionados a direitos humanos. HANRETTY, loc. cit.

⁵⁷⁰ O Tribunal Constitucional também se manifesta, dentre outras questões, sobre o *impeachment* contra o presidente, além de dirimir conflitos de competência e garantir a lisura do processo eleitoral. As questões do Tribunal Constitucional são decididas mediante voto aberto e apresentação das justificativas causadoras da dissonância da opinião dos membros dissonantes, exceto em casos previstos de voto secreto, como imunidade dos juízes ou impeachment presidencial, devendo a apreciação da inconstitucionalidade ser realizada pela regra de maioria dos juízes. HANRETTY, loc. cit.

⁵⁷¹ Segundo Tom Ginsburg, em um pequeno número de países, coube às próprias cortes o papel de criação da jurisdição constitucional, sem que as constituições tratem expressamente do tema. O caso mais famoso é o artigo III da Constituição norte-americana, que apenas afirma que o “poder judicial dos Estados Unidos, será investido em uma Suprema Corte e em tribunais inferiores como o Congresso ordenar e estabelecer”. A Constituição australiana também não menciona expressamente o *constitutional review*, mas tem uma longa tradição constitucional de exercício da jurisdição constitucional, sendo considerado uma parte axiomática do sistema jurídico. Outro exemplo seria Israel, que após suas reiteradas afirmações do *constitutional review*, hoje possui expressamente a autorização para o exercício da jurisdição constitucional. Ademais, no sistema de *judicial review* chinês, coube às cortes o papel de adaptar suas respectivas constituições à evolução social. Já na Índia, apesar da Constituição tratar do *judicial review*, paulatinamente, a Suprema Corte transformou o esquema constitucional original para expandir sua atuação. GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why do Countries adopt Constitutional Review? **Journal of Law, Economics & Organization**, n. 30, 2014.

⁵⁷² Com a Constituição de 1900 (o *Commonwealth of Australia Constitution Act*), a Austrália se torna independente da Inglaterra, criando o *commonwealth of Australia*, formada por uma federação composta pelo Estados de *New South Wales*, *Queensland*, *South Australia*, *Tasmania*, *Victoria* e *Western Australia*, estruturada em uma monarquia constitucional parlamentarista. GARDBAUM, Stephen. **The New Commonwealth Model of Constitutionalism**: Cambridge Studies in Constitutional Law. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 380-415.

longa tradição de exercício da jurisdição constitucional^{573,574}, sendo considerado uma parte axiomática do sistema jurídico, especialmente com a desvinculação da Austrália do *Privy Council* britânico em 1986⁵⁷⁵, e a afirmação do judiciário australiano, particularmente da *Australian High Court*⁵⁷⁶, através de diversos julgamentos, como se observa, exemplificativamente, em *Nationwide News Proprietary v. Wills* de 1992 e *Australian Capital Television Proprietary Ltd. v. Commonwealth* de 1992⁵⁷⁷.

Da mesma forma, na Nova Zelândia, com a edição do *New Zealand Bill of Rights Act* em 1990⁵⁷⁸ e a criação da *Supreme Court of New Zealand* em 2004⁵⁷⁹, o poder judiciário passa a analisar os atos questionados, de acordo com uma interpretação consistente (*rights-consistent*

⁵⁷³ Na verdade, na Austrália, apesar da existência do controle de constitucionalidade no modelo “tradicional”, exercido de maneira difusa e incidental, também é observada a existência do modelo intermediário de jurisdição constitucional, sem a possibilidade de invalidação dos atos do legislativo, através da aplicação do *Australian Capital Territory’s Human Rights Act* de 2004 e da *Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities* de 2006, que seriam um modelo de *bill of rights* em que as cortes australianas poderiam exercer seu poder de declarar os atos incompatíveis com os *bill of rights*, mas sem afetar a validade dos atos. Ademais, haveria ainda um segundo *judicial power* para interpretar, quando possível, os atos questionados de acordo com uma *rights-consistent interpretation*, porém, ambos os tipos de decisão judicial, ou seja, a declaratória e a interpretativa, estão sujeitos ao poder legal do legislador de dar a palavra final sobre a compatibilidade do ato. GARDBAUM, loc. cit.

⁵⁷⁴ A estrutura do sistema judicial da Austrália, é composto pela *High Court, Federal Courts, Family Courts e Federal Circuit Court*. O exercício da jurisdição constitucional, em princípio, pode ser exercido tanto pela *High Court*, como pelas demais cortes inferiores. ARONEY, Nicholas. Comparative law in Australian constitutional jurisprudence. **University of Queensland law journal**, v. 26, 2007, p. 317-340.

⁵⁷⁵ ARONEY, loc. cit.

⁵⁷⁶ A *High Court of Australia*, é o tribunal de cúpula do sistema judiciário australiano, com competência para exercer a jurisdição constitucional e interpretar a Constituição da Austrália. A *High Court of Australia*, está prevista na seção 74 a 75 da Constituição australiana (o *Commonwealth of Australia Constitution Act* de 1900), e é composta por sete juízes nomeados pelo *Governor-General of Australia*, após indicação do governo federal. ARONEY, loc. cit.

⁵⁷⁷ Nos casos *Nationwide News Proprietary v. Wills* de 1992 e *Australian Capital Television Proprietary Ltd. v. Commonwealth* de 1992, a *Australian High Court* analisou o direito à liberdade de expressão e comunicação na política, entendendo pela invalidade do *Industrial Relations Act* de 1988 e da Parte IIID do *Political Broadcasts and Political Disclosures Act* de 1991. *Nationwide News Proprietary v. Wills* de 1992 envolvia a publicação de artigo pela *Nationwide News*, criticando a *Australian Industrial Relations Commission*, em ofensa ao *Industrial Relations Act* de 1988. Já *Australian Capital Television Proprietary Ltd. v. Commonwealth* de 1992, envolvia a constitucionalidade da Parte IIID do *Political Broadcasts and Political Disclosures Act* de 1991, que regulamentava a propaganda política gratuita. FOLEY, Kathleen E. Australian Judicial Review, **Washington University Global Studies Law Review**, v. 6, n. 2, 2007, p. 281-338.

⁵⁷⁸ A Nova Zelândia rejeitou a proposta de uma *fully constitutionalized bill of rights*, e criou o *New Zealand Bill of Rights Act* em 1990. O *New Zealand Bill of Rights Act* de 1990, se traduz em um conjunto restrito de direito civil e políticos — apesar de assegurar o compromisso da Nova Zelândia com o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966. RISHWORTH, Paul. The Inevitability of Judicial Review under “Interpretive” Bills of Rights: Canada’s Legacy to New Zealand and Commonwealth Constitutionalism? **Supreme Court Law Review**, v. 23, 2004, p. 233-257.

⁵⁷⁹ A *Supreme Court of New Zealand*, foi criada pelo *Supreme Court Act* de 2003, e se estabeleceu formalmente em 1 de janeiro de 2004. A *Supreme Court of New Zealand*, é a mais alta corte e o tribunal final de recurso na Nova Zelândia. Anteriormente à criação da atual *Supreme Court of New Zealand*, havia a *New Zealand Supreme Court*, criada em 1841, que na verdade funcionava como uma corte superior, que em 1980, foi substituída pela *High Court of New Zealand*. GARDBAUM, Stephen. **The New Commonwealth Model of Constitutionalism**: Cambridge Studies in Constitutional Law. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 238-288.

interpretation)⁵⁸⁰ e com a possibilidade de indicação de incoerência (*indications of inconsistency*) da norma, sem, contudo, atribuir ao judiciário o poder para invalidar ou negar efeito aos atos incompatíveis com o *bill of rights*⁵⁸¹, posicionamento, contudo, que vem sofrendo certa evolução⁵⁸², especialmente, após o julgamento de *Flickinger v. Crown Colony of Hong Kong* de 1991, *Simpson v. Attorney-General (Baigent's Case)* de 1994⁵⁸³, *Moonen v. Board of Film and Literature Board* de 2000⁵⁸⁴ e *R. v. Poumako* de 2000, pela *New Zealand Court of Appeal*, ao se entender pela possibilidade de “indicar” ou “declarar” a incompatibilidade de atos com o *New Zealand Bill of Rights Act*^{585,586}.

No continente asiático, também observamos esta expansão em alguns modelos de jurisdição constitucional, como ocorre no Japão, em que o exercício de controle de constitucionalidade se desenvolve por meio da Suprema Corte, estabelecida pela Constituição japonesa de 1947, como órgão de cúpula do sistema judicial, que, apesar de sua histórica posição conservadora^{587,588}, vem exercendo o papel de garantidora dos direitos fundamentais

⁵⁸⁰ ELLIOTT, Mark. Interpretative Bills of Rights and the Mystery of the Unwritten Constitution. **New Zealand Law Review**, n. 4, 2011, p. 591-623.

⁵⁸¹ O *New Zealand Bill of Rights Act*, permite que a garantia de direitos seja efetuada, inicialmente, por uma *political rights review*, previamente à promulgação das normas pelo Executivo e pelo Legislativo, cabendo ao *Attorney-General* examinar as normas discutidas na *House of Representatives*. Porém, o *New Zealand Bill of Rights Act*, também concede aos tribunais o poder de invalidar *executive action* que violem *protected rights*, a menos que tais ações sejam exigidas pela legislação, e esta tem sido a área mais ativa da atuação das cortes na Nova Zelândia. O modelo da Nova Zelândia, seria similar ao que ocorre hoje na Grã-Bretanha. GARDBAUM, Stephen. **The New Commonwealth Model of Constitutionalism**: Cambridge Studies in Constitutional Law. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 238-288.

⁵⁸² A evolução no papel do judiciário na Nova Zelândia, tem sido trabalhado com razoabilidade, como se observa no caso *Quilter v. Attorney-General* de 1998, julgado pela *New Zealand Court of Appeal*, em que a corte atuou com restrição ao interpretar o *Marriage Act*, para permitir o casamento apenas entre um homem e uma mulher. Assim, seis anos após a decisão tomada no caso *Quilter v. Attorney-General*, a *House of Representatives* aprovou o *Civil Unions Act*, após sério debate parlamentar, para admitir a União Civil entre pessoas do mesmo sexo. GARDBAUM, loc. cit.

⁵⁸³ Em *Simpson v. Attorney-General (Baigent's Case)* de 1994, a *New Zealand Court of Appeal*, criou um *public law remedy*, para violações a direitos perpetradas pelo executivo. GARDBAUM, loc. cit.

⁵⁸⁴ Em *Moonen v. Board of Film and Literature Board* de 2000, a *New Zealand Court of Appeal*, apesar da ausência de poder formal expresso no *New Zealand Bill of Rights Act* de 1990, inferiu do estatuto, a possibilidade de “indicar” ou “declarar” a incompatibilidade de atos com o *New Zealand Bill of Rights Act*. GARDBAUM, loc. cit.

⁵⁸⁵ GARDBAUM, loc. cit.

⁵⁸⁶ Alguns juízes da Nova Zelândia têm defendido declarações mais amplas sobre o *judicial power*, como ocorreu no julgamento de *Flickinger v. Crown Colony of Hong Kong* de 1991 e *R. v. Poumako* de 2000, em que a *New Zealand Court of Appeal* decidiu que “*It is not a matter of what the legislature...might have intended. The direction [in section 6] is that wherever a meaning consistent with the Bill of Rights can be given, it is to be preferred.*” GARDBAUM, loc. cit.

⁵⁸⁷ Tendo sido, inclusive, afirmada por David Law, como a corte mais conservadora do mundo. Tal premissa pode ser confirmada pela declaração de invalidade de apenas oito *statutes* pela Suprema Corte, desde sua criação após o fim da 2ª Guerra Mundial. LAW, David S. The Anatomy of a Conservative Court: Judicial Review in Japan. **Texas Law Review**, v. 87, 2009, p. 1545-1594. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1406169>. Acesso em: 1º jun. 2016.

⁵⁸⁸ Tal prática conservadora da Suprema Corte, ao não declarar a invalidade de normas do ordenamento jurídico em bases regulares, pode encontrar justificação, pelo exercício da verificação de constitucionalidade exercida *ex ante* pelo *Cabinet Legislation Bureau*. O *Cabinet Legislation Bureau*, criado em 1885, é inspirado no modelo

previstos pela Constituição, como se observa dos casos *Sunagawa* de 1959^{589,590}, *Evening Wakayama News* de 1969⁵⁹¹, *Jehovah's Witness Kendo Refusal* de 1998⁵⁹², *Postal Act* de 2002⁵⁹³, *Overseas Voters* de 2005⁵⁹⁴ e *Illegitimate Children Nationality Discrimination* de 2008⁵⁹⁵.

francês de Conselho de Estado, e é composto por juristas, com a função de fornecer *legal opinions* ao primeiro-ministro e sobre projetos de lei. Tal competência, possibilita classificar o *Cabinet Legislation Bureau* como uma corte quase-constitucional. SAKAGUCHI, Shojiro. Major constitutional developments in Japan in the first decade of the twenty-first century. In: CHEN, Albert H. Y. (Ed.). **Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 52-76.

⁵⁸⁹ No caso *Sunagawa*, referente à constitucionalidade do *Japan-United States Mutual Security Treaty*, a Suprema Corte entendeu não haver proibição à presença de tropas norte-americanas, para garantia do direito de autoproteção, previsto no *Japan Self-Defense Forces*. A discussão girava em torno do artigo 9º da Constituição japonesa, e da necessidade de proteção expressa dos limites da política de defesa japonesa. Tal dispositivo da Constituição foi fruto de uma negociação entre a as forças de ocupação norte-americanas e o governo japonês com o fim da 2ª Guerra Mundial, de forma a desarmar e desmilitarizar o governo japonês, protegendo os Estados Unidos e os vizinhos em torno do Japão. O artigo 9º da Constituição, proíbe a constituição de um exército japonês, mesmo sob a forma de autoproteção. SAKAGUCHI, loc. cit.

⁵⁹⁰ Principalmente pela divergência interpretativa sobre o artigo 9º da Constituição japonesa de 1947, e as tendências do possível ativismo judicial da Suprema Corte, o *Cabinet Legislation Bureau* foi provocado, oferecendo uma reinterpretação do artigo 9º da Constituição japonesa. O *Cabinet Legislation Bureau*, por sua vez, definiu que o artigo 9º da Constituição não proíbe o exercício de autodefesa, desde que exercido dentro de certos limites. Ainda, o *Cabinet Legislation Bureau*, proibiu a manutenção de guerras potenciais pelo Japão, entendidas como forças com equipamento e organização capazes de conduzir a uma guerra moderna. Assim, o *Cabinet Legislation Bureau* permitiu o *Japan-United States Mutual Security Treaty*, contudo, proibiu a manutenção de contingencial acima do necessário para o exercício de autoproteção frente à uma guerra potencial ou uma invasão direta, garantindo-se o mínimo de proteção necessária para a defesa do país. SAKAGUCHI, loc. cit.

⁵⁹¹ O caso *Evening Wakayama News*, envolvia a relação intrínseca entre liberdade de expressão e funcionamento da democracia. A Suprema Corte japonesa também enfrentou o tema no caso *Hoppo Journal*. SAKAGUCHI, loc. cit.

⁵⁹² O caso *Jehovah's Witness Kendo Refusal*, discutia a recusa em participar do *kendo*, por força de motivos religiosos. SAKAGUCHI, loc. cit.

⁵⁹³ No caso *Postal Act*, por sua vez, a Suprema Corte derrubou os artigos 68 e 73 do *Postal Act*, por considerar inadequada a ausência de responsabilidade governamental, por força de previsão expressa, nos casos de postagens extraviadas. A Corte entendeu que a imunidade figurava como incompatível com o direito à reparação pelos danos cometidos pelo governo, previsto no artigo 17 da Constituição japonesa. SAKAGUCHI, loc. cit.

⁵⁹⁴ No caso *Overseas Voters*, a a Suprema Corte derrubou parcialmente o *Public Office Election Act*, que negava o direito de voto ao nacional japonês que morasse em território estrangeiro. SAKAGUCHI, loc. cit.

⁵⁹⁵ No caso *Illegitimate Children Nationality Discrimination*, a Corte entendeu pela inconstitucionalidade do *Nationality Act*, que fornecia discriminação incompatível com a ordem constitucional, ao conferir nacionalidade japonesa a filhos de mães estrangeiras, apenas se ela ou seus parentes se casassem com nacionais japoneses. SAKAGUCHI, loc. cit.

Já na China⁵⁹⁶, também percebemos esta tendência, no exercício — que poderíamos entender como particular — da jurisdição constitucional pela *Supreme People's Court*^{597,598}, que, apesar de não estar autorizada a declarar uma lei inconstitucional, vem, crescentemente, exercendo o poder de interpretar a Constituição⁵⁹⁹, com força vinculante aos tribunais inferiores⁶⁰⁰ — como se extrai, por exemplo, do parecer *Notice on Strengthening Economic Adjudication*, publicado no *Seasonal Bulletin n. 1* de 1986, em que a *Supreme People's Court*, vale-se, pela primeira vez, da Constituição, ao interpretar a constitucionalidade de leis, que afetavam a economia local⁶⁰¹ — ou de ampliar os direitos civis assegurados no texto Constitucional — como no caso *Shenyang v. Chao Hendung*⁶⁰², em que a *Supreme People's Court*, interpretou as leis e regulamentos locais,

⁵⁹⁶ Desde a revolução de 1911, a China já demonstrava uma busca pelos ideais constitucionais, sendo que, desde o estabelecimento da República Popular da China em 1949, foram promulgadas quatro constituições em 1954, 1975, 1978 e 1982, sendo a Constituição de 1982 o marco da nova era de abertura e reformas, sendo também a base para o novo mercado econômico chinês. Cabe destacar que, a Constituição de 1982, foi posteriormente modificada nos anos 1988, 1993, 1999 e 2004, com destaque para as mudanças constitucionais do ano de 2004, que ampliou diversas garantias fundamentais. ZHENMIN, Wang; KAI, Tu. Chinese constitutional dynamics: a decennial review. **Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century**. Ed.: CHEN, Albert H. Y. Cambridge University Press, 2014, p. 118-140.

⁵⁹⁷ O sistema judicial na China, é composto pela *Supreme People's Court*, *Local People's Courts* de diferentes níveis, *Military Courts* e outras *Special Courts*, sendo o controle de constitucionalidade realizado por todas as *People's Courts*, cabendo a *Supreme People's Courts* o dever de fiscalizar as demais cortes do país. GINSBURG, Tom. Confucian Constitutionalism? Globalization and Judicial Review in Korea and Taiwan. **Law and Social Inquiry**, v. 27, n. 4, 2002, p. 763-800.

⁵⁹⁸ Segundo o artigo 127 da Constituição da República Popular da China de 1982 “*the Supreme People's Court is the highest judicial organ. The Supreme People's Court supervises the administration of justice by the people's courts at various local levels and by the special people's courts. People's courts at higher levels supervise the administration of justice by those at lower levels*”. Constituição da República Popular da China. Disponível em: <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Constitution/node_2825.htm>. Acesso em: 1º jun. 2016.

⁵⁹⁹ Apesar do Congresso Nacional do Povo (CNP) e do Comitê Permanente do Congresso Nacional do Povo (CPCNP), conforme prescrevem os artigos 62 e 67 da Constituição da República Popular de 1982, terem o poder de interpretar e fiscalizar a Constituição, desde a entrada em vigor da atual Constituição, tal poder jamais foi exercido por nenhum dos dois órgãos, e, da mesma forma, inexistente na Constituição, bem como nas demais leis, qualquer referência sobre como será esse procedimento para supervisionar e interpretar as leis e a Constituição. NANPING, Liu. Judicial Review in China: A Comparative Perspective. *Review of Socialist Law*, **Martínus Nijhoff Publishers**, v. 14, n. 3, 1988, p. 241-253.

⁶⁰⁰ O *judicial review* pela *Supreme People's Court* é exercido de três formas. A primeira forma se reflete nos Boletins Sazonais, que são documentos oficiais utilizados pela *Supreme People's Court* para publicar seus pareceres sobre problemas jurídicos. A segunda forma de exercer o *judicial review*, seria pela solicitação dos Tribunais Inferiores de pareceres à *Supreme People's Court* sobre determinado tema. A terceira forma de exercer o *judicial review*, seria na emissão de pareceres sobre temas jurídicos selecionados pela *Supreme People's Court*, independentemente da solicitação prévia por tribunal inferior. NANPING, loc. cit.

⁶⁰¹ NANPING, loc. cit.

⁶⁰² No caso *Shenyang v. Chao Hendung*, publicado no *Sazonal Bulletin n. 1* de 1987, o réu, Sr. Chao Hendung, era um engenheiro que trabalhava, em conjunto com mais de 20 pessoas, no Instituto de Pesquisa em Computação da província de Shenyang, e, em seus momentos livres, traduzia livretos para computadores importados, para posteriormente vendê-los. Após concluir o trabalho, repartia os lucros com seus colegas. Em decorrência dessa prática, foi processado pelo crime de corrupção pela Procuradoria do Povo da província de Shenyang. No entanto, o Sr. Chao Hendung foi absolvido, sob o argumento de que seu ato não estava em desacordo com nenhuma das normas definidas nos documentos do Partido, ou, nos documentos emitidos pelo governo local ou central. NANPING, loc. cit.

tomando por base a Constituição, para afastar a condenação de cidadão injustamente acusado⁶⁰³.

Dessarte, em Hong Kong, região administrativa especial chinesa, com o fim do domínio colonial exercido pelo Reino Unido, e, a promulgação da Constituição em 1990⁶⁰⁴, as cortes^{605,606} passam a ter o poder de interpretação final do ordenamento jurídico⁶⁰⁷, com força vinculante, como observado nos casos *Ng Ka Ling v. Director of Immigration* de 1999⁶⁰⁸ e *Lau Kong Yung v. Director of Immigration* de 1999⁶⁰⁹, *Cheng Albert v. Tse Wai Paul* de 2000⁶¹⁰ e *Equal Opportunities Commission v. Director for Education* de 2001⁶¹¹.

Em Taiwan, também região administrativa da China, o Tribunal Constitucional (*Council of Grand Justices of the Judicial Yuan*)⁶¹², da mesma forma, possui o papel de uniformizar e interpretar as leis infraconstitucionais em conformidade com a Constituição, efetuando o

⁶⁰³ Podemos notar algumas semelhanças entre o modelo norte-americano e o Chinês, uma vez que ambas as constituições não tratam expressamente do *judicial review*, tendo as cortes desempenhado o papel de adaptar suas respectivas constituições à evolução social. NANPING, loc. cit.

⁶⁰⁴ Com a *Sino-British Declaration* de 1984, é efetivando o princípio *one country, two systems*, tendo, contudo, sua declaração oficial como região administrativa especial da China, ocorrida somente em 1997. CHAN, Johannes. *Hong Kong's constitutional journey: 1997-2011. Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century*. In: CHEN, Albert H. Y. Cambridge University Press, 2014, p. 169-193.

⁶⁰⁵ Após 1997, quando deixou de ser uma colônia da Grã-Bretanha, a *Hong Kong Court of Final Appeal*, passa a ser a mais alta corte de apelação de Hong Kong. CHAN, loc. cit.

⁶⁰⁶ Hong Kong, possui seu sistema judicial composto pela *Court of Final Appeal*, *High Courts (Court of Appeal e Court of First Instance)*, *District Courts (Family Court e Lands Tribunal)*, *Magistrates' Courts (Juvenile Court)*, *Coroner's Court*, *Labour Tribunal*, *Small Claims Tribunal* e *Obscene Articles Tribunal*, cabendo às cortes, o exame de compatibilidade da legislação doméstica questionada com a *Basic Law*. CHAN, loc. cit.

⁶⁰⁷ Apesar do Comitê Permanente do Congresso Nacional do Povo (CPCNP) chinês, especialmente, se a matéria envolver a interpretação da *Basic Law* e da legislação nacional, possuir a palavra final sobre o tema, as cortes de Hong Kong não vêm admitindo a interferência do CPCNP chinês, em casos que envolvam conteúdo, predominantemente, da autonomia interna de Hong Kong. CHAN, loc. cit.

⁶⁰⁸ No caso *Ng Ka Ling v. Director of Immigration*, julgado pela *Hong Kong Court of Final Appeal*, discutia-se o direito à moradia de uma criança nascida em Hong Kong, de pais nascidos fora de Hong Kong, uma vez que a lei de imigração do país, reformada pela *Immigration Ordinance*, passou a exigir, como requisito ao direito de moradia em Hong Kong, a produção de um atestado aprovado pelo *Security Bureau* chinês. Tal previsão foi declarada inconstitucional, tendo em vista que, segundo a *Hong Kong Court of Final Appeal*, a questão girava em torno de conteúdo predominantemente de autonomia interna. CHAN, loc. cit.

⁶⁰⁹ No caso *Lau Kong Yung v. Director of Immigration*, decidiu a *Court of Final Appeal*, que a *Basic Law* de Hong Kong limita as decisões do Comitê Permanente do Congresso Nacional do Povo (CPCNP), sobre a discussão da autonomia legislativa de Hong Kong. CHAN, loc. cit.

⁶¹⁰ No caso *Cheng Albert v. Tse Wai Paul*, julgado pela *Hong Kong Court of Final Appeal*, discutia-se a proteção da liberdade de expressão. CHAN, loc. cit.

⁶¹¹ No caso *Equal Opportunities Commission v. Director for Education*, a *Court of Appeal* sustentou que a preferência de tratamento conferida a estudantes masculinos nas escolas secundárias, era injustificada e discriminatória, bem como, não poderia ser considerada uma medida temporária, tendo em vista o prazo de vigência de 20 anos. CHAN, loc. cit.

⁶¹² O *Judicial Yuan* de Taiwan, é composto, nas instâncias ordinárias, pela *District Courts*, *High Courts*, *Administrative Courts* e *Supreme Court* (como última instância ordinária), além da *Constitutional Court*, composta por 15 membros, com função precípua de efetuar o controle de constitucionalidade e de interpretar e uniformizar a legislação. GINSBURG, Tom. *Confucian Constitutionalism? Globalization and Judicial Review in Korea and Taiwan. Law and Social Inquiry*, v. 27, n. 4, 2002, p. 763-800.

controle abstrato *a priori* e *a posteriori* de constitucionalidade⁶¹³, tendo, inclusive, especialmente a partir dos anos 90, ampliado a proteção aos direitos fundamentais⁶¹⁴, como se observa das *Interpretation 384*⁶¹⁵, *Interpretation 392*⁶¹⁶ e *Interpretation 373*⁶¹⁷.

Já na Coreia do Sul, apesar de, desde a independência em 1945, haver a previsão do controle de constitucionalidade⁶¹⁸, apenas em 1987, há a criação de um Tribunal Constitucional^{619,620}, com competência para declarar a não conformidade constitucional das normas, mas, sem pronúncia de invalidade⁶²¹, como se observa do julgamento do caso *National Security* de 1992, em que a corte admitiu a interpretação conforme do *National Security Act*⁶²².

O sistema judicial indiano, da mesma forma, em conformidade com a Constituição de 1949⁶²³, atribuiu à Suprema Corte a competência para decidir, exclusivamente, sobre a conformidade constitucional dos atos normativos, constituindo, ainda, a última instância

⁶¹³ GINSBURG, loc. cit.

⁶¹⁴ Esta visão ampliativa do Tribunal Constitucional, pode ser observada em algumas hipóteses, como na declaração da inconstitucionalidade de partidos políticos criados em dissonância com o projeto de democratização de Taiwan, aproximando-se da previsão contida no artigo 21 da *German Basic Law*, que prevê a possibilidade do Tribunal Constitucional alemão abolir partidos políticos dissonantes do projeto democrático da república. GINSBURG, loc. cit.

⁶¹⁵ Na *Interpretation 384*, o Tribunal Constitucional derrubou a possibilidade de prisão administrativa de pessoas consideradas *hooligans* sem mandato judicial, previsto na *Anti-hooligan Law*. GINSBURG, loc. cit.

⁶¹⁶ Na *Interpretation 392*, o Tribunal Constitucional derrubou a autorização para detenção de civis sem mandato judicial. GINSBURG, loc. cit.

⁶¹⁷ Na *Interpretation 373*, o Tribunal Constitucional autorizou professores a firmarem acordos coletivos, vedado pela *Labor Union Law*, com a proteção dos trabalhadores nacionais. GINSBURG, loc. cit.

⁶¹⁸ O Poder Judiciário da Coreia do Sul, é composto pela *Supreme Court*, pela *High Court* e pelas *District Courts*, além das *Courts-martial* para fins de jurisdição especial, e da *Constitutional Court*, sendo esta competente para proferir decisão final sobre a constitucionalidade de normas, *impeachment*, dissolução de partido político, conflito de regime de competência e reclamações constitucionais. GINSBURG, loc. cit.

⁶¹⁹ A *Constitutional Court* coreana é composta por 9 juízes, selecionados pelo Presidente, oriundos de diversas instituições, sendo 3 nomeados pela *National Assembly*, 3 nomeados pelo *Chief Justice* e 3 nomeados pelo próprio Presidente, para o exercício de um mandato renovável de 6 anos. GINSBURG, loc. cit.

⁶²⁰ O modelo coreano, adota, com suas devidas adaptações institucionais, o sistema kelseniano de controle de constitucionalidade, apesar de também sofrer influências do modelo norte-americano, tendo em vista a influência do sistema estadunidense durante o período de Guerra Fria. GINSBURG, loc. cit.

⁶²¹ A *Constitutional Court* coreana, nos casos de controle de constitucionalidade, tem preferido declarar a não conformidade das normas à Constituição, do que declará-las inconstitucional. Assim, a Corte pode declarar uma norma inconstitucional, requerendo à Assembleia Nacional a emenda da norma no futuro; efetuar a interpretação conforme da norma; determinar uma norma conformável limitadamente com a Constituição; ou declarar uma norma constitucional. GINSBURG, loc. cit.

⁶²² No *National Security case*, o Tribunal Constitucional considerou o *National Security Act* de 1948 incompatível com as garantias constitucionais, efetuando interpretação conforme, para permitir seu uso apenas em casos de riscos de segurança atuais, tendo em vista os constantes conflitos com a Coreia do Norte. O *National Security Act* dispõe que “to secure the security of the State and the subsistence and freedom of nationals, by regulating any anticipated activities compromising the safety of the State”. GINSBURG, loc. cit.

⁶²³ A Constituição indiana de 1950, é considerada a Constituição mais extensa do mundo, com 395 artigos e 119 emendas constitucionais. DEVA, Surya. The Indian constitution in the twenty-first century: the continuing quest for empowerment, good governance and sustainability. In: CHEN, Albert H. Y. (Ed.). **Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 343-366.

recursal em sede de apelação⁶²⁴, com o papel de afirmação de diversos direitos fundamentais, como na questão das ações afirmativas, em *State of Kerala v. N.M. Thomas* de 1975⁶²⁵.

De igual maneira, esta expansão se observa até mesmo no Oriente Médio⁶²⁶, como ocorre, por exemplo, com o sistema constitucional de Israel^{627,628}, em que, a autoridade para exercer o controle de constitucionalidade sobre as leis, desenvolve-se gradativamente pelo papel desempenhado pela Suprema Corte na interpretação das Leis Básicas⁶²⁹, especialmente a partir do julgamento do caso *Kol Ha Am* de 1953^{630,631}, envolvendo atos administrativos,

⁶²⁴ DEVA, loc. cit.

⁶²⁵ O caso envolvia a validade de política que favorecia a promoção de membros de castas inferiores no serviço público. A Suprema Corte afirmou que, as medidas afirmativas, não deveriam ser concebidas como meras exceções à regra da isonomia formal, mas como providências necessárias para o alcance da real igualdade de oportunidades. MARTINS DE ARAUJO, Luis Claudio; VIEGAS, T. M. Discriminação positiva e as ações afirmativas: Equalização e reparação histórica das minorias estigmatizadas pelas medidas positivas de inclusão no serviço público. *Revista Quaestio Iuris*, v. 9, 2016, p. 181-204.

⁶²⁶ O modelo de jurisdição constitucional, também foi adotado no artigo 83 da Constituição do Iraque de 1925 e 93 da Constituição do Iraque de 2005. GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why do Countries adopt Constitutional Review? *Journal of Law, Economics & Organization*, n. 30, 2014.

⁶²⁷ HOFNUNG, M. The Unintended Consequences of Unplanned Constitutional Reform: Constitutional Politics in Israel. *American Journal of Comparative Law*, v. 44, 1996, p. 585-604.

⁶²⁸ O Estado de Israel foi criado em 1947, e, com a independência, ocorreu a absorção de todo o direito vigente durante o Mandato Britânico, incluindo tanto o *common law* inglesa, quanto o direito turco remanescente do império turco-otomano. Em Israel, as origens do debate constitucional, remontam à Declaração 181 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 1947, mais conhecida como o Plano de Partilha da Palestina, que é considerada o poder constituinte originário do Estado de Israel, visto que contém a transferência do Poder Mandatário para o Conselho Provisório Judaico. Assim, em maio de 1948, o Conselho Judaico Provisório, apresenta o primeiro documento formal e constitutivo do Estado de Israel, a Declaração de Independência, contendo a crença conjunta do povo judeu e os valores informadores do Estado de Israel, e, em 1949, em virtude da Lei de transição, o conselho provisório judaico é transformado no primeiro Knesset, e todos os poderes, transferidos pelo Mandato Britânico, são absorvidos pelo Knesset, incluindo o poder constituinte. O Primeiro Knesset, antes de se dissolver, aprova uma lei de transição em 1949, especificando que todos os poderes do Primeiro Knesset seriam transferidos para o Segundo Knesset, e assim sucessivamente. Cabe ainda pontuar que, a Declaração Harari de 1950, determina que a Constituição será feita por meio de capítulos, e, que cada um desses capítulos, constituirá uma lei básica, que formariam, separadamente, o corpo da Constituição Israelense. Desta forma, o Knesset, como poder constituinte, legislou onze Leis Básicas, que passam a ser entendidas como a Constituição formal de Israel. WAISBERG, T. Notas sobre o direito constitucional israelense: a revolução constitucional e a Constituição escrita do Estado de Israel. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 63, 2008, p. 324-348.

⁶²⁹ BARZILAI, Gad. Courts as hegemonic institutions. The Israeli Supreme Court in a comparative perspective. *Israel Affairs*, v. 5, n. 2-3, 1998, p. 15-33.

⁶³⁰ No caso *Kol Ha Am*, a Suprema Corte reconheceu valores superiores na Declaração de Independência do Estado de 1948, bem como, noções do Direito Constitucional Inglês e Americano, para reconhecer na liberdade de expressão, o valor e o princípio informador da Democracia Israelense. O caso *Kol Ha Am* (HCJ 73/1953), se refere à decisão do Ministro do Interior, em suspender a publicação de dois Jornais comunistas, que segundo a opinião do Ministro, continham artigos que colocavam em perigo a paz pública, baseado na seção 19 (2) da Ordenação de Imprensa, baixada durante o Mandato Britânico, e absorvida pelo Sistema Jurídico Israelense. Os proprietários dos Jornais apelaram para Suprema Corte, pedindo a anulação da decisão do ministro do interior, e, a corte, ao julgar o caso, reconhece a existência de conceitos fundamentais, e declara que o a liberdade de imprensa encontra-se abarcada pelo direito à liberdade de expressão. Assim, a Corte opta por atacar a decisão administrativa, decidindo que o Ministro do Interior excedeu os poderes conferidos pela referida Seção 19 (2), sem interferir na validade da Ordenação de Imprensa. O caso *Kol Ha Am*, inclui inúmeras citações tanto de doutrina, como jurisprudência estrangeira, sobretudo dos Estados Unidos. WAISBERG, T. Notas sobre o direito constitucional israelense: a revolução constitucional e a Constituição escrita do Estado de Israel. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 63, 2008, p. 324-348.

⁶³¹ WAISBERG, loc. cit.

prossegue no caso *Bergman* de 1969⁶³², que inaugura a noção de Constituição escrita e limites constitucionais formais em Israel, e alcança seu ponto alto no caso Banco *Mizrahi* de 1995, que marca a expansão do controle de constitucionalidade material das leis Básicas sobre leis simples^{633,634}.

No continente africano, também encontramos diversos modelos de jurisdição constitucional, a depender do país analisado, o que reflete, em alguma medida, a influência europeia sofrida por estes países durante o período do colonialismo⁶³⁵, como se observa, por exemplo, em Camarões, que estabelece um Conselho Constitucional^{636,637} com a Constituição de 1996⁶³⁸, que exerce o controle político prévio de constitucionalidade das leis, bem como

⁶³² No caso *Bergman* (HCJ 98/1969), a Suprema Corte, ao interpretar a artigo 4º e 46 da Lei Básica “O Knesset” de 1958, entende que a lei de financiamento dos partidos eleitorais, ao tratar de hipóteses de financiamento não equitativo, geraria desigualdade na oportunidade de ser eleito, ferindo o princípio da igualdade nas eleições, e, portanto, deveria ser aprovada pela maioria absoluta dos membros do Knesset, criando limites formais à deliberação e aprovação de leis, incluindo Leis Básicas, pelo Knesset, dando início à ideia de rigidez constitucional no Direito Israelense. WAISBERG, loc. cit.

⁶³³ No caso Banco *Mizrahi* (HCJ 6821/1993), a Suprema Corte de Israel assume autoridade para interferir no conteúdo das leis, cancelando leis que venham a ferir direitos fundamentais dispostos em Leis Básicas, avançando em relação ao caso *Bergman* (HCJ 98/1969), que se referia apenas a limites formais. A introdução de limites materiais, decorre da edição da Lei Básica “Dignidade da Pessoa Humana e sua Liberdade” de 1992, que contém cláusulas de limitação à violação dos Direitos Humanos. No caso, a Suprema Corte foi chamada a verificar a validade da Lei Gal, que regulamentava a anistia de dívidas de agricultores. O Banco Mizrahi, tendo sido prejudicado pela adoção da Lei, recorreu à Corte para questionar a sua validade, na proteção do direito à propriedade. A Suprema Corte acabou por decidir pela Constitucionalidade da Lei Gal, apesar de reconhecer que havia violação do direito de propriedade do Banco Mizrahi, admitindo a superioridade normativa das Leis Básicas em relação às Leis Simples. WAISBERG, loc. cit.

⁶³⁴ No Oriente Médio, também temos outros exemplos de países que se valem de algum modelo de controle de constitucionalidade, como se observa, do Irã, que apesar de possuir um modelo de constitucionalismo com notas teocráticas, admite o controle de constitucionalidade, exercido pelo Conselho dos Guardiães, que analisa preventivamente, a compatibilidade das leis aprovadas pelo parlamento (*Majlis*) em face da Constituição e da lei islâmica (*charia*), e, assim, todas as leis que, na perspectiva do Conselho dos Guardiães, não estejam de acordo com esses dois princípios são devolvidas ao *Majlis*. O Conselho dos Guardiães, é composto por doze juristas, sendo seis clérigos especialistas em direito religioso — nomeados pelo Guia Supremo — e seis juristas, nomeados pelo chefe do poder judiciário e aprovados pelo legislativo. A Constituição da República Islâmica do Irã, foi aprovada por referendo em 1979, e entrou em vigor no mesmo ano, substituindo a Constituição de 1906. A Constituição é um “híbrido” de elementos teocráticos e democráticos. KHARRAZI, Fardin. **Introducing the Judicial Power of the Islamic Republic of Iran**. Disponível em: <http://www.iranreview.org/content/Iran_Spectrum/Introducing-the-Judicial-Power-of-the-Islamic-Republic-of-Iran.htm>. Acesso em: 12 maio 2016.

⁶³⁵ ABEBE, Adem Kassie; FOMBAD, Charles Manga. Advisory Jurisdiction of Constitutional Courts in Sub-Saharan Africa. **The George Washington International Law Review**, v. 46, 2013, p. 55-117.

⁶³⁶ O Conselho Constitucional camaronês, foi criado pela Constituição de 1996, contudo, apesar da previsão normativa, até 2004, quando houve sua instalação, tal função era exercida pela Suprema Corte de Camarões. O Conselho Constitucional camaronês, é previsto no artigo 46 da Constituição, e é composto por onze membros eleitos por um mandato de nove anos, escolhidos três membros pelo presidente da Assembleia Nacional, três membros pelo presidente do Senado e dois membros pelo *Higher Judicial Council*. Os ex-presidentes de Camarões, são membros do Conselho Constitucional. ABEBE; FOMBAD, loc. cit.

⁶³⁷ Podem suscitar a atuação do Conselho Constitucional, o presidente da República, o presidente da Assembleia Nacional, o presidente do Senado, 1/3 dos membros da Assembleia Nacional ou Senado, os presidentes regionais em suas áreas de interesse, e os candidatos e partidos políticos. ABEBE; FOMBAD, loc. cit.

⁶³⁸ A Constituição de 1996 — que altera a Constituição de 1972 — estabelece em Camarões, uma federação, com um sistema de governo presidencialista e um Parlamento bicameral. ABEBE; FOMBAD, loc. cit.

soluciona conflitos entre instituições estatais e regiões, em um modelo que muito se aproxima do sistema francês antes da Reforma Constitucional de 23 de julho de 2008⁶³⁹.

No mesmo sentido, encontramos o modelo de jurisdição constitucional de Angola, que, por força da Constituição de 2010⁶⁴⁰, traz um sistema, que, em grande parte, se inspira em Portugal, estabelecendo um Tribunal Constitucional^{641,642}, que possui competência⁶⁴³, fundamentalmente, para decidir conflitos entre Poderes e para o exercício *a priori*⁶⁴⁴ e *a posteriori*⁶⁴⁵ do controle de constitucionalidade, com jurisdição vinculante, obrigatória, exclusiva e final para decidir sobre matérias constitucionais.

⁶³⁹ O Poder Judiciário camaronês também se assemelha em muito ao modelo Francês, possuindo uma jurisdição administrativa e uma jurisdição judicial, contudo, com a previsão de uma Suprema Corte, que, segundo o artigo 37 da Constituição, é a última corte em questões da jurisdição administrativa e judicial. ABEBE; FOMBAD, loc. cit.

⁶⁴⁰ A Constituição de 2010, que substituiu a Constituição provisória de 1992, traz um Estado unitário, com um sistema de governo presidencialista e um Parlamento unicameral, no qual o presidente da República é indiretamente eleito através da Assembleia Nacional, formada a partir de um sistema eleitoral proporcional. ABEBE; FOMBAD, loc. cit.

⁶⁴¹ O sistema judicial de Angola possui como órgãos de cúpula, o Tribunal Constitucional, o Supremo Tribunal, o Tribunal de Contas e o Supremo Tribunal Militar. Assim, o sistema de organização e funcionamento dos Tribunais, compreende uma jurisdição comum, cujo órgão de cúpula é o Supremo Tribunal; uma jurisdição militar, cujo órgão de cúpula é o Supremo Tribunal Militar; e uma jurisdição administrativa, fiscal e aduaneira autônoma, cujo órgão de cúpula seria o Tribunal de Contas. ABEBE; FOMBAD, loc. cit.

⁶⁴² O Tribunal Constitucional, foi instituído pela Lei Constitucional de 1992, e atualmente está previsto no artigo 180 da Constituição de 2010. O Tribunal Constitucional é composto por onze Juizes, designados de entre juristas e magistrados, sendo quatro juizes indicados pelo Presidente da República, incluindo o Presidente do Tribunal; quatro juizes eleitos pela Assembleia Nacional por maioria de dois terços dos Deputados, incluindo o Vice-Presidente do Tribunal; dois juizes pelo Conselho Superior da Magistratura Judicial; e, um juiz por concurso público curricular. Os juizes do Tribunal Constitucional são designados para um mandato de sete anos não renovável, e gozam das garantias de independência, inamovibilidade, imparcialidade e irresponsabilidade dos juizes em relação aos demais Tribunais. ABEBE; FOMBAD, loc. cit.

⁶⁴³ A atribuição do controle de constitucionalidade ao Tribunal Constitucional angolano, possui previsão expressa no artigo 180 da Constituição de 2010, cabendo ao Tribunal Constitucional, principalmente, a competência para apreciar preventivamente a constitucionalidade das leis do parlamento, e de quaisquer normas e atos do Estado. ABEBE; FOMBAD, loc. cit.

⁶⁴⁴ A apreciação preventiva da constitucionalidade das normas, pode ser requerida pelo Presidente da República, e por um décimo dos Deputados da Assembleia Nacional. Ademais, não podem ser promulgados, assinados ou ratificados diplomas, enquanto o Tribunal Constitucional não tiver se pronunciado sobre o pedido preventivo de constitucionalidade. Da mesma forma, o Presidente deve vetar os diplomas legais, tratados, convenções ou acordos internacionais, que o Tribunal Constitucional declarar inconstitucional, devendo devolvê-los ao órgão de origem, que deverá expurgar a norma julgada inconstitucional. ABEBE; FOMBAD, loc. cit.

⁶⁴⁵ O controle de constitucionalidade *a posteriori*, pode ser efetivado no exercício da fiscalização abstrata, podendo o Presidente da República, um décimo dos Deputados da Assembleia Nacional, os grupos parlamentares, o Procurador-Geral da República, o Provedor de Justiça e a Ordem dos Advogados de Angola, requerer ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade. O controle de constitucionalidade *a posteriori*, também pode ser efetivado no exercício da competência recursal, das decisões dos demais Tribunais que apliquem normas cuja constitucionalidade haja sido questionada durante o processo. ABEBE; FOMBAD, loc. cit.

Esta mesma lógica se observa na República Democrática do Congo, que, com a Constituição de 2005⁶⁴⁶, estabeleceu um Tribunal Constitucional^{647,648}, em um modelo similar ao atual sistema belga, responsável pela análise de constitucionalidade das leis e decisões governamentais, bem como pela resolução de conflitos entre os Poderes da República, entre as províncias e o governo central, e pela validade das eleições presidenciais e parlamentares, tendo competências constitucionais para o exercício do controle de constitucionalidade *a priori*⁶⁴⁹ e *a posteriori*⁶⁵⁰.

Já em outros países africanos, apesar da experiência colonial, percebe-se a opção por modelos próprios de jurisdição constitucional, como, por exemplo, a África do Sul⁶⁵¹, em que, apesar da influência britânica, opta por criar um Tribunal Constitucional⁶⁵², que, segundo a seção 167 da Constituição de 1996⁶⁵³, é o órgão de cúpula da jurisdição sul-africana em questões constitucionais, com competências concentrada ou recursal⁶⁵⁴, para analisar a

⁶⁴⁶ A Constituição de 2005 da República Democrática do Congo, estabelece uma federação, com um sistema de governo presidencialista e um Parlamento bicameral. ABEBE; FOMBAD, loc. cit.

⁶⁴⁷ O Poder Judiciário congolês, previsto no artigo 149 da Constituição, é composto pelo Tribunal Constitucional (*Cour Constitutionnelle*), Corte de Cassação (*Cour de Cassation*), Conselho de Estado (*Conseil d'Etat*), Corte Superior Militar (*Haute Cour Militaire*), cortes civis, militares e tribunais. Há ainda a previsão do Conselho Superior do Judiciário, entidade responsável pela administração do Poder Judiciário. ABEBE; FOMBAD, loc. cit.

⁶⁴⁸ O Tribunal Constitucional, é composto por nove membros eleitos para um mandato não renovável de nove anos, escolhidos pelo presidente da República, Parlamento e Conselho Superior do Judiciário, na proporção de 1/3 cada órgão. ABEBE; FOMBAD, loc. cit.

⁶⁴⁹ O Tribunal Constitucional pode emitir *advisory opinions* a pedido do presidente da República, Primeiro-Ministro, presidente do Senado, presidente da Assembleia Nacional ou dez por cento de cada casa parlamentar, pelos governadores provinciais e pelos presidentes das assembleias provinciais. ABEBE; FOMBAD, loc. cit.

⁶⁵⁰ Ademais, o Tribunal Constitucional, pode atuar repressivamente a pedido do presidente da República, Governador, presidente do Senado, presidente da Assembleia Nacional ou dez por cento de cada casa parlamentar, pelos governadores provinciais e pelos presidentes das assembleias provinciais. O Tribunal Constitucional, também pode receber casos de indivíduos, desde que reconhecido o interesse público envolvendo a matéria, garantindo o acesso direito ao Tribunal Constitucional. ABEBE; FOMBAD, loc. cit.

⁶⁵¹ DAVIS, Dennis M. Transformation and the Democratic Case for Judicial Review: The South African Experience. *Loyola University Chicago International Law Review*, v. 5, 2007, p. 45-57.

⁶⁵² O Tribunal Constitucional da África do Sul, segundo a seção 167 da Constituição sul-africana, é composto de 11 (onze) juízes, nomeados pelo Presidente da República, após a indicação do *Judicial Service Commission*, para um mandato de 12 (doze) anos, com competência originária e recursal. O Tribunal Constitucional da África do Sul foi estabelecido, inicialmente, pela Constituição provisória de 1993, e, mantida, na Constituição definitiva de 1996. *A Supreme Court of Appeal*, segundo a Constituição sul-africana e o *Superior Courts Act* de 2013, é a corte de cúpula da jurisdição sul-africana para demais demandas que não sejam constitucionais. ABEBE, Adem Kassie; FOMBAD, Charles Manga. Advisory Jurisdiction of Constitutional Courts in Sub-Sahara Africa. *The George Washington International Law Review*, v. 46, 2013, p. 55-117.

⁶⁵³ A Constituição de 1996 da África do Sul, estabelece uma federação, com um sistema de governo presidencialista e um Parlamento bicameral, sendo o presidente da República indiretamente eleito através dos membros da Assembleia Nacional. DAVIS, Dennis M. Transformation and the Democratic Case for Judicial Review: The South African Experience. *Loyola University Chicago International Law Review*, v. 5, 2007, p. 45-57.

⁶⁵⁴ O Tribunal Constitucional, pode se manifestar quando houver um *appeal* para Corte; quando houver que confirmar a declaração de invalidade de norma por tribunal inferior; quando o parlamento solicitar a manifestação do Tribunal Constitucional; quando houver aplicação direta à Corte, devido à urgência do assunto, no interesse da justiça e com autorização do Tribunal Constitucional. ABEBE, Adem Kassie; FOMBAD, Charles Manga. Advisory Jurisdiction of Constitutional Courts in Sub-Sahara Africa. *The George Washington International Law Review*, v. 46, 2013, p. 55-117.

compatibilidade constitucional das leis após a sua promulgação⁶⁵⁵, bem como, desenvolver o *common law* em conformidade com a Constituição, como se observa em *Carmichele v. Minister of Safety and Security and another* de 2001, ao afirmar que “*the courts are under a general duty to develop the common law when it deviates from the objectives of the country's Bill of Rights*”⁶⁵⁶.

É o que também ocorreu no Quênia⁶⁵⁷, que com o processo de descolonização no contexto pós-colonial inglês e a Constituição de 2010⁶⁵⁸, buscou a eliminação gradativa das desigualdades, a maior tolerância étnica, e a participação política igualitária, estabelecendo, dentre outros pontos, uma Suprema Corte^{659,660}, com competência recursal⁶⁶¹ para determinar a constitucionalidade das leis, além de emitir *advisory opinions* a pedido de órgãos governamentais⁶⁶².

Também no Zimbabwe, no refluxo da colonização britânica, e, especialmente, a partir da *Constitution Order* de 2013^{663,664}, é estabelecido um Tribunal Constitucional⁶⁶⁵ que, segundo

⁶⁵⁵ Quando o parlamento solicitar a manifestação do Tribunal Constitucional, haveria um controle de constitucionalidade *a priori*, provocado por 1/3 dos membros da Assembleia Nacional, para desafiar a constitucionalidade das leis dentro de trinta dias após a promulgação. Neste sentido, Adem Kassie Abebe e Charles Manga Fombad, inserem este modelo como uma “*advisory opinion*” para prevenir eventuais danos constitucionais. ABEBE; FOMBAD, loc. cit.

⁶⁵⁶ Caso *Carmichele v. Minister of Safety and Security and another*. Disponível em: <<http://www.constitutionalcourt.org.za/uhtbin/hyperion-image/S-CCT48-00>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁶⁵⁷ JUMA, Laurence. Ethnic Politics and the Constitutional Review Process in Kenya. **Tulsa Journal of Comparative and International Law**, v. 9, 2001, p. 471-532.

⁶⁵⁸ O Quênia, estabeleceu um sistema de governo presidencialista e bicameral, conferindo autonomia e descentralização aos condados estabelecidos, em um genuíno Estado federativo. JUMA, loc. cit.

⁶⁵⁹ O sistema judicial do Quênia, é organizado, segundo o artigo 161 e seguintes da Constituição de 2010, pelas *Superior Courts*, magistrados e outros oficiais de justiça. As *Superior Courts*, por sua vez, são a Suprema Corte, a Corte de Apelação e a *High Court*. JUMA, loc. cit.

⁶⁶⁰ Segundo o artigo 163 da Constituição do Quênia de 2010, a Suprema Corte é composta pelo Presidente da Suprema Corte, pelo Vice-Presidente da Suprema Corte e por cinco outros juízes. JUMA, loc. cit.

⁶⁶¹ A Suprema Corte, possui competência recursal para apreciar recursos provenientes das Cortes de Apelação, em casos de interpretação ou aplicação da Constituição, podendo certificar a existência de questão de matéria de interesse público geral. JUMA, loc. cit.

⁶⁶² É importante mencionar que a Suprema Corte do Quênia, possui também competência para *advisory opinions*, a pedido do governo nacional, ou, por qualquer organismo governamental ou condado, que são vinculantes às entidades governamentais solicitantes. OJIENDA, Tom; ALOO, Leonard Obura. UPDATE: Researching Kenyan Law. Disponível em: <<http://www.nyulawglobal.org/globalex/Kenya1.html>>. Acesso em: 12 mai. 2016.

⁶⁶³ A *Zimbabwe Constitution Order* de 2013, contém uma cláusula de ineficácia de alguns dispositivos constitucionais pelo prazo de dez anos. ROUX, Theunis. Constitutional Property Rights Review in Southern Africa: The Record of the Zimbabwe Supreme Court. **African Journal of International and Comparative Law**, v. 8, 1996, p. 755-788.

⁶⁶⁴ Antes da Constituição de 2013, a *Constitution Order* de 1979, continha uma previsão de proteção de alterações à Constituição, vedando expressamente emendas pelo período de dez anos. ROUX, loc. cit.

⁶⁶⁵ Segundo os artigos 166 e 186 da *Zimbabwe Constitution Order* de 2013, o Tribunal Constitucional do Zimbabwe, é composto pelo Presidente da Suprema Corte, pelo Vice-Presidente da Suprema Corte e por cinco outros juízes, nomeados para um período de no máximo 15 anos. Antes da Constituição de 2013, a *Constitution Order* de 1979, estabeleceu uma Suprema Corte, composta por no mínimo cinco membros, incluindo o Presidente do Tribunal, com competência originária sobre violações dos direitos fundamentais garantidos na Constituição e

a seção 167 da Constituição, é o órgão de cúpula em questões constitucionais, com competências originária e recursal, podendo avaliar a constitucionalidade das leis antes ou após a sua promulgação^{666,667}.

Este mesmo cenário também se observa em Uganda, que, com o distanciamento do colonialismo britânico e a promulgação da atual Constituição em 1995, busca a ampliação do viés democrático, com a inserção do multipartidarismo e a redução dos poderes dos líderes tribais, e, da mesma forma, a proteção dos Direitos Humanos e fiscalização dos atos do Estado⁶⁶⁸, com a criação de um Tribunal Constitucional^{669,670}, que, progressivamente, vem buscando sua afirmação como Poder, como se observa, exemplificativamente, no caso *Ssemogerere and Others v. Attorney-General* de 2003 e *Ssemogerere and Olum v. Attorney-General* de 2004⁶⁷¹ — em que a Corte entendeu pela inconstitucionalidade, com base na violação ao direito de assembleia e associação, do *Referendum Act* de 1999 e 2000 e das seções 18 e 19 do *Political Parties and Organizations Act* de 2000⁶⁷², que, no plano fático, resultava

jurisdição recursal. Hoje, pela *Zimbabwe Constitution Order* de 2013, a Suprema Corte, é o órgão de cúpula em matérias não constitucionais. ROUX, loc. cit.

⁶⁶⁶ ABEBE, Adem Kassie; FOMBAD, Charles Manga. Advisory Jurisdiction of Constitutional Courts in Sub-Saharan Africa. **The George Washington International Law Review**, v. 46, 2013, p. 55-117.

⁶⁶⁷ ROUX, Theunis. Constitutional Property Rights Review in Southern Africa: The Record of the Zimbabwe Supreme Court. **African Journal of International and Comparative Law**, v. 8, 1996, p. 755-788.

⁶⁶⁸ A Constituição de 1995, promoveu a expansão e maior proteção dos Direitos Humanos e dificultou o processo de emenda ou suspensão à Constituição, como se observa do artigo 137, que prevê o direito de petição de qualquer pessoa de provocar o Tribunal Constitucional para garantir um direito constitucional violado e do artigo 43 que prevê a inderrogabilidade de direitos fundamentais. BUSSEY, Erica. Constitutional dialogue in Uganda. **Journal of African law**, v. 49, n. 01, 2005, p. 1-23.

⁶⁶⁹ O sistema judicial em Uganda, estabelecido pela Constituição de 1995, é composto pela Suprema Corte, Corte de Apelação, *High Court*, *Magistrate Courts* e pelos Tribunais. BUSSEY, loc. cit.

⁶⁷⁰ Na verdade, a atribuição do exercício de controle de constitucionalidade, é de competência da Corte de Apelação de Uganda, que funciona como um Tribunal Constitucional, sempre que houver questões quanto à interpretação da Constituição. Neste caso, a Corte de Apelação, que não possui um número inferior a oito juízes, será composta por apenas 5 juízes. Contudo, cabe destacar, que no sistema de Uganda, a Suprema Corte, é o tribunal de última instância, e, portanto, das decisões do Tribunal Constitucional, ainda cabe recurso para a Suprema Corte, o que gera inúmeros problemas de ordem institucional, como se observa do caso *Obbo and Another v. Attorney General* de 2004, em que o editor-Chefe do jornal *The Monitor*, o único jornal independente de Uganda, após ser acusado criminalmente, questionou a constitucionalidade da seção 50 do Código Penal de Uganda, que criminaliza a publicação de notícias falsas, tendo sido julgado improcedente a questão no Tribunal Constitucional, mas procedente na Suprema Corte, dada a excessiva vagueza do tipo penal, o que impossibilitaria uma restrição ao direito de liberdade de expressão. BUSSEY, loc. cit.

⁶⁷¹ Em *Ssemogerere and Olum v. Attorney-General* de 2004, o Tribunal Constitucional entendeu que o *Referendum Act* de 2000, aprovado em substituição ao *Referendum Act* de 1999, também seria inconstitucional, pelos mesmos argumentos de *Ssemogerere and Others v. Attorney-General* de 2003. Contudo, esta decisão foi revista pela *Supreme Court*, que, apesar de também entender pela inconstitucionalidade do *Referendum Act* de 2000, manteve o resultado do referendo. BUSSEY, loc. cit.

⁶⁷² O *Political Parties and Organizations Act* de 2000, criou regras mais dificultosas para o registro de novos partidos políticos. Tais restrições, contudo, dificultam ao estabelecimento de um sistema democrático em Uganda. BUSSEY, loc. cit.

na constituição de um partido único — apesar dos enormes embaraços para o exercício pleno de seus poderes constitucionais⁶⁷³.

De igual modo, Benim, apesar da influência francesa, não adotou um Conselho Constitucional, tendo optado, com a Constituição de 1990⁶⁷⁴, por estabelecer um Tribunal Constitucional^{675,676}, com poder para o exercício do controle de constitucionalidade em abstrato e em concreto das leis⁶⁷⁷, bem da jurisdição constitucional sobre quaisquer violações a direitos fundamentais^{678,679}.

Já Moçambique, apesar da influência portuguesa, com a Constituição de 2004⁶⁸⁰, optou por introduzir um Conselho Constitucional⁶⁸¹, nos moldes do sistema francês, como órgão

⁶⁷³ BUSSEY, loc. cit.

⁶⁷⁴ A Constituição de 1990, estabelece em Benim, um sistema de governo presidencialista e um Parlamento unicameral. ABEBE, Adem Kassie; FOMBAD, Charles Manga. Advisory Jurisdiction of Constitutional Courts in Sub-Sahara Africa. **The George Washington International Law Review**, v. 46, 2013, p. 55-117.

⁶⁷⁵ Curiosamente Benim, assim como Uganda, apresenta um Tribunal Constitucional, criado e prevista pelo artigo 114 da Constituição de 1990, responsável pelo julgamento das demandas constitucionais, e uma Suprema Corte, prevista no artigo 131 da Constituição, que é o órgão de cúpula do sistema judicial, responsável pelo julgamento das questões administrativas e judiciais. Da mesma forma, Benim apresenta uma *High Court of Justice*, composta por membros da Tribunal Constitucional, com exceção de seu Presidente, seis deputados eleitos pela Assembleia Nacional e pelo Presidente da Suprema Corte, com sua eleição ratificada pelo presidente da República, prevista no artigo 135 da Constituição do Benim, responsável pelo julgamento das infrações criminais, bem como, do Presidente da República e o membros do Governo no caso de conspiração contra a segurança do Estado. GBAGUIDI, Ahonagnon Noel; KODJOH-KPAKPASSOU, William. **Introduction au Système Juridique et Judiciaire du Bénin**. Disponível em: <http://www.nyulawglobal.org/globalex/BENIN.html#_4.1.2_La_Haute/>. Acesso em: 12 mai. 2016.

⁶⁷⁶ O Tribunal Constitucional, é composto de sete membros, sendo três escolhidos pelo Presidente da República e quatro pela Assembleia Nacional, para um mandato de cinco anos, limitados a uma reeleição. ABEBE; FOMBAD, Charles Manga. Advisory Jurisdiction of Constitutional Courts in Sub-Sahara Africa. **The George Washington International Law Review**, v. 46, 2013, p. 55-117.

⁶⁷⁷ A Constituição de 1990 admite que qualquer cidadão possa levar uma questão constitucional para a análise do Tribunal Constitucional, diretamente, ou, por meio da “exceção de inconstitucionalidade”, que permite o desafio à constitucionalidade de um caso pendente. ABEBE; FOMBAD, loc. cit.

⁶⁷⁸ A Constituição de 1990, também permite que o Tribunal Constitucional, por meio de requerimento do presidente da República ou da Assembleia Nacional, possa se manifestar previamente sobre a constitucionalidade da norma por meio de *advisory opinions*, cujo efeito de suas decisões é vinculante perante aos Poderes do Estado. ABEBE; FOMBAD, loc. cit.

⁶⁷⁹ Nos casos de infração a direito fundamental, o Tribunal Constitucional do Benim é autorizado a iniciar os casos por sua própria iniciativa, sendo competente também para a solução de controvérsias entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo. ABEBE; FOMBAD, loc. cit.

⁶⁸⁰ A Constituição de 2004 de Moçambique, estabelece um sistema de governo presidencialista e um Parlamento unicameral. ABEBE; FOMBAD, loc. cit.

⁶⁸¹ O Conselho Constitucional de Moçambique, foi instituído pela Constituição de 1990, com a função precípua de declarar abstratamente e *a posteriori*, a inconstitucionalidade de leis e atos normativos dos Estados, bem como resolver os conflitos de jurisdição entre o governo central e as províncias. O Conselho Constitucional, é composto por sete juízes conselheiros, nomeados para mandato renovável de cinco anos, sendo um juiz nomeado pelo Presidente da República, cinco pela Assembleia da República segundo critérios de proporcionalidade, e um pelo Conselho Superior da Magistratura Judicial. ABEBE; FOMBAD, loc. cit.

exclusivo para a análise de constitucionalidade das leis⁶⁸², no modelo *a posteriori* e abstrato⁶⁸³, *a posteriori* e concreto⁶⁸⁴, e *a priori* e abstrato⁶⁸⁵, devendo os demais tribunais⁶⁸⁶, na iminência de questão constitucional controversa, remeter a matéria para o Conselho⁶⁸⁷.

Na Etiópia, apesar do peso italiano no seu processo de consolidação institucional, possui um modelo *sui generis* de jurisdição constitucional, criado pela Constituição de 1995, que estabelece a *House of the Federation*⁶⁸⁸, como órgão independente, com competência para adjudicar disputas constitucionais, em um modelo de controle político de constitucionalidade^{689,690}, que não prevê o exercício da jurisdição constitucional pelas cortes inferiores, nem a adoção de uma corte especializada para decidir a validade das leis com base na Constituição, mas, sim, o exercício de controle *a posteriori* ou *a priori* de constitucionalidade pela *House of the Federation*⁶⁹¹.

⁶⁸² O Conselho Constitucional, possui, precipuamente, a competência para declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, dirimir conflito de competência entre os Poderes da República, verificar a constitucionalidade dos referendos, apreciar as ações eleitorais, ações contra o presidente da República e solucionar conflitos entre o governo central e as províncias. ABEBE; FOMBAD, loc. cit.

⁶⁸³ O Conselho Constitucional, aprecia e declara, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade das leis e dos demais atos normativos dos órgãos do Estado, em qualquer momento da sua vigência. Podem solicitar a atuação do Conselho Constitucional, o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República, um terço, pelo menos, dos deputados da Assembleia da República, o Primeiro-Ministro, o Procurador-Geral da República, o Provedor de Justiça, ou dois mil cidadãos. ABEBE; FOMBAD, loc. cit.

⁶⁸⁴ Devem ser remetidos, obrigatoriamente, para o Conselho Constitucional, os acórdãos e outras decisões com fundamento na inconstitucionalidade, quando houver a recusa à aplicação de qualquer norma, com base na sua inconstitucionalidade. ABEBE; FOMBAD, loc. cit.

⁶⁸⁵ O Presidente da República pode requerer ao Conselho Constitucional a apreciação preventiva de constitucionalidade de qualquer diploma que lhe tenha sido enviado para promulgação. ABEBE; FOMBAD, loc. cit.

⁶⁸⁶ O sistema judicial de Moçambique, é composto pelo Supremo Tribunal e pelo Tribunal Administrativo, como tribunais de cúpula, e por tribunais judiciais, administrativos, do trabalho, fiscais, aduaneiros, marítimos, arbitrais e comunitários. ABEBE; FOMBAD, loc. cit.

⁶⁸⁷ ABEBE; FOMBAD, loc. cit.

⁶⁸⁸ A Constituição de 1995 da Etiópia, estabeleceu uma federação, com um sistema de governo presidencialista e um Parlamento bicameral, a *House of Peoples' Representatives (lower chambre)* e a *House of the Federation (ethnic groups)*, comandadas pelo Primeiro-Ministro. A competência da *House of Federation* de invalidar normas inconstitucionais, antes atribuída ao *Council of State*, foi estabelecida no artigo 83 da Constituição de 1995. VIBHUTE, K. I. Non-Judicial Review in Ethiopia: Constitutional Paradigm, Premise and Precinct. **African Journal of International and Comparative Law**, v. 22, 2014, p. 120-139.

⁶⁸⁹ A *House of the Federation*, recebe a matéria constitucional do *Council of Constitutional Inquiry*, composto por especialistas legais, que determina recomendações para a decisão final da *House of the Federation*. Segundo o artigo 82 da Constituição da Etiópia de 1995, o *Council of Constitutional Inquiry*, é composto pelo presidente e vice-presidente da *Federal Supreme Court*, por seis juristas nomeados pelo presidente da República e recomendados pela *House of Peoples' Representatives*, e por três membros nomeados pela própria *House of Federation*. VIBHUTE, loc. cit.

⁶⁹⁰ O modelo de controle de constitucionalidade da Etiópia, prevê o controle concreto de constitucionalidade, em que a matéria é diretamente encaminhada por indivíduos ou indiretamente pelo Poder Judiciário, devendo, antes de enviar o caso para o *Council of Constitutional Inquiry*, haver o exaurimento dos meios possíveis de solução de controvérsia, e a análise das questões pelas cortes. VIBHUTE, loc. cit.

⁶⁹¹ VIBHUTE, loc. cit.

Também no continente americano, observa-se um crescente processo de expansão da jurisdição constitucional, especialmente a partir do modelo norte-americano, com o fortalecimento do Poder Judiciário, em diversos países, na disseminação dos métodos judiciais e na concretização de direitos e garantias asseguradas no texto Constitucional, especialmente com a evolução do controle das deliberações técnicas pelo Poder Judiciário⁶⁹².

Assim, por exemplo, no caso canadense, a jurisdição constitucional é desenvolvida, principalmente, a partir da *Canadian Charter of Rights and Freedoms* de 1982⁶⁹³ — caracterizada por uma *constitutional bill of rights* —, que garante ao Judiciário, especialmente a *Supreme Court of Canada*^{694,695}, o poder de invalidar leis conflitantes com a carta de direitos, podendo-se afirmar que o ponto distintivo do sistema canadense para o modelo padrão da supremacia judicial, é a rejeição da palavra final ao Judiciário, já que a cláusula *notwithstanding* da seção 33 da *Canadian Charter of Rights and Freedoms*⁶⁹⁶, permite que o legislativo declare,

⁶⁹² HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. **Fordham Law Review**, v. 75, n. 2, 2006, p. 721-754.

⁶⁹³ HOGG, Peter; BUSHELL, Allison. The “Charter” dialogue between Courts and Legislatures. **Osgood Hall Law Journal**, v. 35, n. 1, 1997.

⁶⁹⁴ A *Supreme Court of Canada*, é a mais alta corte do Canadá e o tribunal final de recurso, cujas decisões são vinculantes para todos os demais tribunais do sistema de justiça canadense. A criação do tribunal foi prevista pelo *British North America Act* de 1867 (renomeado em 1982 de *Constitution Act* de 1867), porém apenas em 1875 a *Supreme Court of Canada* foi efetivamente criada. Todavia, a *Supreme Court of Canada* não constituía o tribunal de última instância até 1949, visto que as partes poderiam *appeal* para o *Judicial Committee of the Privy Council*, ou, em alguns casos, simplesmente levar a questão diretamente ao *Judicial Committee*, sem a necessidade da manifestação da *Supreme Court of Canada*. Com a emenda ao *Supreme Court Act* de 1949, a *Supreme Court of Canada* tornou-se a última instância do sistema jurisdicional canadense. O *Constitution Act* de 1982, ampliou muito o papel da *Supreme Court of Canada*, com a *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, que expandiu o alcance do exercício do *judicial review* pela corte. Vide GARDBAUM, Stephen. **The New Commonwealth Model of Constitutionalism**: Cambridge Studies in Constitutional Law. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 173-237.

⁶⁹⁵ H. RUSSELL, Peter. The Diffusion of judicial Review. The Commonwealth, the United States, and the Canadian Case. **Policy Studies Journal**, v. 19, n. 1, 1990, p. 116-126.

⁶⁹⁶ Assim, para Stephen Gardbaum, é correta a ideia de que o *judicial review* é mais fraco no Canadá do que no modelo norte-americano, porém, isso não se deve à seção 1 da *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, que trata de uma *limitation clause* da Carta aos limites razoáveis prescritos em lei, e possuiria equivalentes em muitos sistemas constitucionais de supremacia judicial, mas sim à seção 33 da *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, que trata da cláusula *notwithstanding*. GARDBAUM, Stephen. **The New Commonwealth Model of Constitutionalism**: Cambridge Studies in Constitutional Law. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 173-237.

por maioria ordinária de votos, por um período renovável de cinco anos, que um estatuto deve permanecer operando apesar da decisão do Poder Judiciário^{697,698}.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o modelo canadense, ao oferecer ao Poder Legislativo o poder formal amplo para substituir direitos, e, portanto, também as decisões judiciais⁶⁹⁹, traduz-se em um modelo novo e distinto de controle judicial, que pode auxiliar na debilitação legitimatória, e, da mesma forma, tende a resolver a dificuldade contramajoritária, ajudando a lidar com certas patologias jurídicas, especialmente em modelos de supremacia judicial⁷⁰⁰, o que gera, portanto, um maior equilíbrio entre os Poderes Judiciário e Legislativo^{701,702}.

⁶⁹⁷ Na prática, contudo, a cláusula “*notwithstanding*”, está em claro desuso, devido principalmente (a) à percepção histórica de Quebec de seu uso ilegítimo; (b) à atuação relativamente incontroversa e contida da Suprema Corte do Canadá; (c) ao texto específico da seção 33 que trata das “dúvidas sobre direitos”, e, não “desacordos sobre direitos”; ou (d) à dificuldade inerente da atuação da legislatura para anular uma decisão judicial. Como exemplo deste desuso da cláusula “*notwithstanding*” da seção 33 da *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, podemos citar o caso *Vriend v. Alberta* de 1998 julgado pela *Supreme Court of Canada*, que envolvia a demissão de um professor de uma escola religiosa com base na sua orientação sexual. No caso, o *alberta individual rights protection act*, não tratava da questão da discriminação sexual, assim, a *Supreme Court of Canada*, entendeu que esta omissão violaria a *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Em resposta, o legislativo não se valeu da cláusula “*notwithstanding*”, mas sim editou em 2000 o *Marriage Amendment Act*, banindo o *same-sex marriage*. A seção 33 da *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, foi usada, entre 1982 e 2001, dezesseis vezes. GARDBAUM, loc. cit.

⁶⁹⁸ Stephen Gardbaum, destaca a possibilidade da *Supreme Court of Canada* atuar nas “sombras” da cláusula “*notwithstanding*”, como ocorreu em *R. v. Sharpe* de 2001, em que a *Supreme Court of Canada*, em vez de invalidar a norma, interpretou restritivamente o escopo do delito de posse de pornografia infantil, com base na seção 1 da *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, mesmo quando ficou claro o alcance que o Parlamento pretendia dar ao delito. Vide GARDBAUM, loc. cit.

⁶⁹⁹ O modelo canadense, garante a possibilidade de superação legislativa das decisões do Poder Judiciário, por maioria de votos ordinária, e, portanto, uma *legislative override* ordinária. Assim, no caso brasileiro das Emendas Constitucionais superadoras das posições do STF, não configuraria este novo modelo do *Commonwealth*. GARDBAUM, loc. cit.

⁷⁰⁰ Segundo Stephen Gardbaum, a supremacia judicial poderia ser caracterizada como (1) a Constituição, incluindo uma *bill or charter of rights*, como a *law of the land*; (2) a garantia da Constituição e da *bill or charter of rights*, contra emendas ordinárias por voto das maiorias; e (3) a garantia do poder judiciário poder invalidar ou não aplicar a legislação e outras ações governamentais inconsistentes, que violem a Constituição ou a *bill or charter of rights*. Esta terceira característica é o que Mark Tushnet se refere como “*strong-form*” *judicial review*. GARDBAUM, loc. cit.

⁷⁰¹ HUSCROFT, Grant. Constitutionalism from the Top Down, *Osgood Hall Law Journal*, v. 91, 2007.

⁷⁰² De toda sorte, este novo modelo de jurisdição constitucional, pode ser observado com bastante clareza em alguns sistemas constitucionais, especialmente nas recentes cartas do *commonwealth*, como é o caso do canadense, do neozelandês, e do britânico, ao apresentar uma adequada e eficaz proteção de direitos, através de uma redistribuição de poderes entre os tribunais e o Parlamento, garantindo o diálogo entre os diversos atores e instituições nos sistemas jurídico e político. Desta feita, este novo modelo admite quatro diferentes posições intermediárias. Assim, partindo da supremacia judicial, a primeira posição é exemplificada pela *Canadian Charter of Rights and Freedoms* de 1982, que é caracterizada por (a) uma *constitutional bill of rights*, que (b) garante ao judiciário o poder de invalidar leis conflitantes com a *constitutional bill of rights*, mas com (c) a possibilidade do Poder Legislativo poder formalmente exercer a palavra final por maioria ordinária, como ocorre na seção 33 da *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. A segunda posição, é exemplificada pela *Canadian Bill of Rights* de 1960, que traz implicitamente o *judicial power to invalidation of statutes*, combinada com uma *legislative override*. A terceira variação é exemplificada pelo *Australian Capital Territory’s Human Rights Act* de 2004 e pela *Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities* de 2006, que seria um modelo de *bill of rights* sem o *power of judicial invalidation of legislation*. Este modelo, permitiria um *new judicial power* para declarar atos incompatíveis

De toda sorte, na América Latina, com a adoção de constituições escritas no século XIX, a jurisdição constitucional também passa a se estabelecer⁷⁰³, como se observa, por exemplo, no protagonismo da criação da Suprema Corte mexicana, estabelecida no artigo 137 da Constituição de 1824, e da criação da ação de *amparo*⁷⁰⁴, nos artigos 101 e 102 da Constituição mexicana de 1857, seguindo o modelo norte-americano de *judicial review* para proteção de direitos, que, posteriormente, desenvolve-se na atual Constituição de 1992^{705,706}.

o *bill of rights*, mas que não afetaria a validade dos atos, e haveria ainda um segundo *new judicial power* para interpretar, quando possível, os atos questionados de acordo com uma *rights-consistent interpretation*. Assim, ambos os tipos de decisão judicial, ou seja, a declaratória e a interpretativa — estão sujeitos ao poder legal do legislador de dar a palavra final sobre a compatibilidade do ato. A quarta variação seria também um modelo de *bill of rights* como *new judicial power* para interpretar, quando possível, os atos questionados de acordo com uma *rights-consistent interpretation*, porém sem o *new judicial power* para declarar atos incompatíveis com o *bill of rights*, como ocorria na versão original do *New Zealand Bill of Rights Act* de 1990, antes da decisão do caso *Moonen* em 2000. GARDBAUM, Stephen. Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism. **International Journal of Constitutional Law**, v. 8, n. 2, 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1580169>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁷⁰³ BREWER-CARIAS, A. R. La jurisdicción constitucional en América Latina. In: GARCÍA BELAUNDE, D.; FERNÁNDEZ SEGADO, F. (Coord.). **La jurisdicción constitucional en Iberoamérica**. Madrid: Dykinson, 1997, p. 117-161.

⁷⁰⁴ O modelo da ação de *amparo* mexicana influenciou inúmeros países, como se observa dos artigos 37 e 102.11 da Constituição de El Salvador de 1886; artigos 45 e 188 da Constituição da Nicarágua de 1894; artigo 183 da Constituição de Honduras de 1894; artigo 20 da Constituição da Guatemala de 1921; artigo 49 da Constituição do Panamá de 1972; artigo 41.3 da Constituição do Chile de 1980; artigos 265 e 276 da Constituição da Guatemala de 1993; artigo 43 da Constituição da Argentina de 1994; artigo 134 da Constituição do Paraguai de 1994; artigo 31 da Constituição do Equador de 1996; artigo 309 da Constituição Uruguia de 1996; artigo 72 da Constituição da República Dominicana de 2010. GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why do Countries adopt Constitutional Review? **Journal of Law, Economics & Organization**, n. 30, 2014.

⁷⁰⁵ No México, a Suprema Corte de Justiça da Nação é composta de onze ministros. Os ministros são eleitos para um período de quinze anos, vedada a recondução. Para escolha dos membros da Corte Suprema, o Presidente da República submeterá uma lista tríplice ao Senado que, mediante prévio comparecimento dos candidatos recomendados, designará o ministro que deva ocupar a vaga. A designação deve ser feita mediante voto de dois terços dos membros presentes do Senado, e no prazo improrrogável de trinta dias. Se ultrapassado o prazo, o Presidente da República deverá designar o ministro dentro da lista apresentada. Se o Senado rechaçar a totalidade dos nomes propostos da lista, o Presidente da República submeterá uma nova lista. Em caso de nova recusa, o chefe do Executivo, deverá designar o novo ministro dentre os integrantes da nova lista apresentada. PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. **Supremo Tribunal Federal: composição e indicação de seus ministros**. São Paulo: Método, 2012, v. 1, p. 92-93.

⁷⁰⁶ A Emenda à Constituição mexicana de 1994, introduziu a *Acción de inconstitucionalidad*, que permite que certas instituições governamentais possam questionar normas que violem a Constituição, e a Emenda à Constituição mexicana de 2011, estabeleceu algumas categorias de direitos nas quais os efeitos da ação de *amparo* seriam *erga omnes*. GINSBURG; VERSTEEG, loc.cit.

Da mesma forma, na esteira do recente movimento constitucional na América Latina^{707,708}, com a releitura do pacto social e da legitimação democrática constitucional-popular, buscando a integração das classes excluídas socialmente e a redescoberta de seus valores e tradições, por meio de constituições plurinacionais, também se observa a expansão da jurisdição constitucional^{709,710}, com a função, ao menos no plano formal, de análise de compatibilidade do sistema normativo à Constituição, como se percebe, exemplificativamente,

⁷⁰⁷ O movimento constitucional na América Latina, costuma ser classificado em três ciclos. O primeiro ciclo teria ocorrido entre 1982 e 1988, denominado de constitucionalismo multicultural, com a abertura das constituições para a diversidade cultural e o reconhecimento de várias línguas oficiais, tendo como principais exemplos, as Constituições da Guatemala de 1985 e da Nicarágua de 1987. O segundo ciclo, teria ocorrido entre 1989 e 2005, denominado constitucionalismo pluricultural, ao trazer fórmulas de pluralismo jurídico, consistente no reconhecimento das tradições, dos costumes e das autoridades indígenas, pluralizando as fontes da produção legal do direito, porém, sob forte controle constitucional, tendo como principais exemplos, as Constituições da Colômbia de 1991, México de 1992, Paraguai de 1992, Peru de 1993, Equador de 1998 e a da Venezuela de 1999. O terceiro ciclo, teria ocorrido entre 2006 e 2009, denominado constitucionalismo plurinacional, ao internalizar os conhecimentos tradicionais e a cosmovisão indígena no processo de formação da Constituição, tendo como principais exemplos, as Constituições do Equador de 2008 e da Bolívia de 2009, que buscam a refundação do Estado, com base na plurinacionalidade e no protagonismo indígena. Vide FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, César Roberto (Org.). **El Derecho em América Latina**. Um mapa para el pesamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 139-184.

⁷⁰⁸ Contudo, apesar da visão multicêntrica destas constituições, e, naturalmente, da reformulação dos conceitos de representação, por meio do reconhecimento dos poderes populares, reescrevendo as fronteiras do constitucionalismo, há o risco que este policentrismo constitucional-popular, leve ao desvirtuamento do processo democrático, e a manipulação dos instrumentos constitucionais da democracia direta, violando o limite implícito da titularidade democrática do poder constituinte e ameaçando a integridade do projeto constitucional. MOREIRA, Eduardo Ribeiro. La reforma de las constituciones de Bolivia, Ecuador y Venezuela según el nuevo modelo de constitucionalismo bolivariano. In: TAYAH, José Marco; ARAGÃO, Paulo (Org.). **Reflexiones sobre Derecho Latino Americano**. Buenos Aires: Editorial Quorum, 2012, v. 7, p. 17-33.

⁷⁰⁹ MOREIRA, loc. cit.

⁷¹⁰ MEDINA, Medófilo. El lugar histórico del proceso bolivariano en la historia contemporánea de Venezuela. **Agora-Revista de Ciências Sociais**, n. 13, 2007, p. 47.

na Constituição de Cuba de 1976⁷¹¹, da Venezuela de 1999⁷¹², do Equador de 2008⁷¹³ e da Bolívia de 2009⁷¹⁴.

Esta ampliação da jurisdição constitucional também é notada na Constituição chilena em 1980⁷¹⁵, e, especialmente, na colombiana de 1991⁷¹⁶, com a afirmação e implementação dos direitos fundamentais⁷¹⁷, dos direitos de minorias⁷¹⁸ e das políticas públicas pelo Tribunal Constitucional, papel impulsionado pela abertura da legitimidade conferida a qualquer cidadão

⁷¹¹ O artigo 121 da Constituição cubana de 1976, declara que “os Tribunais constituem um sistema de órgãos estatais, estruturados com independência funcional de qualquer outro e somente subordinados hierarquicamente à Assembleia Nacional do Poder Popular e ao Conselho de Estado”. PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. **Supremo Tribunal Federal**: composição e indicação de seus ministros. São Paulo: Método, 2012, v. 1, p. 89.

⁷¹² Com a eleição de Hugo Chávez em 1998 e a dissolução do Congresso Nacional, foi realizado um referendo popular para convocação de uma nova Assembleia Constituinte, o que levou à criação da atual Constituição de 1999. O Tribunal Supremo de Justiça da Venezuela, possui trinta e dois membros, que, serão eleitos para um período único de doze anos, após uma seleção prévia dos candidatos pelo Comitê de Postulações Judiciais (formado por onze membros, cinco eleitos pelo Parlamento unicameral e seis dos demais setores da sociedade) e a seleção definitiva pela Assembleia Nacional (exigida a maioria de dois terços, até eventual terceira sessão, quando basta a maioria simples). PEIXOTO, op. cit., p. 87-89.

⁷¹³ No Equador, o Tribunal Constitucional é composto por nove membros, que desempenham suas funções por quatro anos e poderão ser reeleitos. Os membros serão designados pelo Congresso Nacional, após indicação, sendo dois por lista tríplice enviada pelo Presidente da República; dois por lista tríplice enviada pela Corte Suprema de Justiça; dois pelo Congresso Nacional; um por lista tríplice enviada pelos prefeitos provinciais; um por lista tríplice enviada pelas centrais de trabalhadores, organizações indígenas e camponesas nacionais legalmente reconhecidas; e um por lista tríplice enviada pelas Câmaras de Produção legalmente reconhecidas. A própria Corte elegerá um Presidente e um Vice-Presidente dentre seus membros, que desempenharão suas funções durante dois anos e poderão ser reeleitos. PEIXOTO, op. cit., p. 90-91.

⁷¹⁴ Na Bolívia, os magistrados do Tribunal Supremo de Justiça, serão eleitos mediante sufrágio universal. No entanto, a seleção prévia dos candidatos, é feita pela Assembleia Legislativa Plurinacional, mediante voto de dois terços de seus membros, que, após, deverá remeter ao órgão eleitoral a lista dos escolhidos. Os magistrados, eleitos por maioria simples, serão empossados pelo Presidente, não podendo ser reeleitos, e o período de mandato será de seis anos. PEIXOTO, op. cit., p. 89-90.

⁷¹⁵ No Chile, o Tribunal Constitucional é composto por dez ministros, sendo três por livre escolha do Presidente da República; quatro eleitos pelo Congresso, sendo dois nomeados diretamente pelo Senado e dois nomeados pelo Senado mediante proposta da Câmara dos Deputados; e três selecionados diretamente pela Corte Suprema em votação secreta. O mandato é de nove anos, vedada a recondução, com aposentadoria compulsória aos setenta e cinco anos e renovação parcial da Corte a cada três anos. O Presidente da Corte é eleito por seus membros, por maioria simples, para um mandato de dois anos, permitida a reeleição. PEIXOTO, op. cit., p. 91-92.

⁷¹⁶ O Tribunal Constitucional colombiano, é composto por membros sempre em quantidade ímpar a ser definida em lei, e escolhidos pelo Senado, a partir de listas apresentadas pelo Presidente da República, pela Corte Suprema de Justiça e pelo Conselho de Estado. Os magistrados são eleitos para um mandato de oito anos e não podem ser reconduzidos. YEPES, Rodrigo Uprimny. A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 4, n. 6, 2007.

⁷¹⁷ Como se observa na descriminalização do uso de drogas (*Sentencia* C-221/1994), permissão para prática de eutanásia ativa em determinadas circunstâncias (*Sentencia* C-239/1997), superlotação das penitenciárias (*Sentencia* T-153/1998), e no caso do deslocamento forçado de pessoas em decorrência do contexto de violência na Colômbia (*Sentencia* T-025/2004). YEPES, loc. cit.

⁷¹⁸ A Constituição colombiana, reconhece o direito dos povos indígenas de exercer funções jurisdicionais no seu território, de acordo com suas próprias regras e procedimentos, desde que não sejam contrárias à Constituição e às leis do país, sendo função da normatividade infraconstitucional, criar formas de coordenação entre a jurisdição especial e o sistema jurídico nacional. Segundo a organização judiciária da Colômbia, a jurisdição indígena compõe, ao lado dos juízes de paz, as chamadas Jurisdições Especiais, braço autônomo do Poder Judiciário, situado no mesmo plano hierárquico da Jurisdição Ordinária, da Jurisdição Administrativa e do Conselho Superior da Judicatura. Suas decisões estão sujeitas apenas ao controle de constitucionalidade realizado pelo Tribunal Constitucional, que está, nesse tocante, hierarquicamente acima de todas as outras espécies de jurisdição. YEPES, loc. cit.

para acionar a Corte, através de instrumentos processuais como a *acción pública* e a *acción de tutela*⁷¹⁹.

Particularmente, no caso brasileiro, o *judicial review* é inserido formalmente no final do século XIX⁷²⁰ — em grande parte devido às ideias de Rui Barbosa, influenciado pelo modelo incidental de controle de constitucionalidade de matriz norte-americana — pela Constituição de 1891⁷²¹ e se desenvolve ao longo das demais cartas constitucionais⁷²², especialmente com a

⁷¹⁹ A Constituição colombiana admite que qualquer cidadão promova a *acción pública*, perante o Tribunal Constitucional, ativando o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos governamentais, ou, que qualquer pessoa ingresse com a *acción de tutela*, para reclamar a proteção imediata de seus direitos constitucionais fundamentais. YEPES, loc. cit.

⁷²⁰ A primeira Constituição Brasileira de 1824, outorgada pelo Imperador Dom Pedro I, que dissolvera a Assembleia Constituinte em 1823, por não concordar com o projeto elaborado por Antônio Carlos de Andrada, não cuidava do *judicial review*. Na verdade, a Constituição revelava uma solução de compromisso entre elementos conservadores e liberais. Havia por um lado a atribuição ao Imperador do Poder Moderador e a garantia da sua irresponsabilidade, contudo, por outro lado, a Constituição tratou de regular a separação entre os poderes e um catálogo de direitos civis e políticos. Por força principalmente do Poder Moderador, se mostrou completamente impensável, naquele momento, o exercício da jurisdição constitucional, cabendo ao Poder Judiciário, no seu mais alto escalão, apenas o papel de pacificar a interpretação da lei e de uniformizar a jurisprudência dos tribunais superiores. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 89-93.

⁷²¹ Em 1891, com nossa primeira Carta Republicana, o modelo de controle difuso e incidental de constitucionalidade é estabelecido no plano constitucional. Na verdade, no plano infraconstitucional, o Decreto n. 848/1890, que instituiu a Justiça Federal, já havia tratado do controle difuso e incidental de constitucionalidade. A Constituição de 1891 consagrou avanços, como o federalismo e a descentralização do poder, e uma separação de poderes menos fictícia que na Carta de 1824. Contudo, do ponto de vista político, a República Velha, caracterizada pela “política dos governadores”, segundo a qual havia generosa tolerância entre o Presidente da República e as oligarquias estaduais, inviabilizava a materialização da Constituição, que era solenemente preterida em detrimento dos interesses da elite, se tornando um documento quase inócuo em relação à tarefa que poderia desempenhar. Neste sentido, estavam ausentes as condições favoráveis ao recrudescimento do Poder Judiciário no período, até porque, como nos lembra Rodrigo Brandão “não obstante a existência de expressa previsão constitucional acerca da possibilidade de os juízes exercerem o controle de constitucionalidade, na década que se seguiu à Constituição de 1891, juízes que o exerceram sofreram processos criminais”. BRANDÃO, op. cit., p. 93-102.

⁷²² Se fizermos um resumidíssimo histórico do controle de constitucionalidade brasileiro, podemos afirmar que a Constituição de 1934, manteve o sistema de controle de constitucionalidade difuso e incidental criado pela Carta de 1891, com as novidades da votação perante o Senado Federal para atribuição de efeitos *erga omnes* à decisão do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade (regra que perdura até hoje na Constituição de 1988). Ademais, introduziu o controle concentrado, nos termos do artigo 12, § 2º, com a criação da Representação Interventiva, como procedimento destinado a resolver um conflito federativo, por meio da qual a lei que decretava a intervenção era submetida à análise de constitucionalidade pelo STF, por provocação do Procurador-Geral da República. Outro aspecto positivo, foi a inserção de normas de direitos sociais, família, educação e cultura, além de uma ordem econômica e social, com esteio na Constituição de Weimar de 1919. Contudo, já em 1935 foi aprovada a Lei de Segurança Nacional, instituidora de um verdadeiro regime de exceção. Em 1937, mais uma Constituição, de natureza outorgada, com clara influência das Constituições polonesa de 1935 e portuguesa de 1933, representou um refluxo ao processo democrático. O Estado centralizou-se na figura do presidente da República, que poderia, por exemplo, com vistas ao bem-estar do povo e ao interesse nacional, submeter a decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal ao Congresso Nacional, que poderia por deliberação de dois terços dos seus membros, torná-la sem efeito. Com o fechamento do Congresso Nacional, o próprio presidente Getúlio Vargas tomou a autorização para rever e afastar as decisões do Supremo Tribunal Federal, por decreto-lei. O fechamento do Congresso Nacional durante o Estado Novo, também possibilitou que o Presidente alterasse unilateralmente a Constituição. Com tamanha primazia do Poder Executivo, ao Poder Judiciário restou submeter-se aos abusos e desmandos do então Presidente da República. A Constituição de 1946, com amplo *rol* de direitos fundamentais, devolveu aos Poderes Legislativo e Judiciário, as suas competências naturais, usurpadas durante a era Vargas. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, mesmo contando com instrumentos para promover sua

Constituição de 1988⁷²³, em que a jurisdição constitucional se amplia e se torna a mais democrática.

Na verdade, no Brasil, embora desde 1824⁷²⁴ as Constituições tenham considerado o Judiciário como um poder autônomo, e tenha havido alguns avanços na jurisdição constitucional desde a Carta de 1891, não se pode falar efetivamente em supremacia judicial até a Constituição de 1988⁷²⁵, visto que ao longo do final do século XIX e boa parte do século

consolidação no cenário político nacional, se mostrou tímido e conservador, não tendo havido neste momento, expansão significativa do papel político do STF. Ressalta-se ainda que, durante a Constituição de 1946, foi promulgado o AI-1 em 1964, que foi o primeiro ato normativo do governo militar. Tal norma atacou a vitaliciedade e estabilidade dos magistrados, e ampliou consideravelmente os poderes do Presidente, que passou a poder, por exemplo, suspender os direitos políticos de cidadãos e cassar mandatos legislativos, sem que tais atos pudessem ser revistos judicialmente. O AI-2, nasceu em 1965, para conter as demandas pela volta do regime democrático, consistentes até então em manifestação de congressistas, além do clamor social pela causa. Através desse ato, vieram mais restrições às liberdades e direitos fundamentais. Pouco tempo depois, por meio da Emenda Constitucional 16/1965, fora introduzido no ordenamento jurídico pátrio, a Representação de Inconstitucionalidade, que representava, na prática, a possibilidade do controle de constitucionalidade concentrado e por via direta de leis e atos normativos federais em face da Constituição Federal, inclusive com a projeção de efeitos *erga omnes*. Infelizmente, nem mesmo a citada inovação foi capaz de propulsionar a expansão política do Poder Judiciário. No lugar disso, a representação de inconstitucionalidade, configurou-se mais um instrumental à disposição do regime militar, uma vez que só poderia ser intentada pelo Procurador-Geral da República, cargo de livre nomeação e exoneração pelo Presidente da República. Durante a Constituição de 1967 e a Emenda 01/69 à Constituição de 1967, houve claramente novo retrocesso, especialmente após a edição do AI-5, que autorizava o Presidente a suspender direitos políticos, decretar recessos legislativos, cassar mandatos eletivos, e inviabilizar o *habeas corpus* em crimes contra a segurança nacional. Neste período, três Ministros do STF foram aposentados compulsoriamente, que foram os Ministros Hermes Lima, Evandro Lins e Silva e Victor Nunes Leal, aposentados compulsoriamente durante o regime militar em 1969. Da mesma forma, em um cenário em que à Constituição era relegado um papel infinitamente inferior aos atos institucionais, não houve condições políticas e institucionais, para que houvesse qualquer postura que viabilizasse o Poder Judiciário exercer, com independência, o controle da constitucionalidade. BRANDÃO, op. cit., p. 89-142.

⁷²³ Com o fim do governo militar, uma nova ordem democrática se instaurou no país com a Constituição de 1988. Finalmente, alinharam-se as condições propiciadoras não só de uma tripartição equilibrada dos Poderes, mas de um Poder Judiciário efetivo, com autonomia e circunstâncias sociais e políticas favoráveis à efetivação dos direitos fundamentais básicos. A Constituição de 1988, manteve o sistema de controle de constitucionalidade existente no Brasil, e trouxe inúmeras novidades relevantes para a ampliação da jurisdição constitucional, tais como o incremento nos legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, até então restrito ao Procurador-Geral da República; a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (prevista originalmente no parágrafo único do artigo 102 da Constituição Federal — transformado em § 1º pela EC n. 3/93 — e posteriormente regulamentada pela Lei n. 9882/1999), que permitiu ao STF o controle do direito pré-constitucional, de leis municipais e dos atos do Poder Público, em face de violações a “preceitos fundamentais”; a Ação Declaratória de Constitucionalidade (criada pela EC n. 03/1993 à Constituição de 1988), que permitiu que o STF declarasse a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, com vistas a pacificar controvérsia judicial sobre a validade do respectivo ato; e os institutos da repercussão geral e da súmula vinculante (inseridos, mais recentemente, pela EC n. 45/2004 à Constituição de 1988, que introduziu o § 3º ao artigo 102 e o artigo 103-A à Constituição Federal), com o objetivo de uniformizar a jurisprudência e propiciar maior segurança jurídica. BRANDÃO, op. cit., p. 117-142.

⁷²⁴ A Constituição de 1824, foi a única Constituição brasileira semirrígida, em que parte da Constituição era alterada por um processo diferenciado, e o restante por um procedimento comum. MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 71.

⁷²⁵ A ADI 2860 de 2005, foi um dos precedentes brasileiros recentes, mais importantes de afirmação da supremacia judicial na Constituição de 1988, ao dispor que o Supremo Tribunal Federal é o intérprete maior da Constituição. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2860. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395712>. Acesso em: 6 fev. 2016.

XX, cabia ao Poder Legislativo, e não ao Judiciário, o papel de concretizar a Constituição⁷²⁶, e, portanto, pode-se afirmar que, apenas com o texto constitucional de 1988, marcado pela prodigalidade de direitos e com a ampliação da jurisdição constitucional, observa-se uma expansão do papel do Poder Judiciário⁷²⁷, associada a uma forte redefinição institucional, norteada pelos ideais de concentração e vinculação das decisões do Supremo Tribunal

⁷²⁶ Tradicionalmente no STF, prevalece um modelo positivista de jurisdição constitucional, no qual a apreciação judicial das questões levada à Corte estava ligada à separação entre os poderes e a uma postura de autocontenção. De suma importância para superação desta concepção, foi a edição da obra “Aplicabilidade das normas constitucionais” em 1967, por José Afonso da Silva. Influenciado pela teoria constitucional italiana do pós Segunda Grande-Guerra, José Afonso da Silva formulou a classificação das normas constitucionais em: (a) Normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata, que já têm a aptidão de produzir todos os seus efeitos jurídicos, não dependendo de regulamentação do legislador infraconstitucional. Ademais, tais efeitos não poderiam ser restringidos pelo legislador; (b) Normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, que também reúnem todas as condições necessárias para a produção dos seus efeitos típicos, independentemente de regulamentação. Contudo, existe a possibilidade de restrição destes efeitos pelo legislador, diversamente do que ocorre com as normas de eficácia plena; (c) Normas constitucionais de eficácia limitada, que são normas que carecem de regulamentação infraconstitucional para se tornarem plenamente operativas. Tais normas são subdivididas em: (c.1) Normas de princípio institutivo, que traçam as linhas gerais de organização e estruturação de órgãos, entidades ou institutos jurídicos e (c.2) Normas de princípio programático, que definem os principais objetivos e finalidades a serem perseguidos pelos Poderes Públicos, sem especificarem o modo como estes devem ser atingidos. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 117-180.

⁷²⁷ Hoje, principalmente por força da concepção neoconstitucionalista, atribui-se às normas constitucionais o atributo da imperatividade, que é próprio das normas jurídicas, concedendo aos seus destinatários direitos subjetivos, e ao Poder Judiciário o papel de concretizador último destes direitos. A incorporação da Teoria dos Princípios, com o reconhecimento de que os princípios constitucionais podem ser diretamente aplicados pelos juízes, também confere notáveis instrumentos de aplicabilidade da vontade constitucional pelo Poder Judiciário. MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. **Revista Forense**, v. 1, 2008, p. 89-105.

Federal^{728,729,730}, com a ocupação de vazios constitucionais anteriormente conferidos ao Poder Legislativo⁷³¹.

⁷²⁸ O Supremo Tribunal Federal é composto de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. A composição do STF historicamente sempre foi de 11 Ministros, sendo hoje considerada cláusula pétreia, porém, ao longo da história constitucional brasileira, este número sofreu algumas variações. No início da República, quando da instalação, o STF contava com 15 Ministros, mas em 1931, como Decreto 19656, houve redução para 11. Da mesma forma, com o AI 2/65, o número de vagas foi novamente alterado para 16. O AI 6/69, reduziu, outra vez, para 11 o número de Ministros, composição que se mantém até hoje. Lembra-se que nos Estados Unidos, a discussão sobre o aumento do número de juizes na Suprema Corte, alcançou enorme repercussão na chamada crise do *Court-Packing* de 1937. Em 1935-36, a Suprema Corte norte-americana decidiu oito casos importantes contra o *New Deal*, e assim provocou a crise do *Court-Packing* de 1937, em que o Presidente Franklin D. Roosevelt, tentou forçar a nomeação de novos juizes para o tribunal. O plano de Roosevelt foi derrotado, mas ele logo foi capaz de colocar um número de adeptos do *New Deal* no Tribunal. Na verdade, mesmo antes de Roosevelt assegurar estas nomeações, o Tribunal já havia mudado de direção e começou a considerar a legislação do *New Deal* constitucional em bases regulares. Contudo, a crise do *Court-Packing* foi importante para o desenvolvimento da teoria constitucional norte-americana, ao fixar a posição de que o número de juizes da Suprema Corte não poderia ser modificado, sob pena de violação ao sistema constitucional. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 24, 89-142.

⁷²⁹ A Constituição de 1988, exige dos Ministros do STF, notável saber jurídico e reputação ilibada, logo, não é necessário que os Ministros sejam Advogados, ou mesmo bacharéis em Direito. Inclusive, historicamente, o STF teve Ministros que não eram advogados, como foi o caso da indicação do Cândido Barata Ribeiro por Floriano Peixoto. Formado em Medicina, Barata Ribeiro foi nomeado para o STF em 23 de outubro de 1893, tomando posse em 25 de novembro do mesmo ano, visto que era possível, naquele tempo, a entrada em exercício no cargo, provisoriamente, antes da apreciação da nomeação pelo Senado Federal. Todavia, submetida sua nomeação ao Senado em 24 de setembro de 1894, a Comissão de Justiça e Legislação, acatou parecer do Senador João Barbalho e rejeitou a indicação, sob o fundamento de que estava desatendido o requisito “notável saber jurídico”. Floriano Peixoto apontou ainda, os Generais Innocência Galvão de Queirós e Francisco Raimundo Ewerton Quadros, também rejeitados pelo Senado Federal, pelo mesmo fundamento. No modelo norte-americano, diferentemente do Brasil, não existem requisitos constitucionalmente estabelecidos para ser membro da Suprema Corte. Assim, ao menos em tese, qualquer cidadão pode ser um *justice*. Todavia, é comum que se exija como requisito, que o candidato possua conhecimentos jurídicos, já que tal conhecimento é implícito ao cargo. BRANDÃO, loc. cit.

⁷³⁰ Os Ministros do Supremo Tribunal Federal, serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. O Senado Federal já rejeitou cinco nomeações do Presidente da República para o STF, todas ocorridas no conturbado período político de 1893 a 1894, em que o STF ficou com quatro cargos vagos, inclusive o da Presidência. O primeiro recusado foi, o já citado, médico Cândido Barata Ribeiro. O segundo e o terceiro recusados, foram o Subprocurador da República Antônio Caetano Seve Navarro e o General Innocência Galvão de Queiroz, em 6 de outubro de 1894 (nomeados pelo Marechal Floriano Peixoto por decretos de 19 de setembro de 1894). Os dois últimos rejeitados pelo Senado, foram o General Francisco Raimundo Ewerton Quadros e Demosthenes da Silveira Lobo, em 17 de novembro de 1894 (nomeados em 15 de outubro de 1894 por Floriano Peixoto). O Marechal Floriano Peixoto, no entanto, não estaria mais no governo quando da apreciação do Senado das nomeações, visto que em 15 de novembro de 1894, tomara posse, como Presidente da República, Prudente de Moraes). Ademais, apesar dos Ministros do STF serem nomeados pelo Presidente da República, segundo os artigos 2º e 12 do Regimento Interno do STF, o Presidente do STF é nomeado pelos seus pares para mandato de dois anos, vedada reeleição para o período imediato. Em regra, por questão de cortesia, o Ministro eleito é o decano da Corte. No sistema norte-americano, o cargo de *Chief Justice*, assim como o de *Justice* da Suprema Corte, é nomeado pelo Presidente. Por fim, lembra-se que os Ministros do STF, segundo a EC n. 88/2015, deverão ter a aposentadoria compulsória aos 75 anos. Diferentemente do Brasil, no sistema norte-americano, o cargo de *Justice* e de *Chief Justice* é vitalício, e, no Reino Unido, os *justices* da Suprema Corte são aposentados compulsoriamente aos 70 anos de idade (exceto se o juiz foi nomeado para o cargo antes de 31 de março de 1995, quando então a aposentadoria compulsória será aos 75 anos). BRANDÃO, op. cit., p. 89-142.

⁷³¹ Temos como exemplos, no Brasil, as questões da União Homoafetiva (ADPF 132), das Pesquisas com células-tronco embrionárias (ADIN 3510), da Demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388), da Não recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130), da criação do município de Luís Eduardo Magalhães (ADIN 2240), da greve dos servidores públicos (MI 670 e 712), da importação de pneus remoldados e reformados (ADPF 101), da necessidade de diploma de jornalismo para o exercício da profissão de jornalista (RE 511961), da marcha da maconha (ADPF 187) e

Portanto, de uma maneira geral, podemos falar, em uma expansão do *judicial review*⁷³² em nível global⁷³³, ou seja, embora o controle de constitucionalidade tenha sido por muito tempo uma ideia abstrata, e, nos seus momentos iniciais uma peculiaridade do regime político norte-americano, pode-se dizer que atualmente este mecanismo se ampliou e universalizou,

das Cotas (ADPF 186 e RE 597285). MARTINS DE ARAUJO, Luis Claudio. Supremacia ou diálogos judiciais? O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 1, 2014, p. 1-46.

⁷³² Segundo Tom Ginsburg, quatro teorias que buscam explicar a expansão do *judicial review*: 1. *Ideational theories* (teoria ideais); 2. *Multi-level governance theories* (teorias de governança em vários níveis); 3. *Electoral market theories* (teorias do mercado eleitoral); e 4. *Diffusion theories* (teorias de difusão). As *Ideational theories*, focam na relação entre o *judicial review* e a garantia de direitos. Assim, democracias mais sólidas tratarão de proteger direitos, em especial direitos das minorias em face da ditadura da maioria, por meio do *judicial review*. A ideia, é que o *judicial review*, é fruto de uma consciência crescente do papel da lei e da proteção das liberdades individuais. As *Multi-level governance theories*, trabalham a questão da separação de poderes e os diferentes níveis de governo. Neste sentido, o *judicial review*, auxilia no estabelecimento de mecanismos de governança eficazes em contextos multi-nível, através da garantia da separação de poderes entre os principais ramos do governo, e entre os parlamentos central e regionais. Tal teoria seria particularmente pronunciada em federações, que, por definição, possuem um sistema multi-nível. Assim, o *judicial review*, seria adotado para coordenar Estados em um sistema federado. As *Electoral market theories*, desenvolvem a premissa de que o *judicial review* é uma questão de política doméstica. O *judicial review*, seria impulsionado pela demanda da incerteza política no momento dos processos eleitorais pós-constitucionais. Dentro das *Electoral market theories*, há a *insurance-based theory* (teoria do seguro). Pela teoria do seguro, as pessoas tendem a temer perder o poder no futuro, e o *judicial review* forneceria um fórum alternativo para desafiar o governo e reduzir o risco de perda eleitoral. A fragmentação política, portanto, para Ginsburg, está associada ao *judicial review*. Segundo Tom Ginsburg, Ran Hirschl oferece uma visão complementar deste processo de judicialização, a *hegemonic preservation theory* (teoria da preservação hegemônica), em que o estabelecimento do *judicial review*, é uma estratégia adotada pelas elites que preveem a perda de poder. Portanto, o *judicial review* seria adotado quando aqueles que detém o poder imaginam-se fora do poder, após o processo eleitoral pós-constitucional. Já as *Diffusion theories*, partem da premissa de que os países se influenciam mutuamente na criação de instituições e institutos, seja por força de questões ligadas à coerção (como no caso de antigas colônias recém emancipadas), à competição econômica, ao aprendizado ou à aculturação. Assim, as *Diffusion theories*, postulam que o *judicial review* é adotado em resposta às demandas internacionais e ao desenvolvimento constitucional de Estados estrangeiros. Segundo Tom Ginsburg, a *insurance-based theory*, é a melhor teoria para explicar a expansão do *judicial review*. Assim, o *judicial review* é, acima de tudo, uma resposta a incentivos políticos domésticos. GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why do Countries adopt Constitutional Review? **Journal of Law, Economics & Organization**, n. 30, 2014.

⁷³³ Segundo Rodrigo Brandão “este processo se desenvolveu por ondas: a primeira ocorreu após a fundação dos Estados Unidos, com a afirmação da doutrina da *judicial review of legislation* no caso *Marbury v. Madison* (1803); a seguinte se deu no segundo pós-guerra, com a redemocratização de países recém-saídos de regimes fascistas na Europa (p. ex.: Alemanha e Itália), e com o processo de independência de antigas colônias (i. e., Índia e países africanos); a terceira se formou nas duas últimas décadas do século XX, em virtude da transição de ditaduras militares para a democracia (América Latina), e de regimes comunistas para democracias constitucionais de livre-mercado (Leste Europeu), além da incorporação de tratados internacionais ao direito interno (i.e., incorporação da Convenção Europeia de Direitos Humanos pela Dinamarca e pela Suécia).”. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 89-142.

com a maior parte dos sistemas constitucionais contemporâneos prevendo a positivação formal de algum instrumento de jurisdição constitucional^{734,735}.

2.3 A jurisdição de direitos humanos

A existência de conflitos na esfera internacional remonta, naturalmente, ao próprio nascimento da sociedade, sob o fundamento do uso da força e do direito à guerra^{736,737}, porém, especialmente, com o advento do Estado-Nação após a paz de Westphalia em 1648⁷³⁸, desenvolve-se a ideia da necessidade de criação de regras e mecanismos de resolução pacífica

⁷³⁴ Segundo Tom Ginsburg, antes da Segunda Guerra Mundial, apenas algumas constituições continham disposições sobre o controle de constitucionalidade. Contudo, ao se analisar o sistema de jurisdição constitucional de 191 países em 2011, observa-se que 158 sistemas constitucionais incluem alguma provisão formal de jurisdição constitucional. Assim, apesar de em 1951 apenas 38% dos sistemas constitucionais terem previsões de jurisdição constitucional, em 2011, 83% das constituições mundiais trataram do poder dos tribunais de controlar a implementação da Constituição e invalidar a legislação com bases constitucionais. GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why do Countries adopt Constitutional Review? **Journal of Law, Economics & Organization**, n. 30, 2014.

⁷³⁵ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The global expansion of judicial power**. New York University, 1997.

⁷³⁶ O tratado sobre “O direito da guerra e da paz” do jurista holandês Hugo Grotius, exerceu grande influência à época em função de sua defesa do conceito de sociedade internacional. Grotius sustentava que todo Estado estava sujeito ao Direito Natural sobre o qual, por sua vez, estava assentado o direito das nações. Para ele, o Direito Natural consistia em princípios morais gerais acessíveis a todo ser humano por meio da razão e do senso comum. Todas as pessoas eram portadoras dos mesmos direitos naturais que, basicamente, garantiam a vida, a propriedade e o direito à autodefesa. O direito das nações, por outro lado, é necessariamente baseado no Direito Natural, mas resulta, essencialmente, da vontade dos Estados em estabelecer regras de convivência baseadas no consenso. As leis da guerra e da paz deveriam, assim, refletir os postulados morais do Direito Natural. Daí deriva, por exemplo, a teoria da guerra justa de Grotius, que afirma que a guerra pode ser justa e legítima apenas quando um Estado é agredido ou ameaçado gravemente em sua sobrevivência. Guerras religiosas não poderiam ser justas, uma vez que seria reservado a cada Estado a escolha de sua própria religião. TUCK, Richard. **The Rights of War and Peace: political thought and the international order from Grotius to Kant**. New York: Oxford University Press, 1999, p. 1-108.

⁷³⁷ Para doutrina de legitimação da guerra justa, não basta uma ofensa qualquer para justificar a guerra, dado que uma sanção tão grave deve ser proporcional à ofensa. Além disso, justamente porque configurada como sanção dirigida à paz e à segurança, a guerra não pode degenerar em uma violência ilimitada, mas também deve estar sujeita ao direito (*ius in bello*). Disso resulta uma configuração jurídica da guerra, como sanção voltada a assegurar a efetividade do Direito Internacional. GUGGENHEIM, Paul. Contribution à l’histoire des sources du droit des gens. **Recueil des Cours de L’Académie de Droit International de la Haye**, t. 94, 1958-II, p. 1-84.

⁷³⁸ EVANS, Malcolm D. **International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 3-21.

de disputas⁷³⁹, como os meios diplomáticos, os meios jurídicos, como a arbitragem⁷⁴⁰, dentre outros⁷⁴¹.

Contudo, a criação de uma corte internacional, com jurisdição universal, para solução judicial de conflitos⁷⁴², possui uma origem bem mais recente, e se remete à I Convenção de Paz da Haia de 1899⁷⁴³, que previu a Corte Permanente de Arbitragem, considerada a mais antiga instituição de resolução de disputas internacionais entre Estados e organizações intergovernamentais, com a ideia de buscar a solução pacífica das controvérsias^{744,745}.

Da mesma forma, após a Primeira Guerra Mundial, os interesses estatais convergiram no sentido de estabelecer uma verdadeira jurisdição internacional permanente, a qual se consolidou, com a criação, pela Sociedade das Nações⁷⁴⁶ em 1921, na Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI)⁷⁴⁷.

⁷³⁹ O artigo 33, item 1, da Carta das Nações Unidas, traz um rol, exemplificativo, das soluções pacíficas de conflitos, nos seguintes termos “Artigo 33. 1. As partes em uma controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: jun. 2015.

⁷⁴⁰ Um dos exemplos do uso da arbitragem para solução pacífica de conflitos, foi o caso *Alabama* de 1872, que trata de uma disputa entre os Estados Unidos e o Reino Unido. BORGES DE MACEDO, Paulo Emílio. Observância de Tratados: art. 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969). In: SALIBA, Aziz (org.). **Estudos de direito internacional**: comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969) ed. Belo Horizonte: Arraes, 2011, p. 181-197.

⁷⁴¹ LITRENTO, Oliveiros. **Manual de direito internacional público**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 520.

⁷⁴² EVANS, Malcolm D. **International law**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 537-648.

⁷⁴³ A criação de uma corte internacional, com jurisdição universal, para solução de conflitos, já era discutida nos debates da I Convenção de Paz da Haia de 1899, nos seguintes termos “*delegates unanimously admitted the principle of obligatory arbitration, and declares that certain disputes, in particular those relating to the interpretation and application of the provisions of international agreements, may be submitted to obligatory arbitration without any restriction (...) the establishment of a Permanent Court of international arbitration, which has so long been the dream of the advocates of peace, destined, apparently, until now never to be realized (...) a body of duly qualified arbitrators, ready and willing if called upon to undertake the work of assisting in the peaceful settlement of disputes, and provided with general rules of procedure for the fulfilment of their office*”. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/1053>>. Acesso em: 6 Fev. 2016.

⁷⁴⁴ ZIEGLER, Andreas R. As Convenções da Haia e sua importância para a solução pacífica de controvérsias no início do século XXI. In: OLIVEIRA, Bárbara da Costa Pinto et al (coord). **Manual de direito processual internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 19-21.

⁷⁴⁵ A Corte Permanente de Arbitragem não é uma corte, no sentido estrito do termo, mas uma organização administrativa com o objetivo de servir como registro para fins de arbitragem internacional e para outros procedimentos relacionados. SANTOS, Bernardo; BARROSO, Gabriel. A Corte Internacional de Justiça. In: OLIVEIRA, Bárbara da Costa Pinto et al (coord). **Manual de direito processual internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 49-55.

⁷⁴⁶ Após o encerramento da Primeira Guerra Mundial em 1919, pelo Tratado de Versalhes, foi criada a Sociedade das Nações. RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 151-152.

⁷⁴⁷ A Corte Permanente de Justiça Internacional, representa a primeira fase de institucionalização do sistema jurisdicional internacional, permanente e universal, consolidando a regra do consentimento obrigatório dos Estados como fundamento para a jurisdição internacional, mas criando paralelamente a cláusula facultativa de jurisdição compulsória. EVANS, Malcolm D. **International law**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 589-618.

De toda sorte, apesar da importância da criação da Sociedade das Nações e da Corte Permanente de Justiça Internacional, com o aparecimento da Segunda Grande Guerra, marcada por graves violações aos Direitos Humanos, torna-se imperioso repensar a temática da garantia dos Direitos Humanos como preocupação apenas das agendas domésticas, convertendo-se em exigência constante e indeclinável da comunidade internacional, com o fenômeno de positivação dos Direitos Humanos na esfera internacional, por meio da consagração nos textos jurídicos de direitos antes projetados apenas no plano da filosofia política.

Ou seja, o pós-guerra inaugura uma nova fase do direito internacional, marcada pela reconstrução e pela globalização dos Direitos Humanos, tomados agora como referencial ético a orientar a ordem transnacional, com o delineamento de um sistema normativo internacional para a proteção e efetivação dos direitos declarados, e, nesse sentido, a expansão global e os fenômenos da proteção dos Direitos Humanos, trazem a ideia de que os direitos referentes à pessoa humana possuiriam validade universal, e de que os conceitos de soberania nacional e não intervenção deveriam ser reinterpretados à luz do princípio da prevalência dos Direitos Humanos⁷⁴⁸.

A Carta das Nações Unidas de 1945⁷⁴⁹ consolida esse movimento, passando a reger a relação entre o Estado e seus nacionais como uma problemática internacional, e, em sequência, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948^{750,751}, vem a estabelecer a matriz do sistema global de proteção dos Direitos Humanos, com o abandono da visão dos Direitos Humanos como preocupação apenas das jurisdições domésticas⁷⁵².

⁷⁴⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. São Paulo: Del Rey, 2006, p. 365-411.

⁷⁴⁹ Com o fim da Segunda Guerra Mundial em 1945, foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU), após a Conferência de São Francisco. EVANS, Malcolm D. **International law**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 19-23.

⁷⁵⁰ A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em 1948, veio a definir com precisão o elenco dos “Direitos Humanos e liberdades fundamentais”, estabelecendo duas categorias de direitos, os direitos civis e políticos, e os direitos econômicos, sociais e culturais, endossando a universalidade desses direitos, e afirmando que os Direitos Humanos decorrem da dignidade inerente à condição de pessoa. A DUDH, foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de Dezembro de 1948, através da Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral, e apesar de não assumir a forma de tratado internacional, apresenta força jurídica obrigatória e vinculante, na medida em que constitui a interpretação autorizada da expressão “Direitos Humanos”, constante dos artigos 1º (3) e 55 da Carta das Nações Unidas. Representa ainda, um dos mais influentes instrumentos jurídicos e políticos do século XX, além de ter-se transformado, ao longo de mais de cinquenta anos de sua adoção, em direito costumeiro internacional e princípio geral de Direito Internacional. RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 31-36.

⁷⁵¹ Cabe pontuar, que alguns autores entendem que a Declaração Universal dos Direitos Humanos não possui força obrigatória, uma vez que as Resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas não teriam força vinculante, conforme se observa dos artigos 10 e 14 da Carta das Nações Unidas (diferentemente das Resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas, que teriam força vinculante, conforme se observa do artigo 24 n. 1 da Carta das Nações Unidas). RAMOS, loc. cit.

⁷⁵² Em seguida, foram criados o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, e o Pacto Internacional de Direitos Sociais e Econômicos também de 1966. RAMOS, op. cit., p. 152-165.

Este processo, da mesma forma, desdobrou-se nos sistemas regionais de proteção dos Direitos Humanos, como, por exemplo, o sistema interamericano — que nasceu com a adoção da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, em Bogotá, Colômbia, em abril de 1948 e foi o primeiro instrumento internacional de Direitos Humanos de caráter geral^{753,754} — o sistema europeu — que se inicia em 1950, com a criação da Convenção Europeia de Direitos Humanos, através do Tratado de Roma —, e o sistema africano — que se inicia na Conferência de todos os povos africanos em 1958⁷⁵⁵.

De toda sorte, a necessidade da tutela judicial global dos Direitos Humanos, leva à criação de diversos órgãos, com destaque, no caso da Organização das Nações Unidas^{756,757},

⁷⁵³ Somente podem aderir ao Pacto de San Jose da Costa Rica, os países membros da Organização dos Estados Americanos (OEA). RAMOS, op. cit., p. 257-299.

⁷⁵⁴ Na sequência da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948, foi adotada em 1969, a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de San Jose da Costa Rica, e, em 1978, a Convenção entrou em vigor. O Protocolo de San Salvador, de 1988, entrou em vigor em 1999, consagrando a implantação dos direitos sociais no sistema interamericano. RAMOS, loc. cit.

⁷⁵⁵ Na verdade, a defesa dos Direitos Humanos na história da África, remonta ao primeiro Congresso Pan-africano realizado em 1919, que, no bojo da Conferência de Paz de Versailles, reunindo líderes de diversas partes da África, exigiu a abolição do trabalho forçado, dos castigos corporais e o direito à manutenção do idioma e cultura locais. Posteriormente, em 1958, na Conferência de todos os povos africanos (*All African People's Conference*), que reuniu líderes de toda a África em Gana, foi adotada resolução que vinculou a independência ao respeito a Direitos Humanos, até para demonstrar a diferença entre os novos governos e os colonialistas do passado. Nesse sentido, a Carta da Organização da Unidade Africana, assinada em 1963, em Addis Abeba (Etiópia), por 32 Estados africanos independentes, possuía, já em seu preâmbulo, a menção ao respeito e aderência à Carta das Nações Unidas e à Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assim, os países africanos, ao menos inicialmente, anuíram com a universalização dos Direitos Humanos. Na sequência, em 1981, foi elaborada a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, conhecida como Carta de Banjul, por ter sido aprovada pela Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana, realizada em Banjul, Gâmbia, entrando em vigor em 21 de outubro de 1986. Já a criação da União Africana, em substituição à Organização da Unidade Africana, decorre da Sexta Conferência dos Chefes de Estado e de Governo da Organização da Unidade Africana em 1999, tendo sua criação efetiva se dado em 2002, com a Conferência de Durban. A União Africana manteve a sede em Addis Abeba (Etiópia), tendo entre seus objetivos principais, a promoção dos princípios democráticos, participação popular e proteção dos Direitos Humanos e dos povos de acordo com a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos e outros instrumentos relevantes de Direitos Humanos. RAMOS, op. cit., p. 275, 276 e 280.

⁷⁵⁶ Os órgãos principais da ONU são: a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, a Corte Internacional de Justiça, o Conselho Econômico e Social e o Secretariado. EVANS, Malcolm D. **International law**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 273-280.

⁷⁵⁷ No caso do sistema global de proteção dos Direitos Humanos, a ONU, além da Corte Internacional de Justiça, possui o Conselho de Direitos Humanos, que tem a função de elaborar relatórios técnicos nos países referente aos Direitos Humanos, e como principal vocação institucional “promover o respeito universal pela proteção de todos os Direitos Humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas, sem distinções de nenhum tipo e de forma justa e equitativa”. Antes da criação do Conselho de Direitos Humanos, havia a Comissão de Direitos Humanos da ONU, criada em 1946, como órgão vinculado ao Conselho Econômico e Social, que tinha como função geral promover e proteger os Direitos Humanos em âmbito mundial. O Conselho de Direitos Humanos da ONU foi criado pela Resolução 60/251, aprovada pela Assembleia Geral no dia 15 de março de 2006, em substituição à Comissão de Direitos Humanos, visando alçar a temática dos Direitos Humanos ao mesmo *status* que as questões da segurança e do desenvolvimento, debatidas no âmbito do Conselho de Segurança e do Conselho Econômico e Social, tornando o novo Conselho um órgão de Direitos Humanos mais forte e eficaz. O Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas criou, em março de 2006, o “Mecanismo de Revisão Periódica Universal”, como um instrumento que objetiva melhorar a situação dos Direitos Humanos nos Estados-membros da Organização das Nações Unidas (ONU). A Revisão Periódica Universal (RPU), é um mecanismo que determina que todos os 193 Estados-membros da ONU, sejam submetidos, a uma revisão de sua situação de Direitos Humanos, a cada quatro

para a atuação da Corte Internacional de Justiça^{758,759} — criada pela Carta das Nações Unidas de 1945, em substituição à Corte Permanente de Justiça Internacional —, com a principal função de resolver conflitos jurídicos a ela submetidos pelos Estados e emitir pareceres sobre questões jurídicas apresentadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas, pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas ou por órgãos e agências especializadas acreditadas pela Assembleia da ONU⁷⁶⁰.

Observa-se, portanto, que, nos termos da Carta das Nações Unidas de 1945, a Corte Internacional de Justiça possui competências consultivas — nas quais a Corte indica o direito aplicado em questões jurídicas, abstratas ou concretas, que lhe forem encaminhadas pela Assembleia Geral, Conselho de Segurança e órgãos das Nações Unidas e entidades

anos e meio. De acordo com a Resolução 60/251 (2006) da Assembleia Geral e a Resolução 5/1 (2007) do Conselho de Direitos Humanos, esta revisão visa avaliar o cumprimento por parte dos Estados, das obrigações e compromissos internacionais assumidos em matéria de Direitos Humanos. No Sistema Global de tutela dos direitos humanos, há ainda os Comitês de Direitos Humanos, que são considerados mecanismos convencionais de proteção dos Direitos Humanos, geralmente criados por meio de convenções internacionais, como ocorreu com a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Os Comitês de Direitos Humanos, são órgãos criados com o objetivo de controlar a aplicação, pelos Estados-parte, das convenções internacionais sobre Direitos Humanos. Assim, os Estados-parte apresentam relatórios ao Comitê, onde enunciam as medidas adotadas para tornar efetivas as disposições dos tratados. Os relatórios são analisados pelo Comitê, e discutidos com os representantes do Estados-parte em causa, após o que o Comitê emite as suas observações finais sobre cada relatório, salientando os aspectos positivos bem como os problemas detectados, para os quais recomenda as soluções que lhe pareçam adequadas. Os Comitês de Direitos Humanos, são compostos por especialistas em matéria de Direitos Humanos, independentes e autônomos, à disposição do Comitê. No Sistema Global, os principais Comitês existentes são o Comitê de Direitos Humanos, para monitorar a implementação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; o Comitê de Direitos Humanos, para monitorar a implementação do Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais; o Comitê para monitorar a implementação da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial; o Comitê para monitorar a implementação da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes; o Comitê para monitorar a implementação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança; e, o Comitê para monitorar a implementação da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Inclusive, o artigo 2º do Protocolo facultativo relativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, dispõe que “o indivíduo que se considerar vítima de violação de qualquer dos direitos enunciados no Pacto e que tenha esgotado todos os recursos internos disponíveis, poderá apresentar uma comunicação escrita ao Comitê para que este a examine”. RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 299-332.

⁷⁵⁸ A Corte Internacional de Justiça, é o principal órgão judiciário da Organização das Nações Unidas, instituído pelo artigo 92 da Carta das Nações Unidas, que dispõe “A Corte Internacional de Justiça constitui o órgão judiciário principal das Nações Unidas. Funciona de acordo com um Estatuto estabelecido com base no Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional e anexado à presente Carta da qual faz parte integrante”. Carta das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 15 fev. 2016.

⁷⁵⁹ A Corte Internacional de Justiça é integrada por quinze membros. RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 101.

⁷⁶⁰ O artigo 34.1 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça dispõe: “Artigo 34. 1. Só os Estados poderão ser partes em questões perante a Corte”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 15 fev. 2016.

especializadas⁷⁶¹ —, e contenciosas — para decidir controvérsias litigiosas⁷⁶² sobre assuntos previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor⁷⁶³, que lhe forem submetidas pelos Estados-membros da ONU^{764,765} ou outros Estados nas condições determinadas pelo Conselho de Segurança⁷⁶⁶, mediante o consentimento específico dos Estados litigantes em cada caso^{767,768}.

⁷⁶¹ O artigo 96 da Carta das Nações Unidas dispõe: “Artigo 96. 1. A Assembleia Geral ou o Conselho de Segurança poderá solicitar parecer consultivo da Corte Internacional de Justiça, sobre qualquer questão de ordem jurídica. 2. Outros órgãos das Nações Unidas e entidades especializadas, que forem em qualquer época devidamente autorizados pela Assembleia Geral, poderão também solicitar pareceres consultivos da Corte sobre questões jurídicas surgidas dentro da esfera de suas atividades”. Carta das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 15 fev. 2016.

⁷⁶² Conforme estabelecido no caso *Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. The United Kingdom)*, julgado pela Corte Permanente de Justiça Internacional em 1924, há a necessidade de que haja um desacordo sobre uma questão de direito ou de fato, um conflito de opiniões ou de interesses entre duas pessoas, para que as demandas possam ser analisadas pela Corte Internacional de Justiça. No caso, o Sr. Mavrommatis, cidadão grego, havia obtido algumas concessões de obras na região da Palestina em 1914. Ao final da Primeira Guerra Mundial, a Palestina passou a ser administrada pela Grã-Bretanha, por mandato concedido pela Liga das Nações. O governo britânico não reconheceu os direitos de Mavrommatis, dando origem à controvérsia. O governo grego apresentou requerimento à CPJI, pugnando pelo reconhecimento dos direitos e pela reparação dos prejuízos. A Corte assegurou a manutenção das concessões a Mavrommatis no território palestino, mas recusou o pedido de indenização, alegando que a concessão não havia sido, de fato, anulada e que não havia provas de perdas sofridas. PELLET, Alain. *La seconde mort d'Euripide Mavrommatis? notes sur le projet de la c.d.i. sur la protection diplomatique* In: **Droit Du Pouvoir, Pouvoir Du Droit Mélanges offerts à Jean Salmon**. Bruxelles: Bruylant, 2007. Disponível em: <[http://www.alainpellet.eu/Documents/PELLET%20-%202007%20-%20Seconde%20mort%20d'Euripide%20Mavrommatis%20\(M%C3%A9langes%20Salmon\).pdf](http://www.alainpellet.eu/Documents/PELLET%20-%202007%20-%20Seconde%20mort%20d'Euripide%20Mavrommatis%20(M%C3%A9langes%20Salmon).pdf)>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁷⁶³ O artigo 36.1 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça dispõe: “Artigo 36. 1. A competência da Corte abrange todas as questões que as partes lhe submetam, bem como todos os assuntos especialmente previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor.” Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 15 fev. 2016.

⁷⁶⁴ O artigo 35.1 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça dispõe: “Artigo 35. 1. A Corte estará aberta aos Estados que são parte no presente Estatuto.” Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: jun. 2015.

⁷⁶⁵ O artigo 93.1 da Carta das Nações Unidas dispõe: “Artigo 93. 1. Todos os Membros das Nações Unidas são *ipso facto* partes do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.” Carta das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 15 fev. 2016.

⁷⁶⁶ O artigo 35.2 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça dispõe: “Artigo 35. 2. As condições pelas quais a Corte estará aberta a outros Estados serão determinadas, pelo Conselho de Segurança, ressalvadas as disposições especiais dos tratados vigentes; em nenhum caso, porém, tais condições colocarão as partes em posição de desigualdade perante a Corte.” No mesmo sentido, art. 93, item 2, Carta da ONU. Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: jun. 2015.

⁷⁶⁷ O Estado poderá levar a demanda à Corte Internacional de Justiça por diversas formas, como o *compromis*, ou seja, o compromisso entre os Estados de submeter a demanda à CIJ. O Estado também poderá apresentar unilateralmente a demanda à Corte, devendo haver, neste caso, a concordância, expressa ou tácita em litigar, do outro Estado. Outra forma de encaminhar um caso à Corte, é por meio das cláusulas judiciais que fazem parte de um compromisso entre Estados ou de um tratado. Por fim, é possível submeter um caso à CIJ por meio da cláusula facultativa de jurisdição compulsória, chamada cláusula Cláusula Raul Fernandes, em que há o consentimento prévio do Estado à submissão da CIJ. O Brasil não aceitou a cláusula facultativa de adesão à jurisdição da Corte Internacional de Justiça. RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 100-104.

⁷⁶⁸ O artigo 94.1 da Carta das Nações Unidas dispõe: “Artigo 94. 1. Cada Membro das Nações Unidas se compromete a conformar-se com a decisão da Corte Internacional de Justiça em qualquer caso em que for parte.”

É bem verdade que a Corte Internacional de Justiça não é, especificamente, uma corte de Direitos Humanos, porém, da mesma maneira, não há qualquer limitação de jurisdição quanto à matéria a ser apreciada, e, portanto, a Corte, tanto na sua competência contenciosa, como na sua competência consultiva, analisou demandas — particularmente em virtude do crescente número de acordos internacionais de Direitos Humanos que preveem a competência da Corte Internacional de Justiça para dirimir controvérsia entre os Estados⁷⁶⁹ — que, direta ou indiretamente, enfrentavam a temática dos Direitos Humanos, como em *Obligations concerning negotiations relating to cessation of the nuclear arms race and to nuclear disarmament* (casos *Marshall Islands v. United Kingdom*, *Marshall Islands v. Pakistan* e *Marshall Islands v. India*) de 2016⁷⁷⁰, *Germany v. Italy: Greece intervening (Ferrini and Distomo case)* de 2008⁷⁷¹, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro* de 2007⁷⁷², *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Request for*

Carta das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 15 fev. 2016.

⁷⁶⁹ EVANS, Malcolm D. **International law**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 589-618.

⁷⁷⁰ Nos casos *Marshall Islands v. United Kingdom*, *Marshall Islands v. Pakistan* e *Marshall Islands v. India*, a Corte Internacional de Justiça (CIJ), apesar de não ter analisado o mérito da demanda, sob o argumento de que não haveria desacordo sobre questão de direito ou de fato, ou, um conflito de opiniões legais ou de interesses, enfrentou a questão do descumprimento de obrigações internacionais, no tocante ao dever de realizar ou concluir negociações para efetivar o desarmamento nuclear, o que, naturalmente, acaba por afetar, indiretamente, a temática dos direitos humanos. A ação foi originalmente proposta contra a China, Índia, Coreia do Norte, França, Israel, Paquistão, Rússia, Reino Unido e os Estados Unidos da América. Contudo, apenas Índia, Paquistão e Reino Unido são partes da Cláusula Facultativa de Jurisdição Compulsória, sendo que os demais países não aceitaram se submeter à jurisdição da CIJ. Caso *Obligations concerning negotiations relating to cessation of the nuclear arms race and to nuclear disarmament*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/158/19134.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁷⁷¹ O caso *Germany v. Italy: Greece intervening (Ferrini and Distomo case)* de 2012, julgado pela Corte Internacional de Justiça, envolveu a questão da imunidade de jurisdição do Estado alemão, pelas violações aos Direitos Humanos, praticadas durante a Segunda Guerra Mundial. Para maiores detalhes sobre o caso, vide nota 1082 da presente Tese. Caso *Germany v. Italy: Greece intervening (Ferrini and Distomo case)*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16869.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2015.

⁷⁷² No caso, a Bósnia processou a Sérvia, em 1993, pela violação da Convenção pela Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio. A CIJ concluiu que, a Sérvia não havia comendo ou sido cúmplice de atos de genocídio no território bósnio. Porém, condenou a Sérvia por não ter prevenido a realização de genocídio, em especial na localidade de Srebrenica, na qual milhares de bósnios muçulmanos foram massacrados por paramilitares sérvios, sob o comando de Ratko Mladic' e Radovan Karadzic'. Também a Sérvia foi condenada por não colaborar com o Tribunal Penal Internacional para antiga Iugoslávia, ao não entregar Mladic', que foi finalmente entregue em 2011. Caso *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2015.

advisory opinion) de 2004⁷⁷³, *Mexico v. United States of America (Avena case)* de 2004⁷⁷⁴, *Democratic Republic of the Congo v. Belgium* de 2000⁷⁷⁵, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)* de 1980⁷⁷⁶, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa)* de 1971⁷⁷⁷, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)* de 1964⁷⁷⁸, dentre outros⁷⁷⁹, com uma clara ampliação da jurisdição da Corte.

⁷⁷³ Em 2004, houve intensa discussão sobre os Direitos Humanos do povo palestino, nos territórios ocupados por Israel, em que foi construída parte substancial de muro, como se fosse território israelense. A Corte decidiu que houve violação da liberdade de circulação e do direito ao trabalho, saúde, educação e de um padrão adequado de vida, proclamados nos dois Pactos Internacionais de Direitos Humanos da ONU e na Convenção sobre os Direitos das Crianças. Caso *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Request for advisory opinion)*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1677.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁷⁷⁴ Em *Mexico v. United States of America (Avena case)* de 2004, a CIJ determinou a revisão judicial de quarenta e nove processos, nos quais os EUA haviam desrespeitado a proteção consular do artigo 36.1 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, ao não permitir que a representação do México pudesse se encontrar com cidadãos mexicanos, detidos e presos por crimes nos Estados Unidos. O Presidente George W. Bush, em Memorando ao Advogado-Geral, determinou que as cortes nacionais, “por uma questão de cortesia”, deveriam cumprir com as obrigações internacionais dos Estados Unidos determinadas pela Corte Internacional de Justiça. Entretanto, oito juízes da Corte de Apelação do Texas, afirmaram que o memorando não seria obrigatório porque, caso fosse, o presidente estaria excedendo a sua autoridade e se intrometendo no Poder Judiciário, o que fere o princípio basilar da tripartição dos poderes. Ademais, um memorando não possui o mesmo valor de uma lei e, portanto, não obrigaria o Texas. Posteriormente, em *Medellín v. Texas* de 2008, a Suprema Corte norte-americana, considerou que o Congresso dos Estados Unidos não tinha implementado leis para permitir a reparação das violações à Convenção de Viena sobre Relações Consulares, ou, para permitir a execução das decisões da Corte Internacional de Justiça. Caso *Mexico v. United States of America (Avena case)*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/128/8188.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2014.

⁷⁷⁵ No caso, a República Democrática do Congo iniciou procedimento na Corte Internacional de Justiça contra Bélgica, em função da ordem de prisão exarada contra o então Ministro das Relações Exteriores, Yerodia Ndombasi, acusado de graves violações às Convenções de Genebra de 1949 e de crimes contra a humanidade. A Corte Internacional de Justiça, entendeu que o Direito Internacional estabelece que, assim como agentes diplomáticos e consulares, certos detentores de altos postos no Estado gozam de imunidade de jurisdição civil e penal. No presente caso, a imunidade à jurisdição criminal e a inviolabilidade de Yerodia Ndombasi, não seria para seu benefício pessoal, mas para que possa exercer suas funções, por isso, goza de total imunidade penal e de inviolabilidade, não sendo possível separar os atos que este pratica oficialmente ou em caráter privado, anteriormente ou durante o exercício da função. Assim, apesar de várias convenções para prevenção e repressão de crimes graves estabelecerem obrigações de processar ou extraditar, tal extensão de jurisdição não afeta as imunidades previstas pelo Direito Internacional costumeiro. Contudo, para a Corte, Yerodia Ndombasi poderia ser processado em seu próprio país; em caso de renúncia à imunidade; por não mais deter todas as imunidades definidas pelo Direito Internacional após deixar o cargo; pela submissão a procedimento penal em cortes internacionais. Assim, a Corte decidiu que a expedição da ordem de prisão feriu as obrigações da Bélgica em relação às imunidades diplomáticas do Congo. Caso *Democratic Republic of the Congo v. Belgium*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=cobe&case=121&k=36>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁷⁷⁶ RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 106.

⁷⁷⁷ No caso, a Corte Internacional de Justiça estabeleceu que a África do Sul, teria o dever, perante a comunidade internacional, de observar e respeitar os Direitos Humanos, sem distinção de raça. Assim, o estabelecimento do *apartheid*, constituiria uma violação de Direitos Humanos protegidos pelos princípios da Carta da ONU. Vide RAMOS, loc. cit.

⁷⁷⁸ RAMOS, loc. cit.

⁷⁷⁹ Assim, por exemplo, a CIJ estabeleceu, nos casos *East Timor (Portugal v. Australia)* de 1995 e *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* de 1996 que não só os membros das Nações Unidas, mas terceiros Estados, estariam obrigados às regras que digam respeito ao interesse da comunidade internacional. TOMUSCHAT,

Da mesma forma, dentre os mecanismos convencionais de proteção judicial universal dos Direitos Humanos, cabe lembrar o papel do Tribunal Penal Internacional (TPI), criado pelo Estatuto de Roma de 1998^{780,781}, e instalado em 2002 na cidade da Haia na Holanda, como órgão permanente^{782,783}, com jurisdição adicional e complementar às jurisdições penais

Christian; THOUVENIN, Jean-Marc. **The fundamental rules of international legal order**. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff, 2006, capítulos I, II, XIX e XX.

⁷⁸⁰ O Tratado de Versailles, assinado após a Conferência de Paris de 1919, em seu artigo 227, previa a criação de um tribunal *ad hoc*, para julgar exclusivamente o Kaiser alemão Wilhelm II. Apesar do artigo 227 não ter sido aplicado, uma vez que a Holanda se recusou a extraditar o Kaiser Wilhelm II, pela primeira vez, existiu uma previsão expressa responsabilizando penalmente um Chefe de Estado por crimes de guerra. CASSESE, Antonio. **International criminal law**. New York: Oxford University Press, 2003, p. 327-329.

⁷⁸¹ A primeira condenação individual por um tribunal internacional, se deu no caso *Prosecutor v. Akayesu*, julgado pelo Tribunal Penal Internacional para Ruanda em 1998, que condenou Jean-Paul Akayesu pelo crime de genocídio. CHARNEY, Jonathan. Progress in International Criminal Law? **American Journal of International Law**, v. 93, 1999, p. 452-455.

⁷⁸² O TPI não é tribunal de exceção ou *ad hoc*, o TPI é tribunal permanente (artigo 1º do Estatuto do TPI). Na história do Direito Internacional existiram quatro tribunais *ad hoc*, o Tribunal de Nuremberg (criado pelo acordo de Londres de 1945), o Tribunal de Tóquio (Carta do Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente de 1946), o Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia (Resolução 827/93 do Conselho de Segurança da ONU) e o Tribunal Internacional para Ruanda (Resolução 955/94 do Conselho de Segurança da ONU). RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 365-368.

⁷⁸³ Além dos tribunais de Nuremberg e de Tóquio — que formam a primeira geração de tribunais internacionais —, os Tribunais *ad hoc* para Ruanda e Iugoslávia — que compõem a segunda geração —, e o Tribunal Penal Internacional — que forma a terceira geração —, observamos no começo deste século, a criação de uma quarta geração de tribunais internacionais criminais, que decorrem da interação entre os governos locais e a ONU, contando com juízes locais e internacionais, denominados tribunais internacionalizados ou híbridos, como ocorre com os Tribunais para Serra Leoa, Líbano e Cambodja. O Tribunal Especial para Serra Leoa foi estabelecido a pedido do governo do país, com base na Resolução 1315 do Conselho de Segurança de 14 de agosto de 2000, sendo instalado em 2002, em Freetown (capital de Serra Leoa). Há juízes nacionais e internacionais, e os acusados são julgados pela prática de crimes de *ius cogens* (crimes contra a humanidade e crimes de guerra) e ainda por crimes comuns pelo direito local. Já o Tribunal Especial para o Líbano, partiu do pedido feito pelo governo do Líbano, em 13 de dezembro de 2005, às Nações Unidas, para estabelecer um tribunal com natureza internacional, para julgar os responsáveis pelo assassinato, em 14 de fevereiro de 2005, do Primeiro Ministro Rafiq Hariri, entre outros mortos e feridos. As Resoluções do Conselho de Segurança 1664 de 2006 e 1757 de 2007, estabeleceram o Estatuto do Tribunal Especial para o Líbano, com sede em Haia, na Holanda. O Tribunal é híbrido, pois tem natureza internacional, com composição mista (juízes nacionais e internacionais), mas aplica o direito criminal libanês. Também as Câmaras Extraordinárias nos Tribunais de Cambodja, instaladas em 2003 em Phnom Penh no Cambodja, consistem em órgãos judiciais híbridos, com juízes nacionais do Cambodja e internacionais, que possuem jurisdição para julgar os líderes da chamada República Democrática do Campuchea, pelos crimes de genocídio, guerra e contra a humanidade, bem como do Código Penal local, cometidos pela Ditadura de Pol Pot (falecido em 1998), entre 1975 e 1979. Ademais, podemos observar outras hipóteses de tribunais internacionalizados ou híbridos, como no Tribunal para o Timor Leste, criado em 2000, pela Administração das Nações Unidas para o Timor Leste, que funcionou entre 2000 e 2006, para julgar os crimes graves cometidos em 1999, contando com diversos juízes internacionais. Da mesma forma, a Câmara Especial para Crimes de Guerra, criada como órgão vinculado ao Tribunal Superior Nacional, pelo Gabinete do Alto Comissariado, instituído pela ONU, para restaura a Paz na Bósnia-Herzegovina, recebeu casos remanescentes do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia. No Kosovo, também foram criados painéis especiais pela Missão de Paz da ONU para o Kosovo, formado por juízes internacionais. Por fim, as Câmaras Africanas Extraordinárias, estabelecidas em 2013, por um acordo entre a União Africana e o Senegal, foram criadas para apurar e julgar os massacres ocorridos entre 1982 e 1990 pelo o ex-líder do Chad, Hissène Habré. RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 326-329.

nacionais^{784,785}, e com competência para julgar pessoalmente indivíduos responsáveis pelos crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão^{786,787}.

Neste sentido, o TPI também possui um papel central na defesa dos Direitos Humanos, na medida em que o Estatuto de Roma demonstra a preocupação da comunidade internacional no processamento e condenação dos responsáveis pelos crimes hediondos descritos no próprio Estatuto⁷⁸⁸, e na proteção às vítimas de graves atrocidades contra os Direitos Humanos⁷⁸⁹, como se observa, exemplificativamente, no julgamento dos casos *The Prosecutor v. Thomas Lubanga*

⁷⁸⁴ O TPI não é órgão da ONU, e possui jurisdição adicional e complementar às jurisdições penais nacionais, ficando, pois, condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. Assim, o Estado tem o dever de exercer sua jurisdição penal contra os responsáveis por crimes internacionais, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. Poderão acionar a atuação do TPI, o Conselho de Segurança da ONU, os Estados-membros do TPI e a promotoria do TPI (artigo 13 do Estatuto do TPI). RAMOS, op. cit., p. 301-306.

⁷⁸⁵ O TPI possui personalidade jurídica internacional, e é composto pela Presidência, Divisão Judicial, Procuradoria e Secretariado. O Tribunal é composto de por 18 (dezoito) juízes, eleitos para um mandato de 9 (nove) anos não admitida a reeleição, dentre pessoas de elevada idoneidade moral, imparcialidade e integridade, que reúnam os requisitos para o exercício das mais altas funções judiciais nos seus respectivos países. Além disso, os juízes deverão possuir reconhecida competência em direito penal e direito processual penal, e a necessária experiência em processos penais na qualidade de juiz, procurador, advogado ou outra função semelhante, ou, reconhecida competência em matérias relevantes de Direito Internacional, tais como o Direito Internacional humanitário e os Direitos Humanos, assim como vasta experiência em profissões jurídicas, com relevância para a função judicial do Tribunal. O Tribunal não poderá ter mais de um juiz nacional do mesmo Estado, e, na seleção dos juízes, os Estados ponderarão sobre a necessidade de assegurar que a composição do Tribunal inclua a representação dos principais sistemas jurídicos do mundo, uma representação geográfica equitativa e uma representação justa de juízes do sexo feminino e do sexo masculino. RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 365-368.

⁷⁸⁶ No que toca ao crime de agressão, por força da exigência do artigo 5º, 2 do Estatuto de Roma, a Conferência de Kampala de 2010, veio a definir o delito e as condições para o exercício da competência do TPI. O crime de agressão, segundo a Resolução RC/Res. 6/2010, seguindo a mesma linha da Resolução 3314/1974 da Assembleia Geral da ONU, é o planejamento, a preparação, a iniciação ou a execução por uma pessoa em uma posição de liderança, de um ato de agressão. A agressão é definida como o uso da força armada por um Estado contra outro Estado, sem a justificativa de legítima defesa ou autorização do Conselho de Segurança. A agressão deve constituir uma violação manifesta da Carta das Nações Unidas. RAMOS, op. cit., p. 374-375.

⁷⁸⁷ Segundo André de Carvalho Ramos “A entrada em vigor dessa alteração será lenta. Em primeiro lugar, o crime de agressão só será plenamente ativo no Estatuto a partir de 2017, por decisão de dois terços dos Estados-parte. Adicionalmente, o TPI só poderá adjudicar esses casos em relação a crimes de agressão ocorridos um ano após a ratificação da emenda por trinta Estados-parte. A mecânica da ação criminal contra os líderes agressores levará em conta ainda a missão do Conselho de Segurança (CS) na preservação da paz. O Procurador deverá acionar o CS, que pode inclusive concordar com a existência de um cenário de agressão (essa conclusão política não vinculará o Tribunal no julgamento de cada indivíduo acusado). Caso o Conselho não determine a existência de agressão em 6 meses, o Procurador poderá conduzir as investigações com autorização do Juízo de Instrução (*Pre-Trial Chamber*) do TPI”. RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 316-317.

⁷⁸⁸ No Brasil, o constituinte originário no artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), já dispunha que o Brasil propugnaria pela formação de um tribunal internacional dos Direitos Humanos. Posteriormente, com a aprovação do Decreto Legislativo n. 112/2002 e do Decreto n. 4388/2002, e com a introdução, pela EC n. 45/2004, do § 4º ao artigo 5º da Constituição Federal, o Brasil vem a se submeter à jurisdição de Tribunal Penal Internacional. O mesmo fenômeno se deu na maioria dos países europeus, tais como, Alemanha, Portugal, Luxemburgo, França e Bélgica. Na Alemanha, Portugal e Luxemburgo, se optou pela reforma constitucional para admitir a jurisdição do TPI. Na França o *Conseil Constitutionnel*, e na Bélgica o *Conseil d'Etat*, declararam a inconstitucionalidade parcial do Estatuto de Roma, dentre outros motivos, pela violação às normas constitucionais relativas à imunidade do Presidente da República e do Rei. Assim, na França foi acrescentado dispositivo ao texto constitucional, e na Bélgica houve a ratificação do Estatuto de Roma sem reforma constitucional, o que viabilizou o reconhecimento da jurisdição do TPI. RAMOS, op. cit., p. 285-330.

⁷⁸⁹ RAMOS, op. cit., p. 317-318.

Dyilo de 2012⁷⁹⁰, *The Prosecutor v. Germain Katanga* de 2014⁷⁹¹, e, nos recentíssimos *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*⁷⁹² e *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*⁷⁹³ de 2016.

Já em âmbito regional, a função de promover a observância e a proteção dos Direitos Humanos no continente americano é exercida, principalmente, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos⁷⁹⁴ e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que desempenham um papel central na efetivação e proteção de Direitos Humanos no sistema interamericano⁷⁹⁵.

Nesse sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (ComIDH)⁷⁹⁶ — criada em 1959 como primeiro organismo efetivo de proteção dos Direitos Humanos — teria o papel de uma corte quase-constitucional, com o objetivo de promover os direitos estabelecidos tanto na Carta da OEA, como na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, elaborada em Bogotá em 1948 —, com competência sobre todos os Estados-parte da Convenção

⁷⁹⁰ O caso envolvia o alistamento forçado de crianças (*child soldiers*), por Thomas Lubanga Dyilo, para lutar no grupo armado *Union des Patriotes Congolais*, em conflitos étnicos no Congo. O TPI em *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, condenou Thomas Lubanga Dyilo a 14 anos de prisão. Caso *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/drc/lubanga/Documents/LubangaEng.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁷⁹¹ O caso envolvia ataques à população civil, saques e destruição de propriedade alheia, praticados por Germain Katanga. O TPI em *The Prosecutor v. Germain Katanga*, condenou Germain Katanga a 12 anos de prisão, pela prática de crimes de guerra e crimes contra a humanidade, especialmente pelo massacre à vila Bogoro, no Congo. Caso *The Prosecutor v. Germain Katanga*. Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/drc/katanga/Documents/KatangaEng.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁷⁹² No caso, o TPI sentenciou Jean-Pierre Bemba Gombo a 18 anos de prisão, pela prática de crimes contra a humanidade e crimes de Guerra, à exemplo dos assassinatos, estupros e roubos, cometidos na República Central Africana em 2002 e 2003, pelo *Mouvement de Libération du Congo*, comandado pelo Sr. Bemba. Jean-Pierre Bemba Gombo foi preso na Bélgica em 2008, e enviado para julgamento perante o TPI. Caso *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_04476.PDF>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁷⁹³ No caso, o TPI sentenciou o réu, Sr. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, a nove anos de prisão, pela destruição de edifícios históricos e religiosos, localizados em Timbuktu, que constituíam patrimônio cultural da humanidade. O julgado representa a primeira condenação do TPI por crime decorrente da destruição de patrimônio cultural. Caso *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_07244.PDF>. Acesso em: 4 dez. 2016.

⁷⁹⁴ Conforme exposto anteriormente, entendemos que a jurisdição de garantias, segundo a premissa metodológica aqui desenvolvida, pode ser exercida por instituições que não necessariamente, ao menos no sentido estrito do termo, podem ser qualificadas como órgãos judiciais, desde que esta atividade não seja efetuada, exclusivamente, pelo Poder Executivo ou Poder Legislativo como é o caso do *Conseil d'Etat* francês, da Comissão Europeia de Direitos Humanos e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

⁷⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 57-86.

⁷⁹⁶ A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é integrada por sete membros de alta autoridade moral, e reconhecido saber em matéria de Direitos Humanos, que podem ser nacionais de qualquer Estado-membro da OEA. Os membros são eleitos, a título pessoal, pela Assembleia Geral, por um período de quatro anos, podendo ser reeleitos apenas uma vez. RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 336-337.

Americana, em relação aos Direitos Humanos nela consagrados⁷⁹⁷, e a todos os Estados-membros da OEA, em relação aos direitos consagrados na Declaração Americana de 1948^{798,799}, inclusive para concessão de medidas cautelares⁸⁰⁰.

⁷⁹⁷ A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, já afirmou a proibição da execução de menores entre os países da OEA, nos relatórios 3/1987 (caso *Roach et Pinkerton v. United States* de 1987); 62/2002 (caso *Michael Domingues v. United States* de 2002); 97/2003 (caso *Shaka Sankofa v. United States* de 2003); 100/2003 (caso *Douglas Christopher Thomas v. United States* de 2003); e 101/2003 (caso *Napoleon Beazley v. United States* de 2003). TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean-Marc. **The fundamental rules of international legal order**. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff, 2006, p. 29.

⁷⁹⁸ Para que uma petição seja admitida perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, deverá o reclamante descrever os fatos, as violações alegadas e as respectivas vítimas, indicando o Estado responsável pela violação e as gestões que levaram ao esgotamento dos recursos de jurisdição interna, antes de ser acionado o Sistema Interamericano (artigo 46 PSJCR). O artigo 44 da Convenção Americana de Direitos Humanos, estabelece que qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação à Convenção por Estado-parte. Ao receber a petição, a Comissão intima o Estado a prestar informações. A ComIDH promove, então, a verificação da veracidade das informações apresentadas pelo Estado, e procura buscar uma solução amistosa entre as partes. Caso não haja acordo, a Comissão elabora relatório, expedindo, se for o caso, recomendações ao Estado. O Estado possui, três meses para cumprir as recomendações. Ao final de tal período, não sendo solucionado o caso, as recomendações podem ser publicadas no Relatório Anual da Comissão Interamericana ou, ainda, a denúncia pode ser levada à Corte Interamericana. RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 336-339.

⁷⁹⁹ A Comissão dispõe de uma variedade de instrumentos para tutela dos direitos humanos, como por exemplo, apresentar aos governos dos Estados-membros, recomendações de medidas progressivas em prol dos Direitos Humanos, nos termos da Constituição e de leis e de medidas adequadas para a promoção do respeito desses direitos; conduzir investigações in loco em um Estado-membro, preparar relatórios dos Estados e enviar missões de “observadores”; lidar com petições individuais, encaminhadas por indivíduo ou grupos de indivíduos, ou ainda, entidade não governamental, que contenham denúncia de violação a direito consagrado pela Convenção, por Estado que dela seja parte; e, também analisar queixas facultativas dos Estados, desde que ambos os Estados tenham aderido à cláusula facultativa, com a qual reconheçam a competência da Comissão para procedimentos intergovernamentais. RAMOS, op. cit., p. 338-341.

⁸⁰⁰ O mecanismo de medidas cautelares, é estabelecido no artigo 25 do Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e dispõe que em situações de gravidade e urgência, a Comissão poderá, por iniciativa própria ou a pedido da parte, solicitar que um Estado adote medidas cautelares para prevenir danos irreparáveis às pessoas ou ao objeto do processo relativo a uma petição ou caso pendente. Já o mecanismo de medidas provisórias, é estabelecido no artigo 27 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e dispõe que, sempre que se tratar de casos de extrema gravidade e urgência, e quando for necessário para evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, *ex officio*, poderá ordenar as medidas provisórias. As medidas podem ser de natureza coletiva, para evitar danos irreparáveis às pessoas, devido à sua associação com uma organização, um grupo ou uma comunidade, com membros identificados ou identificáveis. RAMOS, op. cit., p. 339-340 e 344-345.

Já a Corte Interamericana de Direitos Humanos, criada em 1969⁸⁰¹, é o órgão com jurisdição⁸⁰² para exercer o controle convencional^{803,804} no sistema regional interamericano de proteção aos Direitos Humanos⁸⁰⁵, com competência consultiva⁸⁰⁶ acerca da interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos ou de outros tratados concernentes à proteção dos Direitos Humanos no âmbito dos Estados americanos — podendo, neste caso, qualquer Estado-membro da OEA consultar a Corte — e competência contenciosa⁸⁰⁷ quanto à solução de controvérsias que se apresentam sobre a interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos —, podendo suscitar sua atuação os Estados-membros ou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos⁸⁰⁸. É interessante pontuar que na sua competência

⁸⁰¹ Apesar da Convenção Americana de Direitos Humanos prever, desde 1969, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, apenas em 1979, um ano após a entrada em vigor do Pacto de San Jose da Costa Rica, que se deu em 1978, que a Corte inciou sua atuação. RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 245.

⁸⁰² Ao receber a denúncia, o Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, faz um exame preliminar da demanda. Sendo admitida, os Juízes, a(s) vítima(s) e o Estado-parte são notificados do recebimento da denúncia, sendo que o Estado demandado terá prazo de quatro meses para apresentar contestação. Realiza-se, então, audiência, sendo posteriormente proferida decisão final e inapelável, de força jurídica vinculante e obrigatória, cabendo ao Estado seu imediato cumprimento. RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 341-346.

⁸⁰³ A Corte Interamericana de Direitos Humanos utilizou a expressão “*control de convencionalidad*”, pela primeira vez, no julgamento de *Myrna Mack Chang v. Guatemala* de 2003. MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 71.

⁸⁰⁴ No entanto, mesmo antes do julgamento do caso *Myrna Mack Chang v. Guatemala*, a CIDH efetuou o controle convencional, na análise da compatibilidade dos atos internos em face da CADH, apesar de não afirmar expressamente o controle. Da mesma forma, a CIDH voltou a exercer o controle de convencionalidade em outras oportunidades, como, por exemplo, no julgamento dos casos *Boyce y otros v. Barbados* de 2007 e *Heliodoro Portugal v. Panamá* de 2008. MARINONI, op. cit., p. 57-86.

⁸⁰⁵ A Corte Interamericana de Direitos Humanos, é composta por sete juízes, nacionais de Estados-membros da OEA, eleitos a título pessoal pelos Estados-parte da Convenção. RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 341-342.

⁸⁰⁶ A Corte Interamericana de Direitos Humanos, já realizou o controle de convencionalidade através de opiniões consultivas, como se observa na Opinião Consultiva 5/1985, que esclareceu que a garantia à liberdade de pensamento e de expressão, não é apenas um direito individual de cada um de se expressar, mas também inclui o direito da coletividade de receber informações. Assim, a lei 4420/69 da Costa Rica, que exigia a afiliação obrigatória de jornalistas ao Conselho Profissional de Jornalistas, seria incompatível com os artigos 13 e 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que tratam da liberdade de expressão. *Advisory Opinion OC-5/1985*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_ing.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2016.

⁸⁰⁷ A competência contenciosa, envolve o poder de adjudicar disputas relativas à denúncia de que um Estado-parte violou a Convenção, e é limitada aos Estados-parte da Convenção que reconheçam tal jurisdição expressamente (artigo 62, n. 3 PSJCR). A jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é reconhecida pelo Brasil, por força dos Decreto-Legislativo n. 89/98 e Decreto n. 4.463/2002. RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 341-342.

⁸⁰⁸ A Corte Interamericana de Direitos Humanos, somente pode ser provocada pelos Estados-parte e pela própria Comissão e, além disto, apenas poderá conhecer de qualquer caso, após esgotadas a fase preliminar de admissibilidade, a instrução do caso, e a tentativa de solução amistosa perante a Comissão, com a expedição de seu relatório nos termos do artigo 50 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 247-258.

contenciosa a Corte se manifesta originariamente⁸⁰⁹, declarando a inconformidade convencional de ato ou de norma doméstica^{810,811}, em abstrato ou em concreto^{812,813}, nas

⁸⁰⁹ Em 2004, ao julgar o caso *Tibi v. Ecuador*, a Corte afirmou que não seria uma instância revisora dos processos internos. Caso *Tibi v. Ecuador*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2016.

⁸¹⁰ É interessante pontuar que, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao julgar o caso *Gomez Palomino v. Peru* de 2005, realizou o controle de convencionalidade, adotando como parâmetro a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado, ampliando, portanto o parâmetro de controle para além da Convenção Americana de Direitos Humanos, trabalhando a ideia de “bloco de convencionalidade”. Caso *Gómez Palomino v. Perú*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serice-136_esp.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2016.

⁸¹¹ A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) v. Chile* de 2001, declarou inconveniente dispositivo da Constituição Chilena, e determinou sua alteração pelo Estado chileno, para conformá-la aos direitos previstos na CADH. MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade**: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 79.

⁸¹² A Corte entendia, que apenas poderia realizar controle sobre norma já submetida a determinado caso, não tendo competência para realizar controle em abstrato, relacionando este com uma função consultiva, como se observa do julgamento de caso *Genie Lacayo v. Nicaragua* de 1997. Este entendimento foi superado no caso *Suárez Rosero v. Ecuador* de 1997, em que a Corte reconheceu sua competência para declarar a inconveniente de norma que violara o artigo 2º da Convenção, independentemente da norma ter sido aplicada em caso concreto ou ter causado algum prejuízo. Cumpre registrar, que essa tese fora sustentada pelo Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade em casos anteriores, mediante votos dissidentes, em que argumentou que a violação das normas convencionais pode ocorrer *per se*, pelo simples fato da existência de normas violadoras de Direitos Humanos, ainda que nunca tenham sido concretamente aplicadas, como se observa, por exemplo, no caso *Caballero Delgado y Santana v. Colombia* de 1997. MARINONI, op. cit., p. 57-86.

⁸¹³ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 341-360.

hipóteses em que a jurisdição do Estado seja inexistente, parcial ou lenta^{814,815}, tendo suas decisões⁸¹⁶ força obrigatória^{817,818}, efeitos *erga omnes*^{819,820} e eficácia vinculante⁸²¹.

⁸¹⁴ A criação do artigo 109, § 5º CF pela Emenda Constitucional 45/2004, ao tratar do incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal, nas hipóteses de grave violação de Direitos Humanos, possui a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil seja parte. O Procurador-Geral da República, poderá suscitar o incidente de deslocamento de competência, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo. O incidente de deslocamento de competência foi regulamentado pela Resolução 6/2005 do STJ, e seus pressupostos são a existência de grave violação de Direitos Humanos, o risco de responsabilização internacional decorrente do descumprimento de obrigações jurídicas assumidas em tratados internacionais, e na incapacidade das instâncias e autoridades locais de oferecer respostas efetivas. RAMOS, op. cit., p. 435-442.

⁸¹⁵ A regra do esgotamento dos recursos internos, é reconhecido pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, como se observa do julgamento do caso *Perozo y otros v. Venezuela* de 2009 ao afirmar: “la jurisdicción internacional es subsidiaria, coadyudante y complementaria”. Caso *Perozo y otros v. Venezuela*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_195_esp.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2016.

⁸¹⁶ Se a Corte fixar uma compensação à vítima, a decisão valerá como título executivo (artigo 68, n. 2 PSJCR), em conformidade com os procedimentos internos relativos à execução de sentença contra o Estado. A CADH não prevê, no entanto, qualquer forma de execução da sentença. Em um caso no qual o país não cumpriu sua sentença, a Corte pode, na melhor das hipóteses, apresentar o caso em uma audiência da Assembleia Geral da OEA e emitir recomendações adequadas. A Assembleia Geral pode, então, discutir o assunto e adotar medidas políticas contra um Estado-parte. RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 258-264.

⁸¹⁷ Para que as decisões judiciais estrangeiras produzam efeitos no Brasil, deve haver a homologação de sentença estrangeira. Já para as sentenças proferidas pelas cortes internacionais e supranacionais, não seria necessário a homologação de sentença estrangeira (todavia, o hoje arquivado Projeto de Lei n. 3.214/2000, exigia a homologação das decisões da CIDH pelo STF. Atualmente, tramita o Projeto de Lei n. 4.667/2004, dispondo que as decisões dos Organismos Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos, cuja competência for reconhecida pelo Brasil, produziriam efeitos jurídicos imediatos no ordenamento interno brasileiro). Assim, hoje, as decisões de cortes internacionais e supranacionais são internalizadas por meio de decreto presidencial, sem qualquer necessidade de homologação (ex. Decreto 7307/2010 — caso *Sétimo Garibaldi* — e Decreto n. 6.185 de 13 de agosto de 2007 — caso *Ximenes Lopes* — que autorizaram a União a promover as gestões necessárias ao cumprimento da sentença da CIDH). BORGES DE MACEDO, Paulo Emílio. Monismo e dualismo além dos tratados: a internalização das resoluções do Conselho de Segurança. In: VII Congresso Brasileiro de Direito Internacional, 2009, São Paulo. **Estudos de direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2009, v. XVII.

⁸¹⁸ Já na Colômbia, a Lei 288/96 estabeleceu o procedimento para a indenização de prejuízos às vítimas de violações de Direitos Humanos, devendo haver uma decisão prévia, escrita e expressa, do Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos, Civis e Políticos, ou da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no qual conste violação de Direitos Humanos imputável ao Estado colombiano, com o estabelecimento do dever de indenizar os prejuízos. No caso da Costa Rica, se estabeleceu no tratado de sede da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que as decisões da Corte possuem a mesma força executiva das dos tribunais do país. Já a revogada Lei 23.506/82 do Peru, dispunha sobre a execução e cumprimento das resoluções emitidas por organismo internacional, em conformidade com as normas e procedimentos internos vigentes relativos à execução de sentença. RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 387-388.

⁸¹⁹ No caso *Barrios Altos (Barrios Altos v. Peru)* de 2001, a Corte Interamericana entendeu pela não aplicação da lei peruana que anistiou militares, policiais e civis, que integrariam o grupo paramilitar “Colina”, culminando por decidir pela sua “inconvencionalidade”, com efeitos *erga omnes* para todos os poderes públicos. Caso *Barrios Altos (Barrios Altos v. Peru)*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_ing.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2016.

⁸²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 72-73.

⁸²¹ Em *Almonacid Arellano e outros v. Chile* de 2006, a Corte Interamericana enfatizou a força obrigatória das suas decisões ao lembrar que, quando um Estado ratifica um tratado, os seus juízes também estão a ela submetidos, nos seguintes termos “*lo que les obliga a velar para que los efectos de la Convención no se vean mermados por la*

Desta forma, no sistema regional interamericano, o surgimento da obrigação para o Estado, e, da mesma forma, para os juízes nacionais, de aplicar as normas interamericanas, exercendo seu papel no controle de convencionalidade, é reforçada por diversas decisões da CIDH e de cortes locais, como se observa dos casos *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Peru* de 2006⁸²² julgado pela Corte Interamericana de Derechos Humanos; *Mazzeo, Julio Lilo y otros* de 2007⁸²³ e *Ekmekdjian v. Sofovich*⁸²⁴ de 1992 julgados pela Suprema Corte de Justicia argentina; e, da *Sentencia* 0664/2004-R do Tribunal Constitucional da Bolívia⁸²⁵, afirmando a vinculação das cortes domésticas aos precedentes da Corte Interamericana, e reforçando sua autoridade, com a verificação da conformidade da produção normativa e das práticas nacionais com a Convenção Americana de Derechos Humanos (CADH)⁸²⁶, com outros instrumentos convencionais internacionais e com a jurisprudência, principalmente, da Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De toda sorte, no sistema europeu de proteção dos Derechos Humanos^{827,828}, o controle comunitário, é exercido, principalmente, pela Corte Europeia de Derechos Humanos

aplicación de normas jurídicas contrarias a su objeto y fin. (...) En esta tarea el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete última de la Convención". Caso *Almonacid Arellano e outros v. Chile*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2016.

⁸²² A Corte Interamericana de Derechos Humanos, no caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Peru* de 2006, entendeu que, quando o Estado ratificar um tratado internacional, como a Convenção Americana de Derechos Humanos, surge uma obrigação internacional para o Estado, e, da mesma forma, para os juízes nacionais, que tem o dever de aplicar as normas interamericanas, exercendo seu papel no controle de convencionalidade. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Peru*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_ing.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2016.

⁸²³ No caso *Mazzeo, Julio Lilo y otros*, a Suprema Corte argentina afirmou estar submetida à interpretação conferida ao direito convencional pela Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para maiores detalhes acerca do caso, vide nota 1098. Caso *Mazzeo, Julio Lilo y otros*. Disponível em: <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumento.html?idAnalisis=630503>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁸²⁴ A Suprema Corte de Justicia argentina, no caso *Ekmekdjian v. Sofovich* de 1992, entendeu que a interpretação do Pacto de San Jose da Costa Rica, deve orientar-se pela jurisprudência da Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Ekmekdjian v. Sofovich*. Disponível em: <<https://sj.csjn.gov.ar/sj/tomosFallos.do?method=mostrarTomo&tomoId=355>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁸²⁵ O Tribunal Constitucional da Bolívia na *Sentencia* 0664/2004-R, declarou estar vinculado aos precedentes da Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para maiores detalhes acerca do caso, vide nota 1099. Tribunal Constitucional da Bolívia. *Sentencia* 0664/2004-R. Disponível em: <<http://www.revistabolivianadederecho.org/index.php/item/1652-s-c-no-664-2004-r>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁸²⁶ O Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, promulgou a Convenção Americana de Derechos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), e, mediante o Decreto n. 4.463, de 8 de novembro de 2002, o Brasil reconheceu a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 390-422.

⁸²⁷ O sistema europeu, se inicia em 1950, com a criação da Convenção Europeia de Derechos Humanos, através do Tratado de Roma. A Corte Europeia de Derechos Humanos (CEDH), foi criada em 1959, e é o órgão com competência para o julgamento dos casos que envolvem violação à Convenção Europeia de Derechos Humanos (ConEDH). CRAIG, Paul. EU Accession to the ECHR: Competence, Procedure and Substance. **Fordham International Law Journal**, v. 36, 2013, p. 1115-1150.

⁸²⁸ A Comissão Europeia de Derechos Humanos, que também possuía um papel fundamental na defesa dos Derechos Humanos no sistema europeu, foi extinta em 1998, com a entrada vigor do protocolo n. 11 de 1994, tendo havido

(CEDH), tendo por base a Convenção Europeia de Direitos Humanos (ConEDH)⁸²⁹, permitindo o acesso à Corte de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que sejam vítimas de violação à Convenção⁸³⁰, após exauridas as

a sua fusão com a Corte Comissão Europeia de Direitos humanos. Segundo André de Carvalho Ramos “A Comissão Europeia de Direitos humanos foi criada pela redação original da Convenção Europeia de Direitos Humanos e possuía o número de membros igual ao número de Estados contratantes da Convenção. Órgão imparcial e independente dos governos dos Estados, seus comissários eram eleitos para um período de seis anos pelo Comitê de Ministros, com base em uma lista estabelecida pela Assembleia do próprio Conselho da Europa. Como requisitos para o exercício da função de comissário de direitos humanos, estipulava o antigo art. 39, parágrafo 3º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos em combinação com o art. 2º do Protocolo n. 8 que os comissários deveriam possuir as mesmas qualificações morais e de competência técnica de um juiz da Corte Europeia de Direitos Humanos. A independência de cada comissário era assegurada pelas garantias idênticas às de um juiz da Corte e ainda reforçada pela independência coletiva da própria Comissão, já que a mesma estabelecia seu regulamento interno e elegia seu presidente e seus vice-presidentes. A Comissão era um órgão não permanente, tendo em princípio oito sessões anuais de duas semanas, mas poderia existir, a seu critério, sessões suplementares. A decisão era coletiva e por maioria e suas deliberações eram tomadas em sigilo, para garantir a independência e imparcialidade. A natureza jurídica da Comissão foi considerada pela doutrina como sendo ‘quase judicial’. Muitos chegaram a compará-la com o papel exercido em vários países europeus pelo Ministério Público, já que a Comissão era a encarregada da investigação e era titular da ação de responsabilidade internacional do Estado perante a antiga Corte Europeia de Direitos Humanos. Eram duas espécies de demandas que poderiam ser analisadas pela antiga Comissão. A demanda interestatal era prevista pelo antigo artigo 24 e consistia em petição de um Estado acusando outro de violar os direitos protegidos em seu próprio território, consagrando, pela primeira vez no Direito Internacional, uma *actio popularis* de direitos humanos. Já o antigo artigo 25 da Convenção Europeia de Direitos Humanos estabeleceu o direito de petição individual, pelo qual o indivíduo possuía o direito de acionar diretamente um organismo internacional, no caso a Comissão Europeia (...) Após o procedimento de admissibilidade e a tentativa de conciliação, caberia à Comissão elaborar um relatório final sobre os fatos apresentados e sobre a responsabilidade internacional do Estado requerido, com base no artigo 31 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. O relatório ‘31’ era considerado peça conclusiva de um verdadeiro julgamento de órgão internacional, após a fase postulatória, instrutória e conciliatória. Como peça conclusiva, representava uma decisão da Comissão sobre o caso concreto. A partir da elaboração do relatório, a Comissão deveria transmiti-lo ao Comitê de Ministros e ao Estado interessado, que não podia publicá-lo. (...) A falta de força vinculante do Relatório ‘31’ acarretava a necessidade de provocação da Corte Europeia ou ainda a adjudicação do caso ao Comitê de Ministros, que desempenhava um papel anômalo de julgamento de violações de direitos humanos. Logo, o procedimento completo de responsabilidade internacional do Estado no sistema europeu era moroso, o que por certo motivou a elaboração do Protocolo n. 11, com a consequente extinção da Comissão (fundindo-a com a então Corte Europeia). Além disso, a multiplicação de casos submetidos à Comissão e à Corte tornou também insustentável a manutenção de um procedimento bifásico: uma primeira fase perante a Comissão e uma segunda fase perante a Corte (ou perante o Comitê de Ministros). Obviamente, a supressão do exame dos mesmos casos por dois órgãos distintos foi necessária para dar agilidade ao procedimento. (...) Não foi coincidência que, novembro de 1990, foi aberto à assinatura dos Estados o Protocolo n. 9, dando o direito de ação ao indivíduo, ainda com a concorrência da Comissão. E, depois, 11 de maio de 1994, foi aberto à assinatura dos Estados o Protocolo n. 11, que extinguiu a Comissão *tout court*, fundindo-a com a Corte e dando o direito de ação aos indivíduos vítimas de violações de direitos humanos”. RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 169-173.

⁸²⁹ CRAIG, Paul; BÚRCA, Gráinne de. **Eu law: text, cases and materials**. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 1-72.

⁸³⁰ O artigo 34 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, garante o direito de acesso à Corte Europeia de Direitos Humanos, por qualquer pessoa singular, organização não governamental, ou grupo de particulares que sejam vítimas de violação à Convenção. CRAIG, Paul. EU Accession to the ECHR: Competence, Procedure and Substance. **Fordham International Law Journal**, v. 36, 2013, p. 1115-1150.

instâncias e recursos internos^{831,832}, com sobreposição aos tribunais locais⁸³³ e vinculando os Estados negativamente⁸³⁴.

⁸³¹ Em *Burden and Burden v. The United Kingdom* de 2008, a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), entendeu que as partes podem reivindicar seus pleitos diretamente perante a CEDH, se o único remédio efetivo para sanar a violação, for a declaração de incompatibilidade perante os tribunais britânicos, visto que, haveria o preenchimento da exigência de esgotamento das instâncias internas. O caso, envolvia questões tributárias sobre bem herdado por duas irmãs solteiras de idade avançada que viviam juntas. De acordo com a legislação da Grã-Bretanha, haveria a incidência da tributação de 40% sobre o valor da propriedade no caso da sucessão por herança, exceto se houvesse a sucessão pelo cônjuge ou pelo “parceiro civil” (no caso de casais do mesmo sexo), que são isentos de tributação. Apesar da CEDH admitir a apreciação do caso, no mérito, se entendeu que a isenção de imposto de herança para casais e parceiros do mesmo sexo, visa fornecer ao sobrevivente, uma medida de segurança financeira, após a morte do cônjuge ou companheiro. Já no caso de irmãs solteiras que viviam juntas, a CEDH considerou que a diferença de tratamento, para os fins da concessão de isenções fiscais, foi justificada, razoável e objetivamente, e que esta apreciação estaria dentro da margem de liberdade de conformação da legislação britânica. Caso *Burden and Burden v. The United Kingdom*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-86146>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

⁸³² No caso *S.A.S v. France*, a Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que, em face da *Décision* 2010-613 DC de 2010 do Conselho Constitucional, que, exercendo seu controle prévio de constitucionalidade, entendeu pela constitucionalidade da Lei Francesa 2010-1192 (também chamada de “lei da burca”), que trata da proibição do ocultamento do rosto em locais públicos, a regra do esgotamento prévio dos recursos internos do artigo 35 da ConEDH, como um dos pressupostos de admissibilidade dos recursos submetidos à CEDH, estaria cumprida, não sendo necessário o esgotamento de todos os recursos internos que fossem ineficazes ou sem sentido. Ademais, segundo a CEDH, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, também confere aos indivíduos a possibilidade de alegar que uma determinada legislação viola seus direitos, mesmo quando a violação ainda não tenha se consumado na prática, mas, na análise do caso concreto, seja possível constatar que a medida legislativa adotada cria um risco real e iminente. Caso *S.A.S v. France*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145466>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

⁸³³ CRAIG, Paul. EU Accession to the ECHR: Competence, Procedure and Substance. **Fordham International Law Journal**, v. 36, 2013, p. 1115-1150.

⁸³⁴ É interessante notar que, também na esfera do Direito Internacional, vem se firmando o princípio de que os Direitos Humanos não vinculam somente os Estados negativamente, mas, também, criam obrigações comissivas aos Estados na defesa dos Direitos Humanos, como, por exemplo, se observa do caso *X. and Y v. The Netherlands*, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos em 1985. Caso *X. and Y v. The Netherlands*. Disponível em: <

Ou seja, no modelo europeu⁸³⁵, especialmente diante do desenvolvimento do conceito de direito comunitário e de soberania compartilhada⁸³⁶ — construído principalmente durante a segunda quadra do Século XX⁸³⁷, em que os Estados continuam a ser nações soberanas e independentes, mas há o compartilhamento de suas soberanias, em um modelo distinto, diante da sua estrutura quase federal^{838,839} — e do papel desempenhado pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH)⁸⁴⁰, aplicando a Convenção Europeia de Direitos Humanos⁸⁴¹, há a densificação e concretização dos Direitos Humanos, influenciando outras cortes internacionais e também tribunais nacionais.

Este papel da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), inclusive, é reforçado pela atuação das cortes locais europeias, ao entender pela obrigação em adotar a interpretação da

⁸³⁵ O processo de integração da União Europeia, remonta ao final da II Guerra Mundial (1939-1945). Em 19 setembro de 1946, o ex-Primeiro-Ministro britânico Winston Churchill, pronunciou o célebre discurso na Universidade de Zurique (Suíça), considerado o primeiro passo para a integração europeia no período pós-guerra. Em 05 de maio de 1949, o Conselho da Europa foi fundado pelo Tratado de Londres, visando à unidade entre os membros da Europa. Em 09 de maio de 1950, o Ministro dos Negócios Estrangeiros francês Robert Schuman, deu o primeiro passo no processo de fundação da Comunidade Europeia, propondo um mercado comum do carvão e do aço. Em 18 de abril de 1951, o Tratado de Paris estabeleceu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA). Em 25 de março de 1957, foi assinado o Tratado de Roma, que instituiu a Comunidade Europeia da Energia Atômica (EURATOM) e a Comunidade Econômica Europeia (CEE). O Ato Único Europeu (SEA) em 1986, revisa o Tratado de Roma, visando à criação de um mercado único até 1992. Em 7 de fevereiro de 1992, foi criada a União Europeia pelo Tratado de Maastricht. O Tratado de Maastricht também altera a denominação de Comunidade Econômica Europeia (CEE), para Comunidade Europeia (CE). O Tratado de Amsterdã em 1997, altera as disposições dos Tratados de Maastricht e o Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (que terminou em 2002), tratando de temas como segurança e imigração, e estabelecendo novos princípios e responsabilidades no domínio da política externa e de segurança. O Tratado de Nice foi assinado em 2001, alterando o Tratado de Maastricht e o Tratado de Roma, e reformando as estruturas institucionais da União Europeia, proporcionando novas regras de cooperação mais estreita, e provisões para fazer face às consequências financeiras do fim da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA). Finalmente, em 13 de dezembro de 2007, foi assinado o Tratado de Lisboa (que entrou em vigor em 01 de dezembro de 2009), que altera o Tratado de Maastricht e o Tratado de Roma, visando à consolidação da personalidade jurídica da União Europeia. CRAIG, Paul; BÚRCA, Gráinne de. **Eu law: text, cases and materials**. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 1-28.

⁸³⁶ A soberania compartilhada na União Europeia, significa que os Estados-membros delegam parcela de seu poder soberano para instituições criadas pelos próprios Estados. CRAIG; op. cit., 266-315.

⁸³⁷ RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento. Responsabilidad de los Tribunales Nacionales y Derecho Comunitario. La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario en vía judicial, a partir de la sentencia Köbler (C-224/01) del Tribunal de Justicia. **Revista del Poder Judicial**, n. 70, 2004.

⁸³⁸ RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento. Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar, **Cuadernos de Derecho Local**, n. 3, 2003.

⁸³⁹ RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento. O sistema normativo da União Europeia e sua incorporação às ordens jurídicas dos Estados-membros. In: AMBOS, Kai; PEREIRA, Ana Cristina Paulo (Orgs.). **Mercosul e União Europeia: perspectivas da integração regional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 53-90.

⁸⁴⁰ A Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), foi criada em 1959, e é o órgão com competência para o julgamento dos casos que envolvem violação à Convenção Europeia de Direitos Humanos (ConEDH). CRAIG, Paul. EU Accession to the ECHR: Competence, Procedure and Substance. **Fordham International Law Journal**, v. 36, 2013, p. 1115-1150.

⁸⁴¹ A Convenção Europeia de Direitos Humanos foi criada em 1950, através do Tratado de Roma. RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 165-204.

CEDH, como se observa no julgamento da *House of Lords* em *R. (Ullah) v. Special Adjudicator* de 2004^{842,843}.

É o que se percebe também em Portugal, no Acórdão 533/1999 do Tribunal Constitucional, ao estabelecer que a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, contribui diretamente para determinar a conformação jurídica dos direitos fundamentais previstos na Constituição portuguesa^{844,845}, e, da mesma forma, na *Cour de Cassation* belga, no caso *Le Ski* de 1971, ao afirmar que o direito comunitário cria, diretamente, direitos individuais, que devem ser protegidos pelas cortes domésticas, confirma a primazia do direito comunitário sobre a legislação belga⁸⁴⁶.

Ademais, no sistema europeu, também desempenha um papel central na tutela de direitos, a adjudicação de direitos fundamentais pelo Tribunal de Justiça da União Europeia

⁸⁴² Em *R. (Ullah) v. Special Adjudicator*, a *House of Lords* entendeu-se que é dever dos tribunais nacionais acompanhar a jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo, ao afirmar que “*should not without strong reason dilute or weaken the effect of the Strasbourg case law*”, uma vez que a adoção de interpretações contrárias por tribunais nacionais podem colocar o Reino Unido em violação das suas obrigações convencionais, e, portanto, “*we have to give due weight, and in most cases obviously we would follow them, but not I think necessarily.*” Caso *R. (Ullah) v. Special Adjudicator*. Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldjudgmt/jd040617/ullah-1.htm>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁸⁴³ Contudo, em algumas situações, as cortes do Reino Unido têm se negado a aplicar a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, como, por exemplo, em *Horncastle R. v. Horncastle*, julgado pela Suprema Corte em 2009, que se recusou a seguir a jurisprudência da CEDH em *Al-Khawaja v. The United Kingdom* de 2009, sobre a proibição do uso de rumores (*hearsay vidence*), como evidência processual, uma vez que incompatível com o direito a um julgamento justo. CRAIG, Paul. *Constitutionalizing Constitutional Law: HS2*, [2014] *Public Law* 373, **Oxford Legal Studies Research Paper**, n. 45, 2014.

⁸⁴⁴ Acórdão 533/1999. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19990533.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁸⁴⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 140.

⁸⁴⁶ PEETERS, Patrick. The Belgian constitutional review procedure under European scrutiny. **European Public Law**, v. 18, 2012, p. 411-422.

(TJUE)^{847,848}, a partir da leitura da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia^{849,850}, e, assim, atualmente, a proteção dos direitos fundamentais na Europa, é realizada tanto pelo TJUE como pelo CEDH, oferecendo oportunidades únicas de uma maior cooperação judicial, interação e enriquecimento mútuo, entre o TJUE e a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH)⁸⁵¹.

De toda sorte, essa mesma lógica é replicada no sistema africano, em que a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981, cria a Comissão Africana de Direitos

⁸⁴⁷ Inclusive, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), aplica o princípio da aplicação preferente (*anwendungsvorrang*) pelo juiz local, visto que o juiz nacional deve garantir a plena eficácia das disposições de direito comunitário, desaplicando qualquer disposição contrastante da legislação nacional, mesmo que posterior, exigindo, assim, a não aplicação da norma jurídica nacional, e a aplicação da norma comunitária colidente na solução de um caso pelo juiz, conforme se observa, inclusive, do julgamento do caso *Van Gend en Loos* pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Caso *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-26/62>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁸⁴⁸ O Tribunal de Justiça da União Europeia, ao julgar o caso *Marleasing SA v. La Comercial Internacionale de Alimentacion AS (Case 106/1989)* de 1990, entendeu que haveria um dever de todas as cortes nacionais europeias de interpretar, quando possível, o direito doméstico com base no direito comunitário, mesmo que este ainda não esteja incorporado. Caso *Marleasing SA v. La Comercial Internacionale de Alimentacion AS*. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&td=ALL&jur=C,T,F&num=106/89>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁸⁴⁹ A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, é um documento que contém disposições sobre os Direitos Humanos, “proclamada solenemente” pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho da União Europeia e pela Comissão Europeia, em 7 de dezembro de 2000. Uma versão adaptada da Carta foi proclamada em 12 de dezembro de 2007, em Estrasburgo, com a assinatura do Tratado de Lisboa, que faz com que a Carta se torne juridicamente vinculante em todos os países da UE, exceto na Polónia e no Reino Unido. A atualização da Carta, foi assinada pelo presidente do Parlamento Europeu Hans-Gert Pöttering, pelo presidente da Comissão Europeia José Manuel Durão Barroso e pelo ex-primeiro-ministro Português José Sócrates, à época presidente do Conselho da União Europeia. STORGAARD, Louise Halleskov. EU Law Autonomy versus European Fundamental Rights Protection—On Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR. **Human Rights Law Review**, v. 15, n. 3, 2015, p. 485-521.

⁸⁵⁰ Conforme destaca Louise Halleskov Storgaard, especialmente por conta do Parecer 02/2013 do TJUE — elaborado na sequência da entrada em vigor do Tratado de Lisboa em 1º de dezembro de 2009 — a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia é elevada ao *status* de direito primário da UE. Esta questão suscitou diversas preocupações sobre a eficácia e coerência da proteção dos direitos fundamentais na Europa, sob a perspectiva da UE, caso já tivesse aderido à Convenção Europeia de Direitos Humanos (ConEDH). STORGAARD, loc. cit.

⁸⁵¹ Por outro lado, especialmente diante das novas competências outorgadas ao Tribunal de Luxemburgo pelo Tratado de Lisboa, há um aumento de tensão entre o TJUE e a CEDH, com competências que diretamente se rivalizam e se sobrepõem. De toda sorte, já no Parecer 01/2000, relativo ao espaço comum de aviação europeu, o TJUE identificou que conceder à CEDH a competência para fiscalizar e interpretar a legislação da UE, teria um forte impacto sobre a sua própria autoridade jurisdicional. Ademais, tal posição interferiria na lógica jurisprudencial que o TJUE adotou no caso *Stefano Melloni v. Ministerio Fiscal (Case 399/2011)*, em que o TJUE, entre outras questões, entendeu que não caberia à CEDH julgar questões afetas ao âmbito de aplicação de direito material da EU, para os fins, em particular, de determinar se um Estado-membro tem o dever de respeitar os direitos fundamentais da UE. STORGAARD, loc. cit.

Humanos e dos Povos⁸⁵², com competências promocionais⁸⁵³ e protetivas na área dos Direitos Humanos e dos povos, especialmente por meio da análise de petições individuais de vítimas de violação de Direitos Humanos⁸⁵⁴, bem como demandas interestatais^{855,856}.

Da mesma forma, o Protocolo de 1998, elaborado em Ouagadougou (Burkina Fasso), à Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos⁸⁵⁷, cria a Corte Africana dos Direitos do Homem e dos Povos⁸⁵⁸, com jurisdição contenciosa⁸⁵⁹ — envolvendo a interpretação e

⁸⁵² A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981 (Carta de Banjul), criou a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, composta por onze membros escolhidos entre personalidades africanas (nacionais dos Estados contratantes), que gozem da mais alta consideração, integridade e imparcialidade, e que possuam conhecimento em matéria dos Direitos Humanos e dos povos. A escolha é feita pelos governos, em votação secreta pela Conferência dos Chefes de Estado e de Governo (partes na Carta), a partir de uma lista de pessoas apresentadas pelos Estados-parte (cada Estado por apresentar até dois nomes). A Comissão não pode ter mais de um membro nacional por Estado, e os seus membros possuem um mandato de seis anos, renovável, tendo sua sede em Banjul, Gâmbia. RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 277-278.

⁸⁵³ A promoção dos Direitos Humanos e dos povos, é feita, em especial, por meio de estudos e pesquisas sobre problemas africanos no tema dos Direitos Humanos, capacitando os órgãos nacionais. Também incumbe à Comissão, elaborar, princípios e regras referentes ao gozo dos Direitos Humanos e dos povos, para subsidiar a adoção de textos normativos pelos Estados africanos. Cabe ainda à Comissão, dar pareceres ou fazer recomendações aos governos sobre a promoção de Direitos Humanos, e cooperar com as outras instituições africanas ou internacionais especializadas na temática. Além disso, a Comissão pode elaborar opiniões interpretativas sobre disposição da Carta, quando provocada por um Estado-parte, instituição da Organização da Unidade Africana (hoje União Africana) ou de uma organização africana reconhecida. RAMOS, loc. cit.

⁸⁵⁴ As demandas individuais, devem conter a identidade do seu autor (que pode solicitar à Comissão sigilo), sendo aceitas comunicações de organizações não governamentais, bem como, indicar os fatos e os meios de prova. A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, menciona que a petição deve ser apresentada em prazo razoável, a partir do esgotamento dos recursos internos e não ter sido resolvido por outro órgão internacional. Ao final, após instrução e tentativa de solução amistosa, a Comissão elabora recomendação, cujo conteúdo atinge a reparação do direito envolvido, e encaminha ao Estado envolvido e à Conferência dos Chefes de Estado e de Governo. É possível, ainda, que as petições individuais retratem a existência de um quadro de violações graves ou maciças dos Direitos Humanos e dos povos, devendo a Comissão provocar a Conferência dos Chefes de Estado e de Governo para que interfira. RAMOS, loc. cit.

⁸⁵⁵ As demandas interestatais, são iniciadas por provocação de um Estado-parte, que alega que outro Estado-parte violou disposições da Carta. Há uma negociação bilateral ou por qualquer outro processo pacífico que, se não resultar no fim do litígio, autoriza que qualquer desses Estados tenham o direito de submeter a referida questão à Comissão. A Comissão realiza, então, a instrução do caso, e depois de fracassada uma solução amistosa, elabora seu relatório sobre a pretensa violação de Direitos Humanos, contendo as recomendações cabíveis. Esse relatório é enviado aos Estados envolvidos, e comunicado à Conferência dos Chefes de Estado e de Governo. RAMOS, op. cit., p. 277-279.

⁸⁵⁶ Por fim, cabe à Comissão analisar relatórios estatais bianuais (artigo 62 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos), sobre a situação de direitos protegidos. RAMOS, op. cit., p. 278.

⁸⁵⁷ O Protocolo de 1998, elaborado em Ouagadougou (Burkina Fasso), à Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, só entrou em vigor em 2004, após a 15ª ratificação. Atualmente, 27 dos 54 Estados africanos ratificaram o Protocolo. RAMOS, op. cit., p. 279.

⁸⁵⁸ A Corte é composta por 11 juízes, nacionais dos Estados da União Africana, que são eleitos por votação secreta pela Assembleia da União Africana, entre juristas de notória reputação moral, experiência reconhecida na área jurídica e, em especial, no tema dos Direitos Humanos e dos povos. Cada Estado pode indicar até três nomes, sendo que, no caso de preferir indicar a lista tríplice, esta será composta por no máximo dois nomes de sua nacionalidade. O mandato é de seis anos, renovável apenas uma vez. A sede da Corte, instalada em 2007, é em Arusha (Tanzânia), que sedia também o Tribunal Penal Internacional para Ruanda. A Corte trabalha em 4 sessões ordinárias ao ano, podendo ser convocada extraordinariamente. RAMOS, op. cit., p. 279-280.

⁸⁵⁹ Podem propor ações perante a Corte, a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, o Estado-parte que acionou a Comissão ou foi demandado perante a Comissão, o Estado da nacionalidade da vítima de violação de Direitos Humanos, uma Organização internacional intergovernamental africana e, a depender do critério da Corte e da adesão facultativa dos Estados-parte, o indivíduo ou organização não governamental. Esse último caso

aplicação da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, bem como os demais instrumentos de Direitos Humanos ratificados pelos Estados⁸⁶⁰ —, e, consultiva — referente a qualquer matéria jurídica da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, ou, ainda, outro relevante instrumento de Direitos Humanos aplicável aos Estados-membros^{861,862}, o que vem se mostrando determinante para evolução do sistema protetivo de Direitos Humanos no continente africano.

De toda sorte, a jurisdição de direitos humanos também é desenvolvida por outras cortes supranacionais ao redor do globo, como, por exemplo, pelo Tribunal de Justiça do Caribe⁸⁶³, pelo Tribunal de Justiça do Leste Africano⁸⁶⁴, pelo Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, e, pelo Mercado Comum da África Oriental e Austral (COMESA)⁸⁶⁵, ao interpretar o Direito Internacional e comunitário, especialmente em questões de Direitos Humanos.

criou uma legitimidade ativa condicionada do indivíduo. Até o ano de 2014, somente 7 Estados reconheceram a possibilidade da Corte conhecer demandas individuais. RAMOS, op. cit., p. 281-282.

⁸⁶⁰ Há requisitos de admissibilidade, como, o prévio esgotamento dos recursos internos, a interposição da demanda em prazo razoável, a inexistência de coisa julgada internacional, e a exigência de que a demanda seja trazida por escrito e que aponte os fatos e provas em linguagem não ofensiva. As decisões da Corte Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, possuem força vinculante. RAMOS, op. cit., p. 282.

⁸⁶¹ A Corte Africana dos Direitos do Homem e dos Povos possui o poder de emitir opiniões consultivas a pedido de um Estado-membro da União Africana, ou de seus órgãos ou ainda a pedido de qualquer organização intergovernamental africana reconhecida pela União Africana. O pedido de opinião consultiva não pode recair em matéria sob apreciação da Comissão (que, obviamente, pode redundar em uma ação perante o mecanismo contencioso). RAMOS, op. cit., p. 283.

⁸⁶² A União Africana decidiu em 2006, pela fusão entre o Tribunal de Justiça da União Africana — mencionado no ato constitutivo da União Africana e prevista pelo Protocolo de Maputo de 2003 — e a Corte Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, formando a Corte Africana de Justiça e Direitos Humanos. O Protocolo de criação da Corte Africana de Justiça e Direitos Humanos foi elaborado em 2008, na Assembleia da União Africana Sharm El-Sheikh (Egito). Estão previstas duas Seções, uma para matéria de Direitos Humanos, e outra para assuntos em geral. A nova Corte conterà, ao todo, 16 juízes, mantendo sua sede em Arusha (Tanzânia). O direito de ação do indivíduo, continua a depender de uma declaração específica do Estado (artigo 8º do Protocolo). Atualmente, apenas 4 países ratificaram o Protocolo, bem longe do número mínimo de 15 ratificações para sua entrada em vigor. RAMOS, op. cit., p. 283-284.

⁸⁶³ O Tribunal de Justiça do Caribe (TJC), é a instituição judicial da Comunidade do Caribe (CARICOM), fundada em 2001, e baseada em Port of Spain, em Trinidad e Tobago. O Tribunal de Justiça do Caribe, tem competência para interpretar e aplicar o Tratado Revisto de Chaguaramas, que instituiu a Comunidade do Caribe. TROTMAN-JOSEPH, Avril Anande. Constitutional Review in the Caribbean. **European Journal of Law Reform**, v. 12, n. 1-2, 2010, p. 134-144.

⁸⁶⁴ O Tribunal de Justiça do Leste Africano (EACJ), é o órgão judicial com competência para interpretar e aplicar o Tratado da Comunidade do Leste Africano de 1999. O EACJ, é composto por juízes nomeados pela Cúpula da Comunidade do Leste Africano, dentre pessoas de integridade, imparcialidade e independência comprovada, e que reúnam as condições exigidas em seus próprios países para altas funções jurisdicionais, ou que sejam juristas de reconhecida competência. As decisões do Tribunal sobre a interpretação e aplicação do Tratado, têm precedência sobre as decisões dos tribunais nacionais sobre um assunto similar. Um exemplo recente de tal competência, foi a decisão tomada no caso *Prof. Peter Anyang' Nyong'o and Others v. Attorney General of Kenya and Others*, que entendeu que as regras eleitorais do Quênia violavam o Tratado que instituiu a Comunidade do Leste Africano. GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why do Countries adopt Constitutional Review? **Journal of Law, Economics & Organization**, n. 30, 2014.

⁸⁶⁵ O Mercado Comum da África Oriental e Austral (COMESA), é uma organização de integração econômica entre países da África, que tem como objetivo promover a prosperidade econômica dos Estados-membros, através do estabelecimento de uma área de livre comércio. O tratado que fundou o COMESA, foi assinado a 5 de novembro

Portanto, com a evolução e multiplicação das relações entre Estados, passando a reconhecer um volume maior de obrigações mútuas, as obrigações em âmbito internacional, implicam na ampliação da jurisdição de Direitos Humanos, com a extensão da cognição e das decisões das cortes, para além dos interesses estatais, considerando também a posição do indivíduo, especialmente, na garantia e defesa da posição do Estado em relação aos Direitos Humanos.

3 OS LIMITES DA JURISDIÇÃO E O ESTADO-NAÇÃO SOBERANO

Freedom of thought is best promoted by the gradual illumination of men's minds which follows from the advance of science.
Charles Darwin.

de 1993, em Kampala, Uganda, e foi ratificado a 8 de dezembro de 1994, em Lilongwe, Malawi. Esta organização substituiu a *Preferential Trade Area*, que existia desde 1981. GINSBURG; VERSTEEG, loc. cit.

3.1 A construção do conceito de Estado-Nação soberano

Ao se fazer uma pequena abordagem analítica do desenvolvimento do conceito de Estado-Nação e da própria ideia de soberania⁸⁶⁶, observa-se com particular clareza que a construção do modelo de Westphalia, decorre de um processo evolutivo gradual que tem sua origem junto ao nascimento do Direito Internacional moderno^{867,868} e aos teólogos espanhóis dos séculos XV e XVI⁸⁶⁹.

Na verdade, o estudo do Direito Internacional contemporâneo não prescinde de uma investigação sobre a Escola Clássica Espanhola do Direito das Gentes⁸⁷⁰, visto que, alguns dos conceitos mais relevantes da temática, foram forjados no pensamento internacionalista espanhol do Século de Ouro⁸⁷¹, particularmente pelo fato de que, a expansão da Coroa espanhola para o além-mar, trouxe por consequência direta, diversos temas a serem estudados pelo *ius gentium*⁸⁷².

Nesse sentido, atribuem-se a Francisco de Vitória⁸⁷³, a Fernando Vazquez de Menchaca, a Francisco Suarez, a Balthazar de Ayala e a Gabriel Vasquez⁸⁷⁴, as primeiras formulações da soberania sob uma perspectiva externa⁸⁷⁵, ao oferecer um fundamento jurídico à conquista do Novo Mundo logo após seu descobrimento, cujas bases teóricas, podem ser plenamente

⁸⁶⁶ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 143-166.

⁸⁶⁷ EVANS, Malcolm D. **International law**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 3-90.

⁸⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 1-15.

⁸⁶⁹ CASTAÑÓN, Cesar G. F. Les Problemes coloniaux et les classiques espagnols du droit des gens. **Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye**, t. 86, 1954-II, p. 557-700.

⁸⁷⁰ BORGES DE MACEDO, Paulo Emílio. O mito de Francisco de Vitória: defensor dos índios ou patriota espanhol? **Revista de Direito Internacional**, v. 9, 2012, p. 1-13.

⁸⁷¹ SHAW, Malcolm N. **Direito internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 19.

⁸⁷² A noção de direito das gentes é trabalhada desde o século XVIII, para designar o conjunto de regras que regula as relações entre Estados soberanos. É Bentham quem o utiliza pela primeira vez, em sua introdução aos princípios de moral e legislação, publicado em 1789, para designar as regras utilizadas para regular a comunidade de Estados. CASTAÑÓN, loc. cit.

⁸⁷³ Pode-se afirmar que Francisco de Vitória é um autor extremamente avançado para o seu tempo, e, em muitos aspectos, mais moderno do que aqueles que lhe sucederam e que são considerados os outros pais-fundadores do Direito Internacional, tais como, Francisco Suarez, Alberico Gentili e Hugo Grotius. CASTAÑÓN, loc. cit.

⁸⁷⁴ CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hidelbrando. **Manual de direito internacional público**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 38-81.

⁸⁷⁵ A ideia da soberania estatal externa é identificada como um conjunto de direitos naturais dos povos que permite, de um lado, oferecer uma nova legitimação à conquista, e, de outro, fornecer o alicerce ideológico do caráter eurocêntrico do Direito Internacional, dos seus valores colonialistas e até mesmo das suas vocações belicistas. CASTAÑÓN, loc. cit.

identificáveis no pensamento dos antigos⁸⁷⁶ e do início da Idade Média^{877,878}, especialmente porque, até o final do século XVI, a principal matriz do direito das gentes⁸⁷⁹ era o direito natural⁸⁸⁰, tanto de origem romana⁸⁸¹, como teológica^{882,883}.

Contudo, pode-se afirmar que coube a Jean Bodin a formulação teórica clássica do conceito de soberania em sua obra *Les Six Livres de la République* de 1576⁸⁸⁴, definindo-a como

⁸⁷⁶ Assim, por exemplo, na Grécia antiga, Sócrates e Platão investigaram a questão da justiça, da sociedade e de seus fundamentos, e, da mesma forma, Aristóteles desenvolveu a teoria do direito natural acima do direito positivo de cada cidade, bem como o Império Romano, realizou o ideal estóico de *civitas maxima* ao unificar o gênero humano sob a égide da justiça e do direito. TUCK, Richard. **The Rights of War and Peace: political thought and the international order from Grotius to Kant**. New York: Oxford University Press, 1999, p. 1-108.

⁸⁷⁷ Antes do século XIII, já havia a tradição do direito canônico da guerra legítima, dos limites para a guerra etc. Ademais, nos concílios realizados em 1139, 1179 e 1215, um sem-número de bulas papais estabeleceram regras de observância universal. Da mesma forma, Raimundo de Peñaforte (1180-1275) compôs o *Summa Causuum*, destinado a explicitação da lei da Igreja para aqueles que deveriam lidar com as novas questões introduzidas pelos concílios, e a rubrica *De bello*, trazia, provavelmente, o mais antigo estudo de problemas de Direito Internacional. No capítulo da guerra, Peñaforte define cinco condições para a guerra justa: *persona* (não eclesiásticos), *res* (retomar coisa ou defender o país), *causa* (necessidade de manter a paz), *animus* (não por vingança, mas por amor, justiça e obediência) e *auctoritas* (com a autorização da Igreja e do príncipe). EHRLICH, Ludwik. The development of international law as a science. **Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye**, t. 105, 1962-I, p. 173-265.

⁸⁷⁸ No terceiro quartel do século XIII, a *Summa Theologiae* de São Tomás de Aquino trouxe a famosa questão 40, da segunda divisão, que trata da guerra, e é, em essência, o desenvolvimento das cinco condições formuladas por Peñaforte. São Tomás reuniu *res* e *causa* em uma única condição a que chamou *causa*. EHRLICH, loc. cit.

⁸⁷⁹ Pode-se dizer que, até o século XII, a principal influência ao direito das gentes era o direito natural fundado no *jus gentilicum* romano. No século XIII, começa a surgir a influência do direito natural de origem teológica, fortemente pautado nas ideias de São Tomás de Aquino. Assim, apesar do problema da autonomia do *jus gentium* não ter progredido face ao direito natural até o final do século XVI, o panorama vem a ser modificado, em especial, na Espanha no período do Século de Ouro. CASTAÑON, Cesar G. F. Les problemes coloniaux et les classiques espagnols du droit des gens. **Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye**, t. 86, 1954-II, p. 557-700.

⁸⁸⁰ A expansão colonial, e, mais especificamente, a revolução espacial na geografia do mundo, formam o conceito medieval *totus orbi*, de submissão de todos ao direito natural. CASTAÑON, loc. cit.

⁸⁸¹ Deve-se lembrar que é no direito romano que se encontra, pela primeira vez, a noção de direito das gentes, no sentido de direito que regra a vida dos estrangeiros, dos que não ostentam a condição jurídica de cidadãos de Roma. Na verdade, já em Ulpiano, observa-se a tripartição *jus civile*, *jus gentium* e *jus naturale*. Assim, o direito natural seria válido para todos os seres vivos, de forma que a escravidão seria conforme o direito das gentes, mas contrário ao direito natural. GUGGENHEIM, Paul. Contribution à l'histoire des sources du droit des gens. **Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye**, t. 94, p. 1-84, 1958-II.

⁸⁸² São Tomás modificou a relação entre o direito natural e o direito das gentes, estabelecendo uma ligação mais forte entre os dois, colocando o direito natural na posição de fundamento do direito das gentes. GUGGENHEIM, loc. cit.

⁸⁸³ Da mesma maneira, Alberico Gentili e Juan Luis de Molina, ao tratar das bases do Direito Internacional, especialmente sob o fundamento do direito à guerra, buscaram discutir a ideia da expansão da *respublica christiana* e de igualdade cristã, reforçando a filiação unitária divina transcendental, que, na tradição escolástica, absorve matrizes gregas, romanas e dos antigos cristãos. Assim, por exemplo, a obra principal de Alberico Gentili, *De Iuri Belli* de 1588, possui raízes na obra de Cícero, que, no que toca à questão do autointeresse, entendia que o homem poderia subordinar seu interesse ao da República. Da mesma forma, Juan Luis de Molina, cuja obra principal foi *De Instituta et Iure*, deriva de uma linhagem de dominicanos associados à Universidade de Salamanca. TUCK, Richard. **The Rights of War and Peace: political thought and the international order from Grotius to Kant**. New York: Oxford University Press, 1999. p. 1-108.

⁸⁸⁴ Segundo Canotilho “Quem quiser uma compreensão da (...) soberania, poder, unidade do Estado e lei não poderá ignorar o relevantíssimo papel de autores como Bodin e da sua obra *Les Six Livres de La République* (1576)”. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 51-60.

“o mais alto poder sobre os cidadãos e os súditos, livre da obediência às leis” (*como summa in eives ac subditos legibusque soluta potestas*), mas que “apesar de serem outorgadas pelo rei, vinculam também o próprio rei” (*etiam siferantur a rege, obligant ipsum regem*)^{885,886}.

Nesta concepção, o poder soberano, poderia ser visto como um poder absoluto e indivisível que, dentro de sua competência, não encontraria nenhum poder superior, exprimindo, assim, uma ideia de ausência de subordinação do poder estatal, da qual derivam as noções de supremacia interna e externa, essenciais à afirmação do Estado nacional, sujeito originário titular da soberania⁸⁸⁷.

Da mesma forma, também encontramos em Hugo Grotius^{888,889}, herdeiro das doutrinas internacionalistas dos séculos XV e XVI⁸⁹⁰, ao aprofundar a construção teórica de Estado-nação soberano, a ideia da vontade de associação estatal, visando à formação de uma sociedade

⁸⁸⁵ CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hidelbrando. **Manual de direito internacional público**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 79-81.

⁸⁸⁶ EVANS, Malcolm D. **International law**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 8-11.

⁸⁸⁷ O que afirma o caráter originário da soberania, é que o Estado não precisa recolher o fundamento das suas normas em outras normas jurídicas. Ademais, uma consequência importante dessa visão, é que o Estado passa a ser percebido como necessário para proteger os indivíduos contra ameaças externas e contra grupos e indivíduos que, internamente, não respeitem o império da lei. GUGGENHEIM, Paul. Les principes de droit international public. **Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye**. t. 80, 1952-I, p. 1-189.

⁸⁸⁸ Em *De Indis* (posteriormente denominado *De iure praedae*), Grotius enfrentou a captura por Jacob Van Heemskerck (um dos primos de Grotius) em 1602, de um navio Português que transportava cobre do Japão, seda e porcelana da China e bilhões do México e Peru. Esta obra foi de extrema importância para o futuro desenvolvimento de *Mare Liberum* e *De Iuri Belli ac Pacis*. Em *De Indis*, Grotius discute o direito a pena e o uso da força. Assim, o indivíduo em estado de natureza é moralmente igual ao Estado, e não haveria poder do Estado que o indivíduo não poderia possuir no estado de natureza. Logo, as Repúblicas seriam formadas pela união voluntária de indivíduos para formar a sociedade civil, com uma visão cooperativa. Hugo Grotius é herdeiro da ideia da vontade de associação entre Estados. Logo, o direito da sociedade internacional teria sua base na natureza sociável do homem, e no direito positivo produto da vontade dos membros da sociedade internacional. Ademais, em *De Indis*, Grotius criou a lei da inofensividade (não infligir dano ao amigo) e da abstinência (ninguém pode se aproveitar da posse de algo que está na posse de outro). Já em *Mare Liberum*, Grotius passa a entender que as pessoas apenas podem ter propriedade sobre o que podem consumir ou transformar (logo, o pescador pode preservar sua área de pesca, mas não pode se opor a que ninguém mais pesque em todo o mar). TUCK, Richard. **The Rights of War and Peace: political thought and the international order from Grotius to Kant**. New York: Oxford University Press, 1999, p. 1-108.

⁸⁸⁹ *De Iuri Belli ac Pacis*, exerceu grande influência à época, em função de sua defesa do conceito de sociedade internacional. Grotius sustentava que todo Estado estava sujeito ao Direito Natural sobre o qual, por sua vez, estava assentado o direito das nações. Para ele, o Direito Natural consistia em princípios morais gerais acessíveis a todo ser humano por meio da razão e do senso comum. Todas as pessoas eram portadoras dos mesmos direitos naturais que, basicamente, garantiam a vida, a propriedade e o direito à autodefesa. O direito das nações, por outro lado, é necessariamente baseado no Direito Natural, mas resulta, essencialmente, da vontade dos Estados em estabelecer regras de convivência baseadas no consenso. As leis da guerra e da paz deveriam, assim, refletir os postulados morais do Direito Natural. Daí deriva, por exemplo, a teoria da guerra justa de Grotius, que afirma que a guerra pode ser justa e legítima apenas quando um Estado é agredido ou ameaçado gravemente em sua sobrevivência. Guerras religiosas não poderiam ser justas, uma vez que seria reservada a cada Estado a escolha de sua própria religião. TUCK, loc. cit.

⁸⁹⁰ Segundo Ludwik Ehrlich, no século XIX começa a se entender que Grotius, para construir seu pensamento, se debruçou sobre o trabalho de diversos teóricos, como os teólogos espanhóis do século XVI. Vide EHRlich, Ludwik. The development of international law as a science. **Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye**, t. 105, 1962-I, p. 173-265.

universal ou *magna universitas*⁸⁹¹, que teria sua base no direito natural, fundado na razão e na natureza sociável do homem⁸⁹², e no direito positivo produto da vontade dos membros da sociedade internacional⁸⁹³.

Por conseguinte, haveria uma ordem mundial como *communitas orbis*, ou seja, como sociedade de *respublicae* ou de Estados soberanos, igualmente livres e independentes, sujeitos externamente a um mesmo direito das gentes⁸⁹⁴ e internamente pelas leis nacionais⁸⁹⁵, e, da mesma forma, as regras jurídicas na ordem internacional, seriam ligadas a um sistema correlacionado e interdependente reciprocamente⁸⁹⁶, expresso na máxima *ubi societas ibi ius*⁸⁹⁷.

Exatamente nesse sentido, que o Tratado de Westphalia de 1648, assinado no encerramento da Guerra dos Trinta Anos (Tratados de *Osnabrück* e *Münster*)⁸⁹⁸, veio a definir os princípios clássicos da concepção de Estado-Nação, através da delimitação do conceito de

⁸⁹¹ AGO, Roberto. **Scienza giuridica e diritto internazionale**. Milano: A. Giuffrè, 1950, p. 851-978.

⁸⁹² Esta ideia encontra algumas dificuldades teóricas na visão de alguns autores como Hobbes e Samuel Von Pufendorf, ao se entender que o homem no estado de natureza vive em constante guerra de todos contra todos (*bellum omnia omnes*). Assim, para Hobbes, haveria a necessidade de o homem renunciar ao seu direito inato em favor de um soberano com autoridade inquestionável (o Leviatã), e, daí, a base para surgimento do direito positivo. Logo, em face da visão de Hobbes, ou seja, em face da natureza belicosa do homem e da necessidade de autopreservação, as bases associativas do Direito Internacional não poderiam existir. Porém Hobbes admite um Direito Internacional de base natural que seria “descoberto” pelo Leviatã (o monarca ou a assembleia). Já em Samuel Von Pufendorf, a vontade do Estado é a soma das vontades individuais que o constituem, e tal associação, explica o Estado. Samuel Von Pufendorf é considerado um *jusnaturalista* puro, e, assim, a base associativa do direito natural não poderia ser admitida para justificar o Direito Internacional. Porém, Pufendorf defende a noção de que o Direito Internacional constitui um elo comum a todas as nações, que formam a humanidade. AGO, loc. cit.

⁸⁹³ A influência de Grotius pode ser percebida nas obras de Locke, Montesquieu e Rousseau, que, segundo Canotilho “transportam, nalguns casos, ‘modos de pensar’ antigos (...) só compreenderemos as suas propostas no contexto do saber e das ‘estratégias do saber’ das escolas jurídicas seiscentistas e setecentistas — jusnaturalismo, jusnacionalismo, individualismo e contratualismo — e dos seus respectivos mestres (...) Grócio, para o jusnaturalismo individualista”. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 51-60.

⁸⁹⁴ Coube à Hugo Grotius a primeira formulação do princípio de efetividade, que toma o direito das gentes como aquele cuja força obrigatória depende do consenso de todos ou da maior parte dos Estados. Assim, o Direito Internacional deriva do fato e da vontade e dos interesses dos sujeitos da comunidade internacional. TUCK, Richard. **The Rights of War and Peace: political thought and the international order from Grotius to Kant**. New York: Oxford University Press, 1999, p. 1-108.

⁸⁹⁵ GUGGENHEIM, Paul. Contribution à l’histoire des sources du droit des gens. **Recueil des Cours de L’Académie de Droit International de la Haye**, t. 94, 1958-II, p. 1-84.

⁸⁹⁶ GUGGENHEIM, Paul. Les principes de droit international public. **Recueil des Cours de L’Académie de Droit International de la Haye**. t. 80, 1952-I, p. 1-189.

⁸⁹⁷ AGO, Roberto. **Scienza giuridica e diritto internazionale**. Milano: A. Giuffrè, 1950, p. 851-978.

⁸⁹⁸ A utilização dos tratados como forma de celebrar a paz, estabelecer fronteiras e alianças, é observada em todos os tempos. Na Antiguidade, o fundamento da obrigatoriedade dos tratados se encontrava em desrespeitar os deuses dos povos contratantes. Já no direito romano, é a boa-fé o fundamento da obrigatoriedade do pacto, origem longínqua da máxima *pacta sunt servanda*. Na Idade Média, o sistema feudal implica no enfraquecimento do poder central, tal como conhecido por Roma, no entanto, os tratados eram negociados pelos soberanos e por seus embaixadores, que se ligavam pelo *jus gentium* e pelo *jure naturali*. GUGGENHEIM, Paul. Contribution à l’histoire des sources du droit des gens. **Recueil des Cours de L’Académie de Droit International de la Haye**, t. 94, 1958-II, p. 1-84.

soberania estatal, pela conformação das fronteiras nacionais, não intervenção, e autonomia de decisão e ação. Posteriormente, o Tratado de *Utrecht* (1713), finalizando as guerras de sucessão espanhola, representa a emergência do Estado moderno, com a consolidação destes conceitos-chave no plano internacional, e inaugurando uma série de congressos internacionais, tais como Viena em 1815, Paris em 1856, Berlim em 1878 e Versalhes em 1919⁸⁹⁹.

Portanto, pode-se afirmar que a soberania, em termos gerais, traduz-se, no plano internacional, na igualdade soberana dos Estados, que não reconhecem qualquer poder superior (*potestas absoluta superiorem non recognoscens*)⁹⁰⁰, e, nesse sentido, a consolidação dessa visão tradicional, pode ser observada, por exemplo, na posição jurisprudencial da Corte Permanente de Justiça Internacional no caso *Lotus (France v. Turkey)* de 1927^{901,902}, ao estabelecer que apenas vinculam os Estados as regras de Direito Internacional emanadas de

⁸⁹⁹ EVANS, Malcolm D. **International law**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 11-13.

⁹⁰⁰ Lembra-se ainda que, a noção de soberania como *potestas absoluta superiorem non recognoscens*, remonta ao nascimento dos grandes Estados nacionais europeus. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 51-60.

⁹⁰¹ Segundo a Corte Permanente de Justiça Internacional “*Now the first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that — failing the existence of a permissive rule to the contrary — it may not exercise its power in any form in the territory of another State (...) The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims. Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed. It does not, however, follow that international law prohibits a State from exercising jurisdiction in its own territory, in respect of any case which relates to acts which have taken place abroad, and in which it cannot rely on some permissive rule of international law*”. Caso *Lotus (France v. Turkey)*. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁹⁰² PELLET, Alain. Lotus que de sottises on profere en ton nom! Remarques sur le concept de souverainete dans la jurisprudence de la cour mondiale. In: **Melanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissechet**. Disponível em: <<http://www.alainpellet.eu/Documents/PELLET%20-%202007%20-%20Lotus.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

suas próprias vontades⁹⁰³ e os costumes internacionalmente aceitos^{904,905}, do que deriva a construção da ideia de que a validade do sistema normativo no plano internacional, passa a ter seu fundamento no aforismo *pacta sunt servanda*^{906,907}.

De toda sorte, este paradigma de Westphalia permaneceu ao longo dos séculos e se revela com especial clareza em diversos instrumentos internacionais, tal como se observa do

⁹⁰³ Ainda que inicialmente a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça enxergasse com cautela a distinção entre tratados e costume internacional, pode-se afirmar que hoje a Corte vem admitindo que tratados possam ser considerados normas de direito costumeiro, que vinculariam todos os Estados, como se observa do caso *Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya (case concerning the Continental Shelf)* de 1982, quanto à delimitação das plataformas continentais nos termos da Convenção do Direito do Mar, e, no caso *Nicaragua v. United States*, que estabeleceu que as regras de não uso da força vinculavam não só os membros das Nações Unidas, mas também terceiros Estados como direito costumeiro. TOMUSCHAT, Christian. Obligations arising for states without or against their will. **Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye**, t. 241, 1993-IV, p. 195-374.

⁹⁰⁴ Não existe uma definição precisa e consensual sobre o que seria o costume internacional, apesar da previsão no artigo 38, 3, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que considera o costume internacional fonte do Direito Internacional. Porém, podemos entender costume internacional como o processo informal, através do qual certas normas não escrita de Direito Internacional são formadas espontaneamente na comunidade internacional. Sua existência depende de um elemento objetivo — que é comportamento repetido de Estados (*diuturnitas*) — e um elemento subjetivo — que é a crença de que tal comportamento é obrigatório (*opinio iuris sive necessitatis*). Enquanto a *opinio iuris* é, por definição, uma opinião, uma convicção, uma crença, e, portanto, não depende da vontade dos Estados, a conduta dos Estados é sempre o produto de sua vontade. Essa necessidade da presença do *diuturnitas* e da *opinio iuris sive necessitatis*, pode-se extrair de diversos julgamentos internacionais, como no caso *Lotus (France v. Turkey)* de 1927, julgado pela Corte Permanente de Justiça Internacional, e, nos casos *North Sea Continental Shelf* de 1969 e *Nicaragua v. United States* de 1986, julgados pela Corte Internacional de Justiça (CIJ). KUNZ, Josef. La crise et les transformations du droit des gens. **Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye**, t. 88, 1955-II, p. 1-104.

⁹⁰⁵ Lembra-se de que a teoria da objeção persistente significa que se um Estado se manifestar abertamente e permanentemente contra uma regra emergente do direito costumeiro, não haveria a vinculação a este Estado. A teoria da objeção persistente já foi admitida pela CIJ em três oportunidades, e é prevista na terceira edição do *Restatement of the Law- The Foreign Relations Law of the United States*. WEIL, Prosper. Le droit international en quete de son identité: cours général de droit international public. **Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye**, t. 237, 1992-VI, p. 9-370.

⁹⁰⁶ Na verdade, seria o costume, regra precedente, que gera a norma positiva *pacta sunt servanda*, que, por sua vez, é o fundamento de validade do sistema internacional. KELSEN, Hans. Théorie du droit international public. **Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye**, t. 84, 1953-III, p. 1-203.

⁹⁰⁷ O artigo 26 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT) trata especificamente do princípio do *pacta sunt servanda* dispondo que “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé”. Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 6 jun. 2015.

Pacto da Sociedade das Nações de 1919^{908,909} e da Carta da ONU de 1945^{910,911} — fruto das barbáries da 2ª Guerra Mundial — que também se alinham a este modelo.

Além disso, no âmbito das Américas, a Carta da Organização dos Estados Americanos^{912,913} também reconhece o princípio da não intervenção e o direito de cada Estado escolher seu sistema político, econômico e social sem qualquer interferência externa⁹¹⁴.

⁹⁰⁸ A Sociedade das Nações, também conhecida como Liga das Nações, foi estabelecida após o encerramento da Primeira Guerra Mundial, pelo Tratado de Versalhes de 28 de abril de 1919, com o objetivo de promover a paz em nível global. O surgimento da Segunda Grande-Guerra Mundial, levou ao seu fim com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU). MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 589-590.

⁹⁰⁹ O Pacto da Sociedade das Nações dispõe que “artigo 10. Os Membros da Sociedade comprometem-se a respeitar e manter contra toda agressão externa a integridade territorial e a independência política presente de todos os Membros da Sociedade. Em caso de agressão, ameaça ou perigo de agressão, o Conselho resolverá os meios de assegurar a execução desta obrigação. (...) Artigo 22. Os princípios seguintes aplicam-se às colônias e territórios que, em consequência da guerra, cessaram de estar sob a soberania dos Estados que precedentemente os governavam e são habitados por povos ainda incapazes de se dirigirem por si próprios nas condições particularmente difíceis do mundo moderno. O bem-estar e o desenvolvimento desses povos formam uma missão sagrada de civilização, e convém incorporar no presente Pacto garantias para o cumprimento dessa missão”. Pacto da Sociedade das Nações. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-Internacionais-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-1919-a-1945/pacto-da-sociedade-das-nacoes-1919.html>>. Acesso em: 8 jul. 2015.

⁹¹⁰ A Organização das Nações Unidas (ONU) foi criada em 1945 após a Conferência de São Francisco, com o objetivo de manter a paz e promover a cooperação internacional, na solução dos problemas econômicos, sociais e humanitários. A ONU entrou oficialmente em existência em 24 de outubro de 1945, após a ratificação da Carta pelos cinco membros permanentes do Conselho de Segurança (França, República da China, antiga União Soviética, Reino Unido e os Estados Unidos) e pela maioria dos outros países signatários. EVANS, Malcolm D. **International law**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 19-23.

⁹¹¹ A Carta da ONU dispõe que “Artigo 2. A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios: 1. A Organização é baseada no princípio da igualdade de todos os seus Membros. (...) 7. Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os Membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capítulo VII. (...) Artigo 78. O sistema de tutela não será aplicado a territórios que se tenham tornado Membros das Nações Unidas, cujas relações mútuas deverão basear-se no respeito ao princípio da igualdade soberana”. Carta da ONU. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 8 jul. 2015.

⁹¹² A origem da Organização dos Estados Americanos (OEA), remonta ao ano de 1826 no Congresso do Panamá, quando Simon Bolívar propôs a criação de uma liga de repúblicas americanas. Assim, em 1889/1890, na Primeira Conferência Internacional dos Estados Americanos, em Washington, a União Internacional das Repúblicas Americanas foi fundada. Posteriormente, na Quarta Conferência Internacional dos Estados Americanos, ocorrida em Buenos Aires em 1910, o nome da organização foi alterado para a União das Repúblicas Americanas. Mais tarde, a experiência da Segunda Guerra Mundial, convenceu os Estados a adotar um sistema de segurança coletivo no Tratado Interamericano de Assistência Recíproca (TIAR), assinado em 1947, no Rio de Janeiro. Finalmente, em março e maio de 1948, na Nona Conferência Internacional dos Estados Americanos, realizada em Bogotá, foi criada a Organização dos Estados Americanos (OEA). RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 257-299.

⁹¹³ OAS Charter. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/treaties_A-41_Charter_of_the_Organization_of_American_States.htm>. Acesso em: 12 ago. 2015.

⁹¹⁴ Ademais, a Resolução CJI/RES.I-3/95 afirma que: “O princípio da não intervenção e o direito de cada Estado no Sistema Interamericano de eleger seu sistema político, econômico e social sem uma intervenção externa e de organizar-se de maneira mais conveniente não pode incluir qualquer violação da obrigação de exercer efetivamente a democracia representativa no referido sistema e organização”. Resolução CJI/RES.I-3/95. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/XXXVIII_Curso_de_Derecho_Internacional_info_general_material.htm>. Acesso em: 8 jul. 2015.

O mesmo quadro pode ser observado em diversos instrumentos normativos locais, como, por exemplo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que declara a Soberania como fundamento da República Federativa do Brasil⁹¹⁵, afirmando a independência nacional, a autodeterminação dos povos, a não intervenção e a igualdade entre os Estados como princípios da República nas suas relações internacionais, espelhando domesticamente conceitos estabelecidos pela sociedade internacional sobre o princípio da soberania estatal⁹¹⁶.

Da mesma forma, a jurisprudência internacional também aponta a importância do conceito de Estado-Nação soberano, como se percebe, exemplificativamente, por inúmeras decisões tomadas pela Corte Permanente de Arbitragem⁹¹⁷, considerada a mais antiga instituição de resolução de disputas internacionais entre Estados e organizações intergovernamentais, ao tratar da questão dos limites territoriais, como nos casos *United States of America v. The Netherlands (The Island of Palmas)* de 1928⁹¹⁸, *Eritrea and Yemen*

⁹¹⁵ Todas as Constituições brasileiras anteriores, sem exceção, desde 1824, trataram da ideia do Estado-Nação sob alguma perspectiva, seja cuidando da independência territorial, seja da não intervenção, seja ainda da autonomia de decisão e ação. Porém, apenas a Carta de 1988 declara a Soberania como fundamento da República Federativa do Brasil. MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 322-325.

⁹¹⁶ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 5 mar. 2016.

⁹¹⁷ A Corte Permanente de Arbitragem não é uma corte, no sentido estrito do termo, mas uma organização administrativa com o objetivo de servir como registro para fins de arbitragem internacional e para outros procedimentos relacionados. SANTOS, Bernardo; BARROSO, Gabriel. A Corte Internacional de Justiça. In: OLIVEIRA, Bárbara da Costa Pinto et al (coord). **Manual de direito processual internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 49-55.

⁹¹⁸ *The Island of Palmas Case*, é considerado um precedente histórico para a arbitragem internacional na resolução de conflitos territoriais insulares entre Nações soberanas. No caso, a Corte Permanente de Arbitragem analisou a disputa territorial entre Holanda e Estados Unidos, sobre a ilha de Palmas — que pertenceria ao Reino da Espanha, mas teria sido posteriormente transferida aos norte-americanos pelo Tratado de Paris de 1898. A CPA, decidiu que a ilha de Palmas pertencia à Holanda, tendo em vista que a *Dutch East India Company*, já havia firmado tratado de negociação no século XVII, com a princesa da ilha de Palmas, que exercia soberania sobre esse território insular, e, portanto, não se tratava de *terra nullius* que o Reino da Espanha pudesse inovar no direito de descoberta, para assegurar a validade da cessão que fez aos Estados Unidos. Segundo a Corte “*It seems therefore natural that an element which is essential for the constitution of sovereignty should not be lacking in its continuation (...) that the continuous and peaceful display of territorial sovereignty (peaceful in relation to other States) is as good as a title. Just as before the rise of international law, boundaries of lands were necessarily determined by the fact that the power of a State was exercised within them, so too, under the reign of international law, the fact of peaceful and continuous display is still one of the most important considerations in establishing boundaries between States. International law in the 19th century, having regard to the fact that most parts of the globe were under the sovereignty of States members of the community of nations, and that territories without a master had become relatively few, took account of a tendency already existing and especially developed since the middle of the 18th century, and laid down the principle that occupation, to constitute a claim to territorial sovereignty, must be effective, that is, offer certain guarantees to other States and their nationals. It seems therefore incompatible with this rule of positive law that there should be regions which are neither under the effective sovereignty of a State, nor without a master, but which are reserved for the exclusive influence of one State, in virtue solely of a title of acquisition which is no longer recognized by existing law, even if such a title ever conferred (...) The title of discovery, if it had not been already disposed of by the Treaties of Münster and Utrecht would, under the most favourable and most extensive interpretation, exist only as an inchoate title, as a claim to establish sovereignty by effective occupation. An inchoate title however cannot prevail over a definite title founded on continuous and peaceful display of sovereignty. The Netherlands title of sovereignty, acquired by continuous and peaceful display*

(*Territorial Sovereignty*) de 1998⁹¹⁹ e 1999⁹²⁰, e, *Netherlands v. Portugal (Boundaries in the Island of Timor)* de 1914⁹²¹.

Também é a partir deste ponto, que se inicia a discussão acerca do princípio da soberania permanente dos Estados sobre os recursos naturais de seu território⁹²² — em verdade de um dos aspectos da soberania estatal, visto que esta deve ser compreendida como um “feixe de competências” derivadas e limitadas pelo Direito Internacional, que são exercidas pelo Estado

of State authority during a long period of time going probably back beyond the year 1700, therefore holds good”. Caso *United States of America v. The Netherlands (The Island of Palmas)*. Disponível em: <<https://pcacases.com/web/sendAttach/714>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁹¹⁹ No caso *Eritrea and Yemen (Territorial Sovereignty)* de 1998 a Corte Permanente de Arbitragem analisou a disputa territorial entre o Estado da Eritreia e do Yemen, pelas ilhas do arquipélago de Zukur-Hanish, sobretudo da Island of Greater Hanish. Segundo a Corte Permanente de Arbitragem “*Eritrea replied, in the Tribunal's view rightly, that article 2.2 of the Arbitration Agreement requires the Tribunal to ‘decide territorial sovereignty in accordance with the principles, rules and practices of international law applicable to the matter, on the basis, in particular, or historic titles’. That formula must include any principles, rules or practices of international law that are found to be applicable to these matters of sovereignty, even if those principles, rules or practices are part of maritime law. Certainly the Tribunal is not in this first stage to delimit any maritime boundaries or to prefigure any such delimitation. But that is an entirely different matter from applying all international law that may relevant for the purpose of determining sovereignty, which is the province of this first stage. In general, the Tribunal is unable to accept the proposition that the international law governing land territory and the international law governing maritime boundaries are not only different but also discrete, and bear no juridical relevance to each other (...) The Tribunal is required only to make ‘an award on territorial sovereignty’ and ‘to decide the sovereignty’*”. Caso *Eritrea and Yemen (Territorial Sovereignty)* de 1998. *Award of the Arbitral Tribunal in the first stage of the proceedings between Eritrea and Yemen -Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute*. Disponível em: <<https://pcacases.com/web/view/81>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁹²⁰ O caso *Eritrea and Yemen (Territorial Sovereignty)* de 1999 corresponde ao segundo laudo arbitral da Corte Permanente de Arbitragem com relação a disputa travada entre o Estado da Eritreia e do Yemen, pelas ilhas do arquipélago de Zukur-Hanish. Nesta decisão, a Corte concluiu que, mesmo não tendo assinado e ratificado a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982, o Estado da Eritreia teria consentido com a aplicação da CNUDM, ao fazer ampla referência à Convenção de 1982 no Acordo de Arbitragem. Segundo a Corte Permanente de Arbitragem “*Yemen was also concerned that Eritrea's proposed joint resource zones were founded upon a supposition that the sovereignty awarded to Yemen in the First Stage was a sovereignty ‘only limited or conditional’*. (...) *All sovereignty is ‘limited’ by international law*”. Caso *Eritrea and Yemen (Territorial Sovereignty)* de 1999. *Award of the Arbitral Tribunal in the second stage of the proceedings between Eritrea and Yemen- Arbitration Pursuant to an Agreement to Arbitrate between the Government of the State of Eritrea and the Government of the Republic of Yemen*. Disponível em: <<https://pcacases.com/web/view/81>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁹²¹ No caso *Netherlands v. Portugal (Boundaries in the Island of Timor)* de 1914, a Corte Permanente de Arbitragem analisou a disputa entre Holanda e Portugal, referente à delimitação das fronteiras da *Island of Timor*, tendo em vista os tratados firmados em 1904, entre os dois países, que haviam previamente estabelecido as fronteiras desse território insular. Segundo a CPA, ao fixar os limites da fronteira da *Island of Timor* em favor da Holanda “*between the Netherlands and Portugal for the delimitation of their respective possessions in the Island of Timor (...) The arbitrator, shall decide, on the basis of the treaties and the general principles of international law, how, in conformity with article 3, number 10 of the Convention concluded at The Hague, October 1, 1904, concerning the delimitation of Dutch and Portuguese possessions in the Island of Timor, the boundary ought to be fixed from the Noël Bilomi as far as the source of the Noël Meto*”. Caso *Netherlands v. Portugal (Boundaries in the Island of Timor)*. Disponível em: <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XI/481-517.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁹²² RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Parecer sobre a oitava rodada de licitações da ANP. In: _____. **Novos rumos do direito do petróleo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 35-36.

no âmbito de seu território^{923,924} — como reconhecido pela Corte Permanente de Arbitragem no caso *Ireland v. The United Kingdom (OSPAR Arbitration)* de 2003⁹²⁵.

De fato, a gênese desse princípio está associada ao colonialismo, mais especificamente à exploração dos recursos naturais das colônias pelas metrópoles, e, desenvolve-se a partir da ascendência do nacionalismo econômico no âmbito dos Estados⁹²⁶, com a aceitação do princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais, pelo qual cada Estado é exclusivamente intitulado a se beneficiar de seus próprios recursos, e, também, a decidir como deverão ser aproveitados^{927,928}.

⁹²³ O território do Estado inclui não só a terra, mas também as águas interiores dentro da fronteira do Estado, sejam elas águas superficiais de rios (incluindo os estuários e lagos) ou águas subterrâneas. Pela Convenção da Organização das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM), o Mar Territorial, que é a faixa de águas costeiras que alcança 12 milhas náuticas a partir do litoral de um Estado, também é considerado parte do território soberano daquele Estado. Pela CNUDM, os Estados costeiros também têm sob seu controle a Zona Contígua, que é uma área de até 12 milhas náuticas, adicionalmente às 12 milhas do mar territorial, para o propósito de evitar ou reprimir as infrações às suas leis e regulamentos aduaneiros, fiscais, de imigração, sanitários ou de outra natureza. Da mesma forma, a CNUDM permite que o Estado costeiro mantenha uma Zona Econômica Exclusiva, que é uma faixa de água que começa no limite exterior do mar territorial de um Estado costeiro e termina a uma distância de 200 milhas náuticas do litoral, na qual o Estado costeiro dispõe de direitos especiais, mas apenas para fins de exploração e aproveitamento, conservação e gestão dos recursos naturais, pesquisa científica e para a proteção e preservação do meio ambiente marinho. Finalmente, o domínio dos Estados inclui também a competência exclusiva da atmosfera sobre o seu território e suas águas territoriais. Em âmbito interno, a Lei 8.617/93, que fornece a definição sobre o Mar Territorial, Zona Contígua e Zona Econômica Exclusiva do Brasil, espelha, domesticamente, a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM). Convenção da Organização das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4361.htm>. Acesso em: 5 mar. 2016.

⁹²⁴ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, v. II, p. 1039.

⁹²⁵ *Ireland v. The United Kingdom (OSPAR Arbitration)* de 2003, envolvia a alegação de contaminação da fauna e flora subaquática do Mar da Irlanda, por conta de atividades desenvolvidas pelo Reino Unido, em violação à soberania permanente dos Estados sobre os recursos naturais, e, da mesma forma, à *OSPAR Convention*. Caso *Ireland v. The United Kingdom (OSPAR Arbitration)*. Disponível em: <<http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=6155>>. Acesso em: 27 jul. 2015.

⁹²⁶ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do petróleo: as joint ventures** na indústria do petróleo. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 122.

⁹²⁷ BARRY, Brian. Humanity and justice in global perspective. In: POGGE, Thomas; MOELLENDORF, Darrel. **Global justice: seminal essays**. Saint Paul: Paragon House, 2008, p. 195.

⁹²⁸ Nesse sentido é a posição de Celso Mello expressada nos seguintes termos: “O colonialismo, consagrado no Direito Internacional clássico, sempre explorou de maneira intensa os territórios que dominava através de uma forma inicial de simples extrativismo (ouro), seja posteriormente através de matérias-primas retiradas desses mesmos territórios para alimentarem as indústrias em suas metrópoles. (...) Não se reconhecia a nenhum povo o direito de não ser colonizado, bem como de ficar à margem do comércio internacional. Por outro lado, o capitalismo europeu passou a impor o modo de produção capitalista e, em consequência, a noção de propriedade privada, bem como a noção de direito adquirido dos estrangeiros. Outros institutos foram se desenvolvendo por imposição das potências imperialistas, como a proteção diplomática do seu nacional ou ainda a obrigação de indenizar em caso de expropriação. Passou a existir uma verdadeira pilhagem dos recursos naturais das colônias, concluindo as grandes potências tratados com os chefes indígenas ou locais em que eram consagrados: a proteção ao livre comércio, a livre instalação de nacionais da metrópole e o direito de explorarem as riquezas naturais, sendo comum se estabelecer o monopólio da Metrópole nesta exploração. As concessões eram, muitas vezes, proibidas aos naturais e dadas aos colonizadores”. MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito internacional econômico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 10-11 e 49.

Foi nesse contexto que a Resolução da Assembleia Geral 1.803 (XVII), de 14 de dezembro de 1962 da Organização das Nações Unidas, tendo em conta a Resolução 1.314 (XIII) e a Resolução 1.515 (XV) também da Organização das Nações Unidas⁹²⁹, reconheceu o direito inalienável de todos os Estados a dispor de seus recursos naturais e riquezas, de acordo com seus interesses nacionais⁹³⁰, regra esta que deve ser entendida como direito costumeiro internacional e, portanto, de força obrigatória entre os Estados^{931,932}, conforme reconhecido, por exemplo, nos laudos arbitrais *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic* de 1977^{933,934} e *The Government of the State of Kuwait v. The American Independent Oil Company (Kuwait v. Aminoil)* de 1982⁹³⁵.

⁹²⁹ General Assembly resolution 1803 (XVII) of 14 December 1962, “Permanent sovereignty over natural resources”. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/law/resources.htm>>. Acesso em: 27 jul. 2015.

⁹³⁰ É importante ressaltar que a resolução 1314 (XIII) da Organização das Nações Unidas, criou a Comissão de Soberania Permanente sobre Recursos Naturais, e a encarregou de realizar um levantamento completo da situação da soberania permanente sobre as riquezas e recursos naturais, como um componente básico do direito à autodeterminação. Ainda, em 15 de dezembro de 1960, a Resolução 1515 (XV) da Organização das Nações Unidas, recomendou que o direito soberano de cada Estado de dispor sobre suas riquezas e seus recursos naturais deva ser respeitado. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Parecer sobre a oitava rodada de licitações da ANP. In: _____. **Novos rumos do direito do petróleo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 35-36.

⁹³¹ Em geral, as resoluções da ONU não vinculam os Estados-membros, porém, quando se referem a normas gerais do Direito Internacional, sua aceitação por uma maioria de votos constitui evidência da opinião dos governos no mais amplo foro para sua expressão. Assim, quando estruturadas na forma de princípios gerais, resoluções desse tipo fornecem a base para o progressivo desenvolvimento do direito e a rápida consolidação de normas costumeiras, sendo esse o caso da resolução relativa à soberania permanente sobre os recursos naturais. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito internacional dos investimentos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 139-140.

⁹³² Segundo Marilda Ribeiro, a Resolução 1803 da ONU seria uma resolução declaratória de um acordo entre Estados sobre o princípio da soberania permanente, de forma que não cria direitos, apenas reafirma aquele já existente no plano internacional. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 35-41.

⁹³³ Note-se que no caso *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, o árbitro reconheceu expressamente a soberania permanente sobre os recursos naturais como uma norma de Direito Internacional costumeiro. RIBEIRO, op. cit., p. 39-41 e 124-129.

⁹³⁴ *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic* envolvia a nacionalização de empresas de petróleo pelo governo da Libia, o que gerou prejuízo a empresas norte-americanas. Segundo a decisão tomada no caso “*The application of the principles of Libyan law does not have the effect of ruling out the application of the principles of international law, but quite the contrary: it simply requires us to combine the two in verifying the conformity of the first with the second (...) the right of a State to nationalize is unquestionable today. It results from international customary law, established as the result of general practices considered by the international community as being the law.(...)The recognition by international law of the right to nationalize is not sufficient ground to empower a State to disregard its commitments, because the same law also recognizes the power of a State to commit itself internationally, especially by accepting the inclusion of stabilization clauses in a contract entered into with a foreign private party*”. Caso *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*. Disponível em: <https://www.trans-lex.org/261700/_/texaco-overseas-petroleum-company-v-the-government-of-the-libyan-arab-republic-yca-1979-at-177-et-seq->. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁹³⁵ *The Government of the State of Kuwait v. The American Independent Oil Company (Kuwait v. Aminoil)* de 1982, envolvia a renegociação de valores do contrato de concessão sobre exploração de petróleo, firmado entre o governo do Kuwait e a empresa norte-americana Aminoil. Segundo a decisão tomada no caso “*The Tribunal considers that the determination of the amount of an award of ‘appropriate’ compensation is better carried out by means of an enquiry into all the circumstances relevant to the particular concrete case, than through abstract theoretical discussion. Moreover the Charter of the Economic Rights and Duties of States, even in its most disputed clause (Article 2, paragraph 2c) - and the one that occasioned reservations on the part of the industrialized States*

De toda sorte, após o processo de descolonização, o paradigma do Estado soberano amplia-se em escala global com a ascensão de novos Estados-Nação, e, paradoxalmente, neste mesmo período, os crescentes processos de interdependência econômica, política e cultural, passam a transformar a forma como se relacionam os atores da sociedade internacional, com o reposicionamento do princípio da soberania, que passa a ser repensado a partir de soberanias limitadas, repartidas e dependentes⁹³⁶.

Nesse sentido, o Estado nacional como sujeito soberano, acaba por entrar em crise, tanto pela transferência maciça para sedes supraestatais ou extraestatais de grande parte de suas funções, como pelo paradigma dos Direitos Humanos, como ainda pelos impulsos centrífugos e dos processos de desagregação interna, que tornam sempre mais difícil e precário o cumprimento da unificação nacional⁹³⁷.

Assim, a emergência da globalização e o surgimento de ordens jurídicas transnacionais autônomas e desterritorializadas, levam as ordens jurídicas tradicionais a se adaptarem ao novo sistema jurídico multicêntrico da sociedade mundial contemporânea, e, assim, diante desse ajustamento estatal, observamos a perda do *locus* privilegiado por parte das ordens jurídicas domésticas, que, por seu turno, passaram a ocupar posições de mera concorrência com outras ordens, na crescente demanda por soluções adequadamente complexas⁹³⁸.

Portanto, o conceito tradicional de soberania, baseado no modelo de Westphalia, na atual agenda internacional, vem sendo reposicionado, ancorado em um mundo desterritorializado e globalmente ordenado, em que o Estado-Nação e suas ideias basilares acabam por ser revistos, através de princípios de reconhecimento mútuo⁹³⁹, em uma rede internacional que coordena e delimita o domínio das ordens estatais domésticas⁹⁴⁰.

- recommended taking account of 'all circumstances' in order to determine the amount of compensation - which does not in any way exclude a substantial indemnity. For assessment of that equilibrium itself, and of the legitimate expectations to which it gives rise, it is above all the text of the contract that signifies, and it is of moment that this text should be precise and exhaustive". Caso *The Government of the State of Kuwait v. The American Independent Oil Company (Kuwait v. Aminoil)*. Disponível em: <[http://www.trans-lex.org/261900/_/ad-hoc-award-kuwait-v-the-american-independent-oil-company-\(aminoil\)-21-ilm-976/](http://www.trans-lex.org/261900/_/ad-hoc-award-kuwait-v-the-american-independent-oil-company-(aminoil)-21-ilm-976/)>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁹³⁶ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (Coord.). **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 466-476.

⁹³⁷ KOSKENNIEMI, Martti. Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law. **Report of the Study Group of the International Law Commission**. UN Doc. A/CN.4/L.682. 13 april 2006.

⁹³⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 251-293.

⁹³⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, v. 78, 2007, p. 3-46.

⁹⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 798-803.

3.2 A reconceptualização da ideia de Estado-Nação soberano

O Estado emergente da Paz de Westphalia de 1648 assente na ideia de unidade política soberana, principalmente a partir da segunda quadra do século XX, entra relativamente em crise, como resultado dos fenômenos da globalização, da internacionalização e da integração interestatal — que transporta a inclusão dos Estados na comunidade internacional, aceitando as dimensões fáticas e jurídicas da interdependência internacional⁹⁴¹.

Da mesma forma, a reflexão sobre o crescimento da interdependência e dos processos transfronteiriços nas relações internacionais⁹⁴², muda o caráter do sistema internacional. Com as economias nacionais mais interligadas pelo avanço nas comunicações, pela intensificação de transações financeiras, pelo crescimento no volume do comércio, pela atuação de empresas transnacionais⁹⁴³ em diferentes mercados simultaneamente, pela influência recíproca de movimentos culturais e ideológicos etc., a interdependência e seus efeitos atingem todos os atores envolvidos, por força de acontecimentos ocorridos fora de suas fronteiras e decididos por outros governos ou pessoas.

Ou seja, com a intensificação das conexões entre os Estados, torna-se mais complexa a forma como as decisões são tomadas, bem como a análise das variáveis que determinam o resultado das interações⁹⁴⁴. Além disso, dada a consequente redução em sua autonomia, os Estados encontram grandes dificuldades para lidar com os novos e crescentes riscos e oportunidades deste novo contexto, atingindo em cheio o tradicional conceito de soberania,

⁹⁴¹ KEOHANE, Robert O.; NYE, Joseph S. **Transnational relations and world politics**: an introduction. Transnational Relations and World Politics, Harvard University Press, 1981.

⁹⁴² KEOHANE, loc. cit.

⁹⁴³ A Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD) define a empresa transnacional como uma empresa que, independentemente do seu país de origem e de sua propriedade — podendo ser privada, pública ou mista —, possua entidades locais em dois ou mais países, ligadas por controle acionário ou de outra forma, em que uma ou mais dessas entidades possa exercer influência significativa sobre a atividade das demais, e, em particular, para dividir conhecimento, recursos e responsabilidades umas com as outras. As empresas transnacionais operam sobre um sistema de tomada de decisões, que permitem políticas coerentes e estratégias comuns, por meio de um ou mais centros de decisões. É uma entidade que controla ativos no exterior. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (Coord.). **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo**: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 455-457 e 463-465.

⁹⁴⁴ NEVES, Marcelo. Comparando transconstitucionalismo em uma sociedade mundial assimétrica: pressupostos conceptuais e ponderações autocríticas. **Revista da Advocacia-Geral da União**, v. 14, n. 3, jul./set., 2015.

visto que o Estado não se apresenta mais como um ator unitário, mas sim em uma arena em que interesses de diferentes grupos da sociedade se relacionam⁹⁴⁵.

Essa abordagem, da mesma forma, trouxe ao centro dos debates a emergência do papel das organizações internacionais e de atores não estatais, desempenhando papéis às vezes mais relevantes que o dos Estados, em decisões sobre investimentos, tecnologia, mídia etc., que incorpora um novo modelo de análise, no qual processos e decisões tomadas têm efeitos recíprocos, ou seja, atingem de alguma forma suas respectivas economias e sociedades⁹⁴⁶.

Portanto, nesta nova dimensão da sociedade internacional, os princípios e as regras sobre as relações entre os Estados, as organizações internacionais, os indivíduos e as empresas, no espaço transnacional não estatal, acabam por ser criados difusamente, em detrimento das fontes tradicionais, a apontar o fim do monopólio estatal como único ator da comunidade internacional⁹⁴⁷.

Logo, com os Estados perdendo o seu papel de únicos sujeitos de Direito Internacional e com a multiplicação de fontes na sociedade internacional, e, da mesma forma, com o espaço do território soberano cada vez mais sofrendo os influxos de desterritorialização e transnacionalização, em uma clara tendência de fragmentação espacial⁹⁴⁸, cabe ao Estado-Nação conceber novos arranjos institucionais necessários à inserção global e a adequação à dinâmica dos novos atores não estatais, com a reformulação da visão da soberania e da autonomia absoluta, que têm sido parte das normas de Direito Internacional dos últimos dois séculos após a Guerra dos Trinta Anos⁹⁴⁹.

⁹⁴⁵ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do petróleo: as joint ventures** na indústria do petróleo. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 121-125.

⁹⁴⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 46-119.

⁹⁴⁷ DELMAS-MARTY, loc. cit.

⁹⁴⁸ PETERS, Anne. The Refinement of International Law: From Fragmentation to Regime Interaction and Politicization. **Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper N. 2016-19**. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2823512>. Acesso em: 8 set. 2016.

⁹⁴⁹ RAWLS, John. **The law of people**. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 15-77.

Ademais, uma vez que o direito nacional e o Direito Internacional⁹⁵⁰ público^{951,952} e privado^{953,954} se mostram parcialmente insuficientes para enfrentar o fluxo de ações e o impacto de eventos através das fronteiras, diante do aumento da interconexão econômica, social e política, que se projeta para além dos limites nacionais, pode-se afirmar que a produção de normas legais acaba por ser construída através da migração entre fronteiras, com foco no fluxo global de normas legais⁹⁵⁵.

⁹⁵⁰ Segundo Canotilho, a ideia de que o Direito Internacional faz parte do próprio direito interno, corresponde à velha fórmula de Blackstone, frequentemente citada “*international law is part of the law of the land*”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 795.

⁹⁵¹ O Direito Internacional Público (DIP), segundo a noção clássica, aborda as relações entre Estados, entre estes e as Organizações Internacionais, e entre as Organizações Internacionais. Modernamente, com a ascensão dos Direitos Humanos na esfera internacional, a pessoa humana vem sendo incluída não só como objeto, mas também como sujeito do DIP. Por todos, vide MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 329-736.

⁹⁵² Ao longo dos séculos, o Direito Internacional Público (DIP) foi implementado não só por Estados soberanos, mas também por organizações mundiais ou regionais, e, desde 1949, essas organizações internacionais tiveram seu estatuto jurídico reconhecido como organizações intergovernamentais, pela opinião consultiva da Corte Internacional de Justiça sobre a questão da Reparação dos Danos Sofridos em Serviço das Nações Unidas. *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/4/1837.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2015.

⁹⁵³ Segundo o Professor Jacob Dolinger, o Direito Internacional Privado (DIPri) é o ramo do direito interno que regula as relações privadas com conexão em mais de um ordenamento jurídico, fixando as regras de direito aplicável. O DIPri, portanto, busca soluções para os conflitos de leis entre sistemas jurídicos distintos, formulados por Estados soberanos e que sejam contraditórios. O DIPri, dessa forma, é centrado no conflito de leis entre sistemas jurídicos autônomos e independentes, oriundos de Estados soberanos, e, no fato atípico decorrente de um elemento de estraneidade nas relações de direito privado (basta que um dos dados ou elementos do negócio jurídico não seja nacional para que surja o fato atípico). O DIPri trabalha com um *rol* mais amplo ou mais restrito de objetos, conforme o espectro de análise. Por exemplo, para doutrina francesa, o DIPri engloba: 1. Conflito de leis no espaço; 2. Conflito de jurisdição; 3. Situação jurídica do estrangeiro; 4. Nacionalidade; e 5. Respeito internacional aos direitos adquiridos. Já para concepção anglo-saxônica, o DIPri abrange apenas: 1. Conflito de leis; e 2. Conflito de jurisdição. E para concepção ítalo-germânica, o DIPri engloba tão somente: 1. Conflito de leis. DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**. Parte geral. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, v. 1, p. 1-24.

⁹⁵⁴ Lembra-se que o DIPri não se confunde com o Direito Uniforme. No Direito Uniforme, há o estabelecimento de normas materiais que se aplicarão diretamente ao litígio, ou seja, é técnica que pressupõe a soberania das diversas ordens jurídicas. As ordens jurídicas estabelecem normas comuns, a fim de habilitar o tratamento igualitário. Assim, respeitada a autonomia de cada Estado, as ordens jurídicas adotam normas jurídicas semelhantes a outras ordens jurídicas. No período que vai do fim do século passado até a década de 1930 deste século, tentou-se uniformizar o Direito Internacional Privado. Há uma série de convenções internacionais para tratar da codificação das matérias relativas a solução dos conflitos de leis. Tem-se ainda vigente o Código Bustamante, que chega a ter a pretensão de ser um código de Direito Internacional Privado. A Convenção de Havana de 1828, vigente no Brasil desde 1929, perdeu o caráter de universalidade, tendo em vista que EUA, Canadá e México não a ratificaram. DOLINGER, op. cit., p. 33-47.

⁹⁵⁵ A Lei da Lavagem de Dinheiro brasileira é um exemplo típico desse processo, que começou com a promoção de normas antilavagem de dinheiro nos Estados Unidos no começo do século passado, e no âmbito do Comitê de Supervisão Bancária de Basileia na segunda quadra do século XX. Posteriormente, no final dos anos 1980, passou a ser uma preocupação internacional no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), com a Convenção de Viena em 1988, e foi rapidamente inserida em variados instrumentos locais. O Brasil assinou a Convenção de Viena e em março de 1998 aprovou a Lei 9.613, que tipifica o crime de lavagem de dinheiro. Outro exemplo clássico é a questão da jurisdição exclusiva sobre a plataforma continental. Em 1945, o Presidente norte-americano Harry S. Truman anunciou que os Estados Unidos considerariam a plataforma continental território adjacente dos Estados Unidos, e, portanto, território sob sua jurisdição exclusiva. Em seguida, outros países fizeram declarações similares sobre suas próprias plataformas continentais, e, com o tempo, emergiu um consenso de que os Estados

Assim, a relação entre o Direito Internacional⁹⁵⁶ e o direito interno⁹⁵⁷, passa a ser examinada a partir de mecanismos de diálogo, compreensão e reconhecimento, em que a teoria

tinham jurisdição exclusiva sobre suas plataformas continentais, o que levou à celebração, em 1982, da Convenção da Organização das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM). No caso brasileiro, em 1993, foi editada a Lei 8.617, em consonância com a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM).

⁹⁵⁶ Kelsen, ao conceber o Direito Internacional com validade objetiva no conflito de normas interno e internacional, se baseou, principalmente, em alguns fundamentos, tais como o de fonte de Direito Internacional (o reconhecimento da existência de uma fonte própria do Direito Internacional, ou seja, de que o direito interno não pode interferir no processo de elaboração e ab-rogação do Direito Internacional); o da teoria do reconhecimento como pressuposto da existência do Estado (diferentemente do que ocorre na formulação do monismo com primazia do direito interno, o reconhecimento de um Direito Internacional independentemente da vontade autônoma dos Estados estaria na própria razão de ser destes); o da teoria dos direitos fundamentais dos Estados (a existência de uma ordem superior aos Estados que lhes obrigaria e lhes conferiria direitos independentemente de sua vontade); o da integração dos Estados na comunidade internacional (os novos Estados que surgem no cenário internacional se submetem às regras de Direito Internacional sem que tenham expressamente consentido); o da definição internacional de Estado (um novo Estado fica obrigado pelo Direito Internacional antes mesmo que tenha sido reconhecido por outros Estados. O próprio pedido de reconhecimento seria uma comprovação de que o Estado já possui a personalidade internacional); e o dos problemas de sucessão (a ideia de uma ordem superior aos Estados seria a única capaz de explicar os problemas de continuidade e identidade estatal para diferentes ordens que se sucedem no mesmo território. Do ponto de vista exclusivamente interno, não há uma linha de continuidade entre a ordem presentemente válida e a que foi destruída pela evolução). KELSSEN, Hans. *Théorie du Droit International Public. Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye*, t. 84, 1953-III, p. 1-203.

⁹⁵⁷ A questão da relação entre o Direito Internacional e o direito interno, remete ao antigo debate Kelsen/Tripel, como nos mostra Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo: “Em 1899, Carl Heinrich Triepel publicou a obra *Völkerrecht und Landrecht*, na qual desenvolve uma ideia que seria condensada um quartel de século depois, no curso da Academia de Direito Internacional da Haia. No curso da Haia, o autor, de modo expresso, critica a teoria monista que Kelsen desenvolve no livro *Das Problem der Souveränität um die Theorie des Völkerrechts* e a reputa de anti-histórica. Imbuído do estatualismo hegeliano, Triepel afirma que o Estado consiste em uma verdadeira pessoa, distinta da soma de suas partes, não um simples ‘ponto de imputação’. Segundo Triepel, grosso modo, a vontade do Estado cria o direito interno, que se aplica aos indivíduos, e a vontade dos Estados combinada (*Vereinbarung*) gera o Direito Internacional, que incide sobre as nações. Direito interno e Direito Internacional são fruto de fontes diferentes e se destinam a relações distintas. O Direito Internacional não constitui um ramo do Direito, como o direito civil, o direito constitucional, etc., mas um ordenamento jurídico à parte do direito interno. Por isso, ele cunha o termo ‘dualismo’ para designar as relações entre os dois sistemas jurídicos. Em virtude dessa dualidade de fontes, direito interno e Direito Internacional regem relações sociais diferentes. Uma norma de um ordenamento não pode modificar a do outro. Um tratado não pode derogar uma lei; somente outra lei ou regra de direito interno pode realizar isso. Quando se afirma que uma lei foi derogada por um tratado, o observador mais atento sabe que se encontra diante do fenômeno da ‘recepção’ do direito estrangeiro: uma determinada norma, criada em um sistema jurídico passa vigorar noutro, por uma previsão expressa. Para Kelsen, por sua vez, o dualismo mostra-se absurdo, porque conduz à própria negação do valor jurídico tanto do Direito Internacional como das outras ordens nacionais, em decorrência da ausência de um mesmo fundamento jurídico. O autor caracteriza a unidade de um sistema jurídico em razão de todas as regras individuais comungarem da mesma norma fundamental. Esta norma confere, além da unidade, o fundamento de todos os demais comandos de um ordenamento. Uma lei irá pertencer a um determinado ordenamento, se ela foi criada por uma autoridade que recebeu este poder de uma outra lei superior. Esta, por sua vez, pertence ao mesmo ordenamento, se foi criada por outra autoridade que recebeu esta faculdade de uma terceira norma superior. Este raciocínio pode aplicar-se repetidas vezes até que a última norma positiva (do direito estatal) seja a Constituição. Acima desta, haverá uma norma hipotética, pressuposta e não posta, chamada Grundnorm (e, com ela, encerra-se o fenômeno jurídico). Ocorre que, tanto o direito estatal, como o Direito Internacional possuirá apenas uma única norma fundamental. Segundo o jurista austríaco, duas ordens jurídicas coexistentes só podem estar em relação de coordenação ou de subordinação. Esta estabelece uma relação de hierarquia entre as duas ordens. Já coordenar significa equilibrar dois sistemas equivalentes. Esta tarefa, contudo, implica subordinar ambos a uma terceira ordem, a qual deverá delimitar o domínio de uma e de outra. A subordinação, pois, mostra-se a relação mais importante. E uma ordem será subordinada a outra se possuírem o mesmo fundamento de validade. Trata-se do caso das relações entre Direito Internacional e direito interno”. BORGES DE MACEDO, Paulo Emílio. *Monismo e dualismo além dos*

da soberania, ancorada em pressupostos principiológicos clássicos, mostra-se insuficiente, diante de uma dinâmica delimitada sob o prisma de uma nova representação de desenho institucional, focado nas repercussões da atuação do Estado, exercida de modo compartilhado e desdobrada na atividade estatal⁹⁵⁸.

Essa nova visão de Soberania, inclusive, foi identificada em nível supranacional, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)⁹⁵⁹, o mais alto tribunal da União Europeia no que toca ao direito comunitário, no caso *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen* de 1963, ao decidir que a Comunidade Europeia “constitutes a new legal order of international law for the benefit of which the states have limited their sovereign rights albeit within limited fields”⁹⁶⁰, e, no caso *Flaminio Costa v. Ente Nazionale per l’Energia Elettrica* (Case 6/1964) de 1964, decisão seminal para justificação da supremacia do direito comunitário sobre o direito nacional⁹⁶¹.

Nesse sentido, cabe destacar, ainda, a visão do Tribunal de Justiça da União Europeia, ao julgar o caso *Marleasing SA v. La Comercial Internationale de Alimentacion AS* (Case 06/1989) de 1990⁹⁶², no sentido de que haveria um dever de todas as cortes nacionais europeias

tratados: a internalização das resoluções do Conselho de Segurança. In: VII Congresso Brasileiro de Direito Internacional, 2009, São Paulo. **Estudos de direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2009, v. XVII, p. 400-410.

⁹⁵⁸ NEVES, Marcelo. Comparando transconstitucionalismo em uma sociedade mundial assimétrica: pressupostos conceptuais e ponderações autocríticas. **Revista da Advocacia-Geral da União**, v. 14, n. 3, jul./set., 2015.

⁹⁵⁹ O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) foi criado em 1952 pelo Tratado de Paris (1951), e, ratificado em 1993 pelo Tratado de Maastricht. O Tribunal é o mais alto tribunal da União Europeia em matéria de direito comunitário e detém competência em vários assuntos específicos. Cabe destacar o papel do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) para o desenvolvimento do direito da União Europeia, através da criação de uma série de princípios de Direito Europeu, que se ligam às instituições da União Europeia e aos Estados-membros. CRAIG, Paul; BURCA, Gráinne de. **Eu law: text, cases and materials**, 2011, p. 57-65.

⁹⁶⁰ O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), além da limitação das ordens locais pela ordem jurídica comunitária, conforme decidido em *Van Gend en Loos*, entende que o juiz nacional, ao aplicar disposições de direito comunitário, deve garantir a plena eficácia dessas normas, desaplicando qualquer disposição contrastante da legislação nacional, mesmo que posterior. O princípio da aplicação preferente (*anwendungsvorrang*) exigirá, assim, a não aplicação da norma jurídica nacional e a aplicação da norma comunitária colidente na solução de um caso pelo juiz. Caso *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-26/62>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁹⁶¹ O caso *Flaminio Costa v. Ente Nazionale per l’Energia Elettrica* (Case 6/1964) deriva do julgamento das cortes italianas, em particular o Tribunal Constitucional italiano, ao afirmar que as normas do direito comunitário europeu deveriam ser tratadas da mesma maneira que as normas domésticas, devendo as eventuais incompatibilidades serem resolvidas pelo critério cronológico (*lex posterior derogat legi anteriori/priori*). Caso *Flaminio Costa v. Ente Nazionale per l’Energia Elettrica (ENEL)*. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-6/64>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁹⁶² No caso, a empresa Marleasing S.A propôs uma ação perante tribunais espanhóis, alegando que a criação da empresa “La Comercial” era nula e que tinha como objetivo fraudar os credores da empresa Barviesca (co-fundadora da La Comercial). Por sua vez, a La Comercial argumentou pela improcedência da ação, pois a prática não estaria em desacordo com a legislação espanhola. A matéria foi analisada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, que entendeu que, ao aplicar o direito local, o órgão jurisdicional nacional, deve interpretá-lo, na medida do possível, à luz do texto e da finalidade das normas europeias, sejam elas anteriores ou posteriores às normas domésticas. Caso *Marleasing SA v. La Comercial Internationale de Alimentacion AS* (Case 106/1989). Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&td=ALL&jur=C,T,F&num=106/89>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

de interpretar, quando possível, o direito doméstico com base no direito comunitário, mesmo que este ainda não esteja incorporado, e, nos casos *Melki (C-188/2010)* e *Abdeli (C-189/2010)* de 2010, ao se entender pela obrigação do juiz nacional de garantir plena eficácia ao direito comunitário, no caso de conflito com o direito interno⁹⁶³.

A Corte Europeia de Direitos Humanos também deixa clara esta limitação no caso *Malone v. The United Kingdom* de 1984⁹⁶⁴, ao afirmar que os Estados, tanto devem levar em consideração o que está estatuído na Convenção Europeia de Direitos Humanos, quanto é imprescindível que existam normas nacionais suficientemente claras, que possam ser aplicadas sem correr o risco de extrapolar os limites estabelecidos na ConEDH. Além disso, a CEDH no caso *Ireland v. The United Kingdom* de 1978⁹⁶⁵, ainda assevera que as autoridades nacionais, em seus deveres de proteção, não podem se eximir de suas responsabilidades, escudadas na incapacidade de garantir os direitos convencionais, atestando que os Estados devem cooperar na determinação da existência de práticas consideradas nocivas à ConEDH.

Esta obrigação internacional dos Estados, com a preponderância do direito internacional, também foi reforçada pela Corte Permanente de Justiça Internacional, no caso *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* de 1926⁹⁶⁶, ao entender que “*From the standpoint of International Law and of the Court which is its organ, municipal laws are merely facts which express the will and constitute the activities of States, in the same manner as do legal decisions or administrative measures*”⁹⁶⁷.

Da mesma forma, esta ideia é exposta pela jurisprudência das Cortes locais, como se percebe da posição da *House of Lords* em *Re McKerr* de 2004, ao afirmar que a importância do Direito Internacional no ordenamento jurídico interno⁹⁶⁸, pressupõe, indissolavelmente, uma

⁹⁶³ PEETERS, Patrick. The Belgian constitutional review procedure under European scrutiny. **European Public Law**, v. 18, 2012, p. 411-422.

⁹⁶⁴ Caso *Malone v. The United Kingdom*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57533>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

⁹⁶⁵ *Ireland v. The United Kingdom* de 1978, envolvia a prática de tratamento desumano e degradante decorrente do método de interrogação conhecido por “*the five techniques*”. Para maiores detalhes acerca do caso vide nota 331. Caso *Ireland v. The United Kingdom*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57506>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

⁹⁶⁶ BORGES DE MACEDO, Paulo Emílio. Monismo e dualismo além dos tratados: a internalização das resoluções do Conselho de Segurança. In: VII Congresso Brasileiro de Direito Internacional, 2009, São Paulo. **Estudos de direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2009, v. XVII, p. 400-410.

⁹⁶⁷ Caso *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_07/17_Interets_allemands_en_Haute_Silesie_polonaise_Fond_Arret.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁹⁶⁸ Pela doutrina da incorporação, as normas de Direito Internacional são incorporadas na legislação inglesa automaticamente e consideradas parte do direito inglês, a menos que estejam em conflito com uma lei do Parlamento. Esta doutrina foi externada em diversos casos, que remontam a *Buvot v. Barbut* de 1736 e *Triquet v. Bath* de 1764, julgados pela extinta *Court of King's Bench* (com o *Judicature Act* de 1873, as funções da *Court of King's Bench* foram transferidas à *Her Majesty's High Court of Justice of England and Wales*). Ademais, o *Privy*

releitura do poder estatal, que deixa de ter a pretensão de fornecer um esquema regulativo exclusivo e totalizante, assente em um poder soberano, para aceitar os quadros ordenadores da comunidade internacional⁹⁶⁹, e, em *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Company* de 1954, ao se posicionar no sentido de que o direito estrangeiro, em princípio, poderia ser desconsiderado se contrário ao Direito Internacional⁹⁷⁰.

Também a *Supreme Court of the United Kingdom* em *R. v. Gul* de 2013, em *H. v. Lord Advocate* de 2012 e em *R. v. Secretary of State for Transport* de 2014⁹⁷¹, e, o *Privy Council* em *Matthew v. The State* de 2004⁹⁷², compartilharam esta visão, ao entenderam que as normas domésticas devem ser interpretadas de forma consistente com a legislação da União Europeia e do Direito Internacional.

Da mesma maneira, a *Cour de Cassation* francesa no caso *Société des cafés Jacques Vabre et Société J. Weigel v. administration française* de 1975⁹⁷³, o *Conseil d'état* francês no

Council em *The Philippine Admiral* de 1977, entendeu que as normas de Direito Internacional mudam, e os tribunais podem dar cumprimento às alterações sem qualquer lei do Parlamento. Logo, as regras do Direito Internacional, fazem parte da lei Inglesa, e, portanto, se o Direito Internacional mudar sobre determinado assunto, os tribunais britânicos podem concretizar essa mudança sem esperar que o Parlamento mude a legislação. Já a doutrina da transformação, entende que as normas de Direito Internacional não devem ser consideradas como parte do direito inglês, exceto se forem aprovadas e chanceladas por decisões judiciais ou por lei do Parlamento. Esta doutrina remonta a *Regina v. Keyn* de 1876, julgado pela extinta *Court of Exchequer* (com o *Judicature Act* de 1873, as funções da *Court of Exchequer* foram transferidas à *Her Majesty's High Court of Justice of England and Wales*), e, outros diversos casos, como *Chung Chi Cheung v. The King* de 1939, julgado pelo *Privy Council*. MAPESBURY, Lord Collins of; CROSS, Tom. **The law of international custom in the case law of the House of Lords and the United Kingdom Supreme Court**. Disponível em: <http://www.11kbw.com/uploads/files/LordCollins_Tom_CrossInternationalLawArticle.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2016.

⁹⁶⁹ MAPESBURY; CROSS, loc. cit.

⁹⁷⁰ O caso se relaciona a um pedido de confisco ilegal de inúmeros aviões comerciais, durante a invasão iraquiana do Kuwait em 1990. A lei iraquiana não foi reconhecida, uma vez que teria havido uma violação grosseira ao Direito Internacional, especialmente porque o Conselho de Segurança da ONU declarou que a anexação do Kuwait seria ilegal, e autorizou uma ação militar contra o Iraque. MAPESBURY; CROSS, loc. cit.

⁹⁷¹ MAPESBURY; CROSS, loc. cit.

⁹⁷² O *Privy Council* em 2004, em *Matthew v. The State*, em uma decisão relacionada à constituição de Trinidad e Tobago, entendeu que os princípios do direito doméstico devem ser interpretados, tanto quanto possível, em uma visão consistente com o direito internacional, afirmando que “*if a provision of a state's domestic law is ambiguous and permits of two interpretations, one of which accord with the state's international obligations and the other of which will involve a violation of those obligations, a court will so far as possible adopt that interpretation which will accord with the state's international obligations (...) This proposition applies to constitutions as to other domestic law (...) even if the international obligation were undertaken after the date of the constitution*”. JACKSON, Vicki C. **Constitutional Engagement in a Transnational Era**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 44-45.

⁹⁷³ No caso *Société des cafés Jacques Vabre et Société J. Weigel v. administration française* de 1975, a *Cour de Cassation*, manteve a decisão proferida pela *Cour d'Appel de Paris*, reconhecendo a primazia do direito comunitário europeu sobre as leis nacionais (no caso o artigo 265 do *Code des Douanes*) promulgadas após adesão da França à União Europeia. Caso *Société des cafés Jacques Vabre et Société J. Weigel v. administration française*. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte= JURITEXT000006994625>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

caso *Nicolo* de 1989⁹⁷⁴, e, a *Cour de Cassation* belga no caso *Le Ski* de 1971⁹⁷⁵, reconheceram a primazia do direito comunitário sobre a legislação nacional, posição também compartilhada pelo Tribunal Constitucional da Áustria (*Verfassungsgerichtshof*) na Decisão *VfSlg. 52, n. 11500* de 1987 e pelo Tribunal Federal Suíço na Decisão *BGE 117 Ib* de 1991⁹⁷⁶, ao estatuir o caráter diferenciado da Convenção Europeia de Direitos Humanos, assim como, pelo *Conseil d'Etat* no *arrêt Canal* de 1962⁹⁷⁷, que afirmou a preeminência dos *principes généraux du droit* da Comunidade Europeia.

No sistema americano, da mesma forma, a supremacia absoluta da ideia de Estado-Nação soberano e da prevalência da produção normativa doméstica, começa a ceder diante da afirmação da precedência das normas *supranacionais*, como se observa da posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos *Caballero Delgado y Santana v. Colombia* de

⁹⁷⁴ *Arrêt Nicolo*. Disponível em: <<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/20-octobre-1989-Nicolo>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁹⁷⁵ No caso *Le Ski*, a *Cour de Cassation* belga confirmou a primazia do direito comunitário sobre a legislação belga. PEETERS, Patrick. The Belgian constitutional review procedure under European scrutiny. **European Public Law**, v. 18, 2012, p. 411-422.

⁹⁷⁶ O Tribunal Constitucional da Áustria (*Verfassungsgerichtshof*) na Decisão *VfSlg. 52, n. 11500* de 1987, se posicionou pela imediata aplicação das normas da Convenção Europeia de Direitos Humanos no âmbito interno, assumindo que a Convenção é parte integrante do direito constitucional austríaco, nos termos da reforma constitucional adotada em 1964. Em sentido próximo, o Tribunal Suíço, na Decisão *BGE 117 Ib* de 1991, qualificou a Convenção Europeia de Direitos Humanos como um Tratado especial, cujas normas têm conteúdo de direito constitucional e destina-se à proteção dos direitos fundamentais previstos na Constituição Suíça. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 140.

⁹⁷⁷ No *arrêt Canal* de 1962, os Srs. André Canal, Mark Robin e Daniel Godot, solicitaram a anulação da *ordonnance 62618/1962* do Presidente da República, que instituiu um tribunal militar especial, sem a previsão de qualquer remédio constitucional. O *Conseil d'Etat* fez a análise da compatibilidade da *ordonnance* com os princípios gerais do direito da comunidade europeia. Em sua decisão, o *Conseil d'Etat* reconheceu a supremacia das normas da comunidade europeia em face da legislação nacional, bem como determinou a anulação da *ordonnance*. *Arrêt Canal (Décision 58502)*. Disponível em: <<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/19-octobre-1962-Canal-Robin-et-Godot>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

1997⁹⁷⁸, *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) v. Chile* de 2001⁹⁷⁹, *Heliodoro Portugal v. Panamá* de 2008⁹⁸⁰, e, *Barrios Altos (Barrios Altos v. Peru)* de 2001^{981,982}.

Esta obrigação internacional também é trabalhada pelas Cortes de diversos países americanos, como se observa em *Ekmekdjian v. Sofovich* de 1992⁹⁸³, julgado pela Suprema Corte de Justiça argentina, com a verificação da conformidade da produção normativa e das práticas nacionais com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), e, da mesma forma, em *Murray v. The Schooner Charming Betsy* de 1804^{984,985}, julgado pela Suprema Corte

⁹⁷⁸ O caso *Caballero Delgado y Santana v. Colombia*, envolvia a responsabilidade internacional do Estado da Colômbia, pela detenção e posterior desaparecimento forçado, de Isidro Caballero Delgado e María del Carmen Santana. Caso *Caballero Delgado y Santana v. Colombia*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/does/casos/articulos/seriec_31_esp.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2016.

⁹⁷⁹ A ideia de que os atos comissivos ou omissivos praticados pelo Estado, em violação às convenções internacionais de que é parte — advindo de qualquer um dos três poderes (Executivo, Legislativo ou Judiciário) —, pode gerar a responsabilidade internacional, foi exposta pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) v. Chile* de 2001 ao afirmar que “*La responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado*”. Caso *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) v. Chile*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2015.

⁹⁸⁰ No julgamento do caso *Heliodoro Portugal v. Panamá*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou que “*La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) La supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrarían violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías*”. Caso *Heliodoro Portugal v. Panamá*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/does/casos/articulos/seriec_186_esp.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2015.

⁹⁸¹ No caso *Barrios Altos (Barrios Altos v. Peru)* de 2001, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu que a lei peruana que anistiou militares, policiais e civis que integrariam um grupo paramilitar — chamado “Grupo Colina” —, que teria assassinado quinze pessoas no local denominado “Bairros Altos”, em Lima, seria incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos — já que a lei excluía a responsabilidade e impedia a investigação e punição de pessoas ditas responsáveis por violações de Direitos Humanos. Caso *Barrios Altos (Barrios Altos v. Peru)*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_ing.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2016.

⁹⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). **Controle de convencionalidade**: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 57-86.

⁹⁸³ A Suprema Corte de Justiça argentina no caso *Ekmekdjian v. Sofovich* de 1992, entendeu pela prevalência dos direitos internacionais sobre as normas locais. Assim, a Nação se obrigaria internacionalmente ao ratificar um tratado assinado com outro Estado. Caso *Ekmekdjian v. Sofovich* de 1992. Disponível em: <<https://sj.csjn.gov.ar/sj/tomosFallos.do?method=mostrarTomo&tomoid=355>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁹⁸⁴ No ano de 1804, a Suprema Corte Americana julgou o caso *Murray v. The Schooner Charming Betsy*, consolidando o mecanismo hermenêutico denominado Charming Betsy, que consiste na ideia de que a lei norte-americana não deve ser interpretada de maneira a colidir com o Direito Internacional, quando seja possível evitar tal conflito normativo. Caso *Murray v. The Schooner Charming Betsy*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/6/64/>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

⁹⁸⁵ VON BOGDANDY, Armin. **The Charming Betsy canon, separation of powers, and customary International Law**. Disponível em: <http://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/customary_international_law.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2016.

norte-americana, ao estatuir que, diante de outras possibilidades hermenêuticas, o alcance dos atos do Parlamento não deve ser estabelecido em contrariedade com o Direito Internacional.

A produção normativa doméstica, também segue esta lógica, buscando uma maior integração entre os sistemas jurídicos local e internacional, e, da mesma forma, afastando a ideia de soberania exclusiva do Estado na produção normativa, a demonstrar a reconceptualização do modelo de Westphalia, como se observa, exemplificativamente, da grande maioria dos Estados-Membros da União Europeia, que optaram pela supremacia do direito comunitário e internacional em relação ao direito constitucional nacional⁹⁸⁶, como nas

⁹⁸⁶ Segundo Waldir Alves “Não há o preestabelecimento de como a Convenção Europeia de Direitos Humanos deve se situar no ordenamento jurídico nacional, podendo ser distinguidas três possibilidades diversas: com *status* constitucional, como no caso da Áustria e Holanda; com *status* supralegal, em grau superior as leis, porém não no mesmo grau da Constituição, sendo exemplos a Suíça, Liechtenstein, Bélgica, França, Grécia, Luxemburgo, Malta, Portugal, Espanha e Chipre; e com *status* de lei ordinária, à qual é recorrido como auxílio para a interpretação dos direitos fundamentais nacionais, como ocorre na Alemanha, Itália, San Marino, bem como em Estados escandinavos como a Dinamarca, Noruega e Suécia, que somente incorporaram a Convenção nos últimos anos”. ALVES, Waldir. Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos equivalentes às Emendas Constitucionais. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). **Controle de convencionalidade**: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 334.

Cartas Constitucionais da França⁹⁸⁷, Alemanha^{988,989}, Itália⁹⁹⁰, Portugal⁹⁹¹, Espanha⁹⁹² e Romênia⁹⁹³.

⁹⁸⁷ Assim, por exemplo, na França, os tribunais entenderam pela supremacia do direito comunitário decorrente da interpretação do artigo 55 da Constituição que prevê “*Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l’autre partie*” ou do artigo 88-1 da Constituição, que afirma que a França participará na UE nos seguintes termos “*La République participe à l’Union européenne constituée d’États qui ont choisi librement d’exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l’Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne, tels qu’ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007*”. Constituição da França. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

⁹⁸⁸ Na Alemanha, a supremacia está baseada principalmente no que é agora o artigo 23.1 da Constituição alemã, que trata especificamente da União Europeia, e permite a transferência de poderes soberanos ao dispor que “*With a view to establishing a united Europe, the Federal Republic of Germany shall participate in the development of the European Union that is committed to democratic, social and federal principles, to the rule of law, and to the principle of subsidiarity, and that guarantees a level of protection of basic rights essentially comparable to that afforded by this Basic Law. To this end the Federation may transfer sovereign powers by a law with the consent of the Bundesrat. The establishment of the European Union, as well as changes in its treaty foundations and comparable regulations that amend or supplement this Basic Law, or make such amendments or supplements possible, shall be subject to paragraphs (2) and (3) of Article 79*”. Constituição da Alemanha. Disponível em: <https://www.bundestag.de/blob/284870/ce0d03414872b427e57fccb703634dcd/basic_law-data.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2016.

⁹⁸⁹ Ademais, o artigo 25º da *Grundgesetz* alemã, afirma que as normas do Direito Internacional geral são parte integrante do direito federal, e prevalecem sobre as leis federais. Constituição da Alemanha. Disponível em: <https://www.bundestag.de/blob/284870/ce0d03414872b427e57fccb703634dcd/basic_law-data.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2016.

⁹⁹⁰ A mesma abordagem é evidente na Itália, onde os tribunais têm baseado sua aceitação da supremacia do direito comunitário no artigo 11 da Constituição italiana, que prevê que “*L’Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo*”. Constituição da Itália. Disponível em: <<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

⁹⁹¹ O artigo 8º da Constituição portuguesa prevê que as normas do Direito Internacional são parte integrante do direito federal nos seguintes termos: “1. As normas e os princípios de Direito Internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. 2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português. 3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos. 4. As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático”. Constituição portuguesa. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

⁹⁹² Segundo o artigo 10 da Constituição espanhola “1. *La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*”. Constituição da Espanha. Disponível em: <<http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html#t1>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

⁹⁹³ A Constituição da Romênia, no artigo 20, prevê que “(1) *Constitutional provisions concerning the citizens’ rights and liberties shall be interpreted and enforced in conformity with the Universal Declaration of Human Rights, with the covenants and other treaties Romania is a party to. (2) Where any inconsistencies exist between the covenants and treaties on the fundamental human rights Romania is a party to, and the national laws, the international regulations shall take precedence, unless the Constitution or national laws comprise more*

No sistema interamericano⁹⁹⁴, da mesma maneira, numa ampla parcela dos países conferiu *status* constitucional às normas internacionais, com o objetivo de alcançar uma conjuntura cooperativa e interdependente, particularmente, como se nota nas Constituições da

favourable provisions". Constituição da Romênia. Disponível em: <<http://www.cdep.ro/pls/dic/site.page?id=371>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

⁹⁹⁴ Segundo Flávia Piovesan, as Constituições latino-americanas, em grande parte, conferem *status* constitucional aos tratados, como é o caso, por exemplo, do artigo 5º da Constituição do Chile de 1980. PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). **Estudos avançados de direitos humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 391.

Argentina — especialmente após a reforma constitucional de 1994⁹⁹⁵ —, Brasil⁹⁹⁶, Bolívia⁹⁹⁷, Equador⁹⁹⁸, Colômbia⁹⁹⁹, Guatemala¹⁰⁰⁰ e Perú¹⁰⁰¹.

Nesse sentido, em uma sociedade internacional pluralista, apesar de a soberania permanecer como uma questão central, é inegável que a antiga doutrina do Estado-Nação e seus desdobramentos acabam por ser repensados, enfatizando a construção teórica de uma nova

⁹⁹⁵ Em seu artigo 75, parágrafo 22, a Constituição Argentina dispõe o seguinte: “*Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.*”. Constituição da Argentina. Disponível em: <<http://www.senado.gov.ar/deInteres>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

⁹⁹⁶ A posição originária do STF exposta no RE 80004 de 1977, era de que os tratados internacionais, fossem ou não de Direitos Humanos, pelo artigo 5º, § 2º, da CRFB/88, teriam *status* de lei ordinária. Porém, a posição do STF foi modificada após o RE 466343 e HC 87585, passando-se a se entender que os tratados internacionais, em especial os de Direitos Humanos, anteriores à EC 45/2004, que não tenham, portanto, seguido o trâmite do artigo 5º, § 3º, da CRFB/88, seriam infraconstitucionais, mas dotados de um atributo da supralegalidade. Com a EC 45/2004, o § 3º do artigo 5º da CRFB/88 passou a prever que os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 145-146.

⁹⁹⁷ O artigo 256, I, da Constituição da Bolívia de 2009 dispõe que “*Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta*”. Constituição da Bolívia. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2016.

⁹⁹⁸ O artigo 424, 2ª parte, da Constituição do Equador de 2008 dispõe que “*La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público*”. Constituição do Equador. Disponível em: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2016.

⁹⁹⁹ O artigo 93 da Constituição da Colômbia de 1991 dispõe que “*Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia*”. Constituição do Equador. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/?bTy>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

¹⁰⁰⁰ O artigo 46 da Constituição da Guatemala de 1985 dispõe que “*Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno*”. Constituição da Guatemala. Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/mla/sp/gtm/sp_gtm-int-text-const.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2016.

¹⁰⁰¹ O número 4 das provisões finais e transitórias da Constituição do Perú de 1993 dispõe que as normas relacionadas a direitos e liberdades reconhecidas pela Constituição, devem ser interpretadas de acordo com a Declaração Universal de Direitos Humanos e tratados e acordos internacionais ratificados pelo Perú. Disponível em: <<http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

visão de soberania, não mais dissociada da cooperação internacional e sempre dirigida a objetivos comuns, vital para o equilíbrio de uma comunidade internacional que não respeita fronteiras¹⁰⁰².

Assim, a partir desse quadro, a ideia de sociedade internacional assume um papel central, com o objetivo de alcançar uma conjuntura cooperativa e interdependente nas relações entre os Estados, partindo do princípio da coordenação e do esforço para prossecução dos interesses comuns, cujo fundamento de equilíbrio reside na ideia da igualdade, corolário do princípio da independência¹⁰⁰³.

Logo, o Estado nacional — dotado de um governo capaz de manter a integridade territorial e a independência política¹⁰⁰⁴, bem como assegurar a tranquilidade pública em todo o território —, acaba por ser reconceptualizado, como parte constitutiva de uma sociedade internacional^{1005,1006}, fundada nos princípios da liberdade e da dependência de todos em relação a uma legislação comum¹⁰⁰⁷.

Desta forma, apesar de ser inegável que da ideia de soberania derivam algumas outras construções, como a integridade territorial e a independência política, é também verdade que

¹⁰⁰² WALDRON, Jeremy. Minority cultures and the cosmopolitan alternative. **University of Michigan Journal of Law Reform**, v. 25, 1991-1992, p. 751-778.

¹⁰⁰³ KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Tradução Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM, 1989, p. 1-53.

¹⁰⁰⁴ É bem verdade que a tentativa de redução da amplitude conceitual da soberania é criticada por alguns autores, como Carl Bilfinger, que entende que a ordem internacional seria baseada na ideia da independência dos Estados, e essa independência é em si mesma um elemento da ordem jurídica. BILFINGER, Carl. Les bases fondamentales de la communauté des états. **Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye**, t. 63, 1938-I, p. 129-241.

¹⁰⁰⁵ Para Kant, a Constituição jurídica se traduz no direito político (*Staatsbürgerrecht*) dos homens (*ius civitatis*); no direito das gentes (*Völkerrecht*) dos Estados nas suas relações recíprocas (*ius gentium*); e no direito cosmopolita (*Weltbürgerrecht*) dos homens e os Estados, como cidadãos de um estado universal da humanidade (*ius cosmopoliticum*). Esta divisão para Kant é necessária à ideia da Paz Perpétua, pois, se um destes Estados em uma relação de influência física com os outros estivesse em estado da natureza, isso implicaria o estado de guerra. KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Tradução Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM, 1989, p. 11-12.

¹⁰⁰⁶ Na construção kantiana, as formas de Estado (*civitas*), podem ser classificadas segundo as pessoas que possuem o poder supremo ou segundo o modo de governar. A primeira se chama soberania (*forma imperii*), e, neste caso, a soberania pode ser possuída por uma só pessoa, por alguns, ou, por todos, formando a sociedade civil autocrática, aristocrática, e democrática (poder do príncipe, da nobreza e do povo). Já a segunda, ou seja, a forma de governar (*forma regiminis*), refere-se ao modo, baseado na Constituição, como o Estado faz uso da plenitude do seu poder. Nesse sentido, a Constituição é republicana ou despótica. O republicanismo é o princípio político da separação entre o poder executivo (governo) e o legislativo. Já o despotismo é o princípio da execução arbitrária pelo Estado de leis por ele mesmo criadas. Para Kant, das três formas de Estado, a democracia seria necessariamente um despotismo, porque funda um poder em que todos decidem, e, assim, todos, sem, no entanto, serem todos, decidem, o que é uma contradição da vontade geral consigo mesma e com a liberdade. Assim, toda a forma de governo que não seja representativa seria, em termos estritos, uma não forma, porque o legislador não pode ser ao mesmo tempo criador e executor da sua vontade. Logo, na visão de Kant, quanto mais reduzido é o número de pessoas que possuem o poder estatal, maior é a representação e mais a Constituição política se harmoniza com a possibilidade do republicanismo. Por tal razão, chegar a esta lógica é mais difícil na aristocracia do que na monarquia e impossível na democracia. KANT, op. cit., p. 13-15.

¹⁰⁰⁷ Para Kant, a liberdade exterior (jurídica) é a faculdade de não obedecer a quaisquer leis externas senão àquelas em que houver consentido. Já a igualdade exterior (jurídica) é a relação entre os cidadãos segundo a qual ninguém pode vincular juridicamente outro sem que reciprocamente também se submeta à lei. KANT, op. cit., p. 11-12.

os Estados já nascerem com obrigações comunitárias no plano internacional, surgidas, principalmente das normas *ius cogens*^{1008,1009}, como já identificado por diversas instituições supranacionais, como a Corte Internacional de Justiça¹⁰¹⁰, o Tribunal Penal Internacional¹⁰¹¹, o Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia^{1012,1013}, a Corte Interamericana de Direitos

¹⁰⁰⁸ Os artigos 53 e 64 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT), tratam das normas *ius cogens* ao dispor que “É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza, dispondo que “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé” e “Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se”. Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 6 jun. 2015.

¹⁰⁰⁹ Apesar da falta de definição do que seriam as normas *ius cogens* nos artigos 53 e 64 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, algumas normas de Direito Internacional possuiriam certo *status* hierárquico superior, como, por exemplo, o artigo 4º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o artigo 27 da Convenção Americana dos Direitos do Homem, o artigo 15 da Convenção Europeia de Direitos Humanos e o artigo 2º, § 4º, da Carta da ONU. Assim, por exemplo, o princípio da igualdade soberana dos Estados, o direito à autodeterminação, e a vedação ao recurso da força, ao genocídio e aos crimes contra a humanidade, possuiriam consequências distintas. Logo, qualquer norma de Direito Internacional que estiver em conflito com uma norma *ius cogens* será nula. As normas *ius cogens*, não se confundem com as obrigações *erga omnes*, que são obrigações impostas a todos, mas passíveis de derrogação por parte dos Estados. Cabe ressaltar que, no julgamento do caso *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)* de 1964, a Corte Internacional de Justiça trabalhou as obrigações *erga omnes*, definindo-as como obrigações de um Estado perante a comunidade internacional como um todo, citando exemplos dessas obrigações, quais sejam, ilegalidade dos atos de agressão, atos de genocídio e princípios e regras relativos aos direitos básicos da pessoa humana, como a proteção contra escravidão e discriminação racial. Contudo, esse rol seria, na verdade, composto por normas de *ius cogens*. TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean-Marc. **The fundamental rules of international legal order**. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff, 2006, capítulos I, II, IXX e XX.

¹⁰¹⁰ A Corte Internacional de Justiça é bastante tímida no uso e definição da noção de obrigação *ius cogens*, preferindo a Corte trabalhar com outros conceitos, como obrigação *erga omnes*, ordem pública, direitos interrogáveis ou não transgressíveis. Assim, por exemplo, a CIJ no caso *Nicaragua v. United States* de 1986, estabeleceu que as regras de não uso da força vinculariam não só os membros das Nações Unidas, mas terceiros Estados como direito costumeiro, e seriam obrigatórios independentemente de sua aceitação pelos Estados, já que nenhum Estado teria o direito de se opor a regras que digam respeito ao interesse da comunidade internacional. A mesma lógica se observa, por exemplo, no julgamento dos casos *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)* de 1964, *North Sea Continental Shelf (Germany v. Denmark and the Netherlands)* de 1969, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)* de 1980, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Request for advisory opinion)* de 2004, *East Timor (Portugal v. Austrália)* de 1995 e *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* de 1996. TOMUSCHAT; THOUVENIN, loc. cit.

¹⁰¹¹ No caso *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, o Tribunal Penal Internacional (TPI), ao analisar, incidentalmente, se possuiria jurisdição para julgar crimes de guerra de estupro e de escravidão sexual, praticados contra crianças soldados, membros da Força Patriótica pela Libertação do Congo (FPLC), liderada pelo senhor Bosco Ntaganda, entendeu que os próprios membros das forças armadas das partes beligerantes, não são excluídos da posição de potenciais vítimas, concluindo que a proibição de estupro, escravidão e escravidão sexual, têm caráter *ius cogens*. Caso *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*. Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/04-02/06-1707>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

¹⁰¹² No caso *Prosecutor v. Anto Furundzija* de 1998, o Tribunal afirmou a regra da proibição da tortura como *ius cogens*. *Prosecutor v. Anto Furundzija*. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹⁰¹³ O Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, também afirmou a regra do *ius cogens* no caso de genocídio (caso *Prosecutor v. Goran Jelisić* de 1999 e caso *Prosecutor v. Radislav Krstić* de 2001) e do direito humanitário (caso *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al* de 2000). TOMUSCHAT; THOUVENIN, loc. cit.

Humanos¹⁰¹⁴, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos¹⁰¹⁵ e a Corte Europeia de Direitos Humanos¹⁰¹⁶, o que flexibiliza, em certa medida, a ideia de não submissão dos Estados ao regramento da ordem jurídica internacional¹⁰¹⁷.

Nesta seara, o Estado soberano independente^{1018,1019}, sujeito de Direito Internacional, e seus elementos integrantes — governo central, população e território delimitado — deve ser lido dentro de ideia de sociedade internacional, formada por Estados juridicamente associados,

¹⁰¹⁴ A Corte Interamericana de Direitos Humanos já se manifestou sobre as regras *ius cogens* em algumas oportunidades, como na proibição da tortura e do tratamento cruel, inumano ou degradante (casos *Cantoral Benavides v. Peru* de 2000, *Hermano Gómez Paquiyauri v. Perú* de 2004, *Tibi v. Ecuador* de 2004 e *Caesar v. Trinidad y Tobago* de 2005), na afirmação do princípio da igualdade e da não discriminação (Opinião Consultiva 18 de 2003), no acesso à justiça nos planos nacional e internacional (caso *Goiburú et al. v. Paraguai* de 2006) e no direito à vida, liberdade e integridade física e psíquica (caso *Villagrán Morales y otros v. Guatemala — los “Niños de la Calle”* — de 1999). TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **El ejercicio de la función judicial internacional**: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 73-85.

¹⁰¹⁵ A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, afirmou que a proibição da execução de menores é norma *ius cogens* entre os países da OEA nos relatórios 3/1987 (caso *Roach et Pinkerton v. United States* de 1987), 62/2002 (caso *Michael Domingues v. United States* de 2002), 97/2003 (caso *Shaka Sankofa v. United States* de 2003), 100/2003 (caso *Douglas Christopher Thomas v. United States* de 2003) e 101/2003 (caso *Napoleon Beazley v. United States* de 2003). TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean-Marc. **The fundamental rules of international legal order**. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff, 2006, p. 29.

¹⁰¹⁶ A Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Soering v. The United Kingdom* de 1989, afirmou o caráter *ius cogens* da proibição da pena de morte, que consiste em norma imperativa do Direito Internacional moderno, e norma superior aos ordenamentos jurídicos internos e do direito consuetudinário geral. Caso *Soering v. The United Kingdom*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57619>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

¹⁰¹⁷ TOMUSCHAT, Christian. Obligations arising for states without or against their will. **Recueil des Cours de L’Académie de Droit International de la Haye**, t. 241, 1993-IV, p. 195-374.

¹⁰¹⁸ Se o Estado soberano voluntariamente ou involuntariamente se submeter à dependência de outro Estado, haveria logicamente a perda da independência do Estado, o que também ocorreria no caso de renúncia ou abandono da independência estatal. GUGGENHEIM, Paul. Les principes de droit international public. **Recueil des Cours de L’Académie de Droit International de la Haye**. t. 80, 1952-I, p. 1-189.

¹⁰¹⁹ Da mesma forma, nas confederações de Estados, no protetorado e na suserania, haveria renúncia em relação à soberania. As confederações de Estados se caracterizam pela reunião de Estados, com base em uma convenção internacional, e possuem fundamentalmente um papel de defesa comum de atos de agressão. Já os institutos do protetorado e da suserania são situações típicas do imperialismo e colonialismo. Assim, no caso do protetorado, o Estado sob proteção irá renunciar ao exercício independente de certas funções, e em contraprestação o Estado protetor irá resguardar o Estado sob proteção, em especial em face de agressões externas. Já na suserania, haveria uma relação de vassalagem entre dois Estados, em que o Estado vassalo é limitado em sua política externa. BILFINGER, Carl. Les bases fondamentales de la communauté des états. **Recueil des Cours de L’Académie de Droit International de la Haye**, t. 63, 1938-I, p. 129-241.

sob a base de cooperação¹⁰²⁰ e do equilíbrio da comunidade internacional^{1021,1022}, e, em consequência, podemos observar uma série de decisões judiciais internacionais reconhecendo a necessidade de uma inter-relação harmônica entre Estados.

Esta nova visão foi identificada pela antiga Corte Permanente de Justiça Internacional, no caso *Britain et al. v. Germany (S.S. "Wimbledon")* de 1923¹⁰²³ ao dispor que “*No doubt any convention creating an obligation of this kind places a restriction upon the exercise of the sovereign rights of the State, in the sense that it requires them to be exercised in a certain way. But the right of entering into international engagements is an attribute of State sovereignty*”.

Da mesma forma, no caso *Alabama (Alabama Claims)* de 1872¹⁰²⁴, se entendeu que “*And whereas the privilege of extritoriality accorded to vessels of war has been admitted into the law of nations, not as an absolute right, but solely as a proceeding founded on the principle of courtesy and mutual deference between different nations, and therefore can never be appealed to for the protection of acts done in violation of neutrality (...) That Great Britain has*

¹⁰²⁰ AGO, Roberto. **Scienza giuridica e diritto internazionale**. Milano: A. Giuffrè, 1950, p. 851-978.

¹⁰²¹ Immanuel Kant destaca que o que garante a paz perpétua é a natureza das coisas (*natura daedala rerum*), uma vez que, a discórdia dos homens, fazer surgir a harmonia, mesmo contra a sua vontade. Para Kant, a natureza providenciou que os homens pudessem viver sobre a Terra, e quis igualmente, e de modo despótico, que os homens tivessem que conviver na Terra, inclusive contra a sua inclinação. O resultado para a razão é que o homem está obrigado a ser um bom cidadão, embora não esteja obrigado a ser moralmente um homem bom. Assim, os seres racionais, para a sua conservação, passam a exigir, conjuntamente, leis universais. Estas leis universais, por sua vez, mesmo que os seres racionais sejam inclinados a se eximir no seu interior, nas suas disposições privadas acabam por se sujeitar, de forma a se conter reciprocamente. Logo, não se trata do aperfeiçoamento moral do homem, mas apenas do mecanismo da natureza, de modo tal que se obriguem mutuamente a submeter-se a leis coativas, suscitando assim o estado de paz em que as leis têm força. KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Tradução Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM, 1989, p. 23-25.

¹⁰²² Para Kant, o direito das gentes deve fundar-se em uma Federação Pacífica de Repúblicas (*foedus pacificum*), em que o direito dos povos, nas suas relações recíprocas, deve buscar a manutenção e garantia da paz de um Estado para si mesmo, e, ao mesmo tempo, a dos outros Estados federados, sem que estes devam por isso submeter-se a leis públicas e à sua coação. Os Estados nas relações recíprocas entre si não têm, segundo a razão, outro remédio senão o de se acomodar a leis públicas coativas, do mesmo modo que os homens singulares entregam a sua liberdade selvagem (sem leis) e formam um Estado de povos (*civitas gentium*). Vide KANT, op. cit., p. 17-19.

¹⁰²³ No caso, se discutia a passagem do navio britânico S.S. “Wimbledon”, que transportava armamento bélico, pelo canal de Kiel, que à época, estava sobre o domínio do *Deutsches Reich Weimarer Republik*. A Corte Permanente de Justiça Internacional, considerou que o Canal de Kiel seria uma via internacional para a passagem de todos os tipos de embarcações, tanto nos períodos de Guerra, quanto em tempos de paz. Diante disso, a Corte concluiu que a Alemanha teria a obrigação de ter permitido a passagem do navio S.S. “Wimbledon” pelo Canal de Kiel. Caso *Britain et al. v. Germany (S.S. "Wimbledon")*. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_01/03_Wimbledon_Arret_08_1923.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹⁰²⁴ O caso *Alabama (Alabama Claims)* de 1872, envolveu o pedido de indenização pelo governo norte-americano contra o Reino Unido, por ter permitido, durante a Guerra Civil, que navios de guerra pertencentes a grupo separatista (*Confederate States of America*), fossem construídos em estaleiros britânicos, o que violaria o acordo de neutralidade firmado entre os dois países. A questão foi analisada em um Tribunal de Arbitragem Internacional *ad hoc* em Genebra, na Suíça, constituído exclusivamente para esse fim. A decisão condenou a Grã-Bretanha a indenizar o governo norte-americano na quantia de 15 milhões e meio de dólares, e compôs parte do Tratado de Washington que restabeleceu as relações amistosas entre as duas Nações. Caso *Alabama (Alabama Claims)*. Disponível em: <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXIX/125-134.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2016.

in this case failed, by omission, to fulfil the duties prescribed in the first, in the second, and in the third of the rules established by Article VI of the treaty of Washington”.

A Corte Internacional de Justiça, estabelecida pela Carta das Nações Unidas como o principal órgão judicial das Nações Unidas com competência global, também, por exemplo, no caso *United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania (Corfu Channel)*¹⁰²⁵ de 1949, decidiu que nenhum Estado pode utilizar seu território contrariamente aos direitos de outros Estados.

Já na *Advisory Opinion* sobre a *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* de 1996, a Corte Internacional de Justiça reconheceu a existência de uma obrigação geral dos Estados de assegurar que atividades sob sua jurisdição e controle não causassem danos a outros Estados ou a áreas fora do controle nacional¹⁰²⁶.

Da mesma forma, a Corte Internacional de Justiça, na arbitragem *The Trail Smelter*, que envolvia os Estados Unidos e o Canadá em 1941, declarou que “*no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence*”¹⁰²⁷.

É também o que se observa na visão da Corte Internacional de Justiça, no caso *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (request for advisory opinion)*¹⁰²⁸, que, ao discutir o caráter *erga omnes* do direito à autodeterminação e o direito internacional humanitário, entendeu que “*a great many rules of humanitarian law (...)*

¹⁰²⁵ No caso *United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania (Corfu Channel)*, a Corte Internacional de Justiça, afirmou que a Albânia, no interesse da navegação em geral, tinha o dever de divulgar a existência de um campo de minas em suas águas territoriais e de alertar os navios de guerra da Marinha Britânica no momento em que se aproximassem do perigo iminente das minas. Caso *United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania (Corfu Channel)*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/1/1663.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹⁰²⁶ Segundo a Corte Internacional de Justiça “*The Court recognizes that the environment is under daily threat and that the use of nuclear weapons ...is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn. The existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment*”. Caso *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹⁰²⁷ Caso *The Trail Smelter Arbitration (United States v. Canada)*. Disponível em: <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹⁰²⁸ No caso, a Corte Internacional de Justiça entendeu que “*The obligations erga omnes violated by Israel are the obligation to respect the right of the Palestinian people to self-determination, and certain of its obligations under international humanitarian law (...) the right of peoples to self-determination, as it evolved in the Charter and from United Nations practice, has an erga omnes character*”. Caso *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (request for advisory opinion)*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1671.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

are to be observed by all States whether or not they have ratified the conventions that contain them, because they constitute intransgressible principles of international customary law”.

Além disso, muitos instrumentos internacionais apoiam este espírito integrador, como, por exemplo, a já citada Resolução 1.803 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, que declara que é desejável a promoção da cooperação internacional para o desenvolvimento econômico dos países, bem como que o acordo econômico e financeiro entre países, deve ser baseado nos princípios de igualdade e do direito dos povos e das nações à autodeterminação¹⁰²⁹.

Da mesma forma, no âmbito das Américas, a Carta da Organização dos Estados Americanos¹⁰³⁰ e a Carta Democrática Interamericana¹⁰³¹ sustentam uma visão renovada e integral da solidariedade americana, baseada na interdependência e complementaridade dos Estados, para alcançar o desenvolvimento integral dos Estados¹⁰³².

Portanto, todos estes instrumentos e decisões internacionais reconhecem o princípio da soberania do Estado em equilíbrio com a ideia de compreensão mútua e da cooperação internacional, e, assim, hoje, a intensificação das relações estatais produz uma releitura da legitimação do sistema de soberanias e das relações entre países na comunidade internacional, em que a soberania estatal deixa de ser absoluta para então se tornar compatível com a ideia de um ordenamento global interdependente e cooperativo¹⁰³³.

O mesmo quadro é observado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que sublinha que a República no seu relacionamento internacional, buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos latino-americanos, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações, reforçando também a necessidade de cooperação entre os Estados para o progresso da humanidade¹⁰³⁴.

Logo, na atual configuração estatal, não há mais como se analisar a arquitetura institucional do Estado dissociada de pressupostos cooperativos e dialógicos, o que

¹⁰²⁹ General Assembly resolution 1803 (XVII) of 14 December 1962, “Permanent sovereignty over natural resources”. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/law/resources.htm>>. Acesso em: 27 jul. 2015.

¹⁰³⁰ OAS Charter. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/treaties_A-41_Charter_of_the_Organization_of_American_States.htm>. Acesso em: 27 ago. 2015.

¹⁰³¹ A Carta Democrática Interamericana remonta à Declaração de Québec de 2001, que afirma o compromisso com a democracia e o reforço dos instrumentos da OEA já em vigor para a defesa da democracia representativa, que são: a Carta da OEA de 1948, o Protocolo de Cartagena de 1985, a Resolução AG / RES. 1080 (XXI-O/91) da Assembleia Geral de 1991 e o Protocolo de Washington de 1997. Inter-American Democratic Charter— OAS. Disponível em: <http://www.oas.org/charter/docs/resolution1_en_p4.htm>. Acesso em: 27 ago. 2015.

¹⁰³² DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 46-53.

¹⁰³³ TIBÚRCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **O direito internacional contemporâneo**: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹⁰³⁴ Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8617.htm>. Acesso em: 27 jul. 2015.

naturalmente se estende para o campo da compreensão dos pressupostos da soberania interna e externa e das relações institucionais de Poder, e, assim, há a necessidade de compreender essa redefinição da Soberania sob uma perspectiva contemporânea, com base na construção de mecanismos de inter-relação em um diálogo dinâmico e deliberativo, fundamental para a estabilidade da ordem internacional cosmopolita^{1035,1036}.

Consequentemente, diante do atual quadro global, não há mais como se pensar o Estado, e, por conseguinte, o sistema de soberanias, em uma visão isolacionista, mas sim como parte de um sistema muito mais amplo e cooperativista, que depende de cada componente para seu funcionamento regular¹⁰³⁷.

3.3 Os limites da jurisdição e o Estado-Nação soberano

No trato das relações internacionais entre Estados Soberanos, as práticas internacionais reiteradas ao longo dos séculos, criaram a noção, hoje amplamente aceita pelas Nações, de que o exercício do poder jurisdicional¹⁰³⁸, e, o complexo de órgãos devotados ao exercício da função jurisdicional¹⁰³⁹, ao atuarem cogentemente, como manifestação da potestade do Estado, se revelam como uma exteriorização do Princípio da Soberania do Estado¹⁰⁴⁰.

Essa ideia, em termos gerais, traduz-se, no plano internacional, na consolidação da visão tradicional da jurisdição internacional, de que apenas vinculam os Estados, as regras de Direito

¹⁰³⁵ Cosmopolitismo deve ser visto como universalismo, tolerância, patriotismo, cidadania global, comunidade global de seres humanos, culturas globais etc. KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Tradução Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM, 1989. p. 17-19.

¹⁰³⁶ NOGUEIRA, João Pontes; MESSARI, Nizar. **Teoria das relações internacionais: correntes e debates**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 57-102.

¹⁰³⁷ PECEQUILO, Cristina Soreanu. **Introdução às relações internacionais: temas, atores e visões**. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 111-169.

¹⁰³⁸ A origem moderna do Poder Judiciário tem fortes raízes na história inglesa no século XII, especialmente com a criação da *Court of Exchequer* em 1176 e da *Court of King's Bench* e *Court of Common Pleas* em 1178 (a *Court of Common Pleas*, pouco mais de 100 anos depois, tornou-se permanente, com a Magna Carta em 1215). Na França no século XII (em 1190) foi criado o *Conseil du roi de France* e no século XIII o *parlament* (espécie de tribunal). Nos Estados Unidos, a Constituição de 1787 trouxe o princípio da separação dos Poderes, e, o artigo III da Constituição afirma que o poder judicial dos Estados Unidos, será investido em uma Suprema Corte, e em tribunais inferiores como o Congresso ordenar e estabelecer. SAMPAIO, José Adércio Leite. **O Conselho Nacional de Justiça e a independência do Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 3-24.

¹⁰³⁹ A Jurisdição é o poder, função e atividade de aplicar o direito a um fato concreto, pelos órgãos públicos destinados a tal, obtendo-se a justa composição da lide. Ademais, a Jurisdição no Estado Constitucional se vincula à ideia dos Direitos Fundamentais e ao Princípio da Justiça. Logo, a jurisdição existe para zelar pelos direitos constitucionalmente previstos. Há também a necessidade de encontrar a técnica processual adequada à proteção do direito material, diante do aparecimento de normas processuais abertas e com conteúdo jurídico indeterminado. Assim, há a construção da norma no caso concreto, a partir da interpretação da Constituição e dos direitos fundamentais, abandonando o caráter meramente subsuntivo de aplicação da lei. Por todos MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

¹⁰⁴⁰ EVANS, Malcolm D. **International law**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 309-442.

Internacional emanadas de suas próprias vontades e os costumes internacionalmente aceitos¹⁰⁴¹, o que pode ser observado, por exemplo, na posição da Corte Permanente de Justiça Internacional em inúmeros casos, como em *Lotus (France v. Turkey)* de 1927¹⁰⁴² ao entender que “*In this sense jurisdiction is certainly territorial; it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention.(..) In these circumstances all that can be required of a State is that it should not overstep the limits which international law places upon its jurisdiction; within these limits, its title to exercise jurisdiction rests in its sovereignty*”¹⁰⁴³.

Da mesma forma, em *Status of Eastern Carelia (USSR v. Finland)* de 1923, a Corte Permanente de Justiça Internacional, reforçou o caráter facultativo da jurisdição internacional, consolidando a regra do consentimento dos Estados, como fundamento para a jurisdição internacional, expondo que “*apart from considerations of law, according to which the question of the status of Carelia is a matter of Russian domestic jurisdiction (...) a fundamental principle of international-law, namely, the principle of the independence of States. It is well established in international law that no State can, without its consent, be compelled to submit its disputes with other States either to mediation or to arbitration, or to any other kind of pacific settlement*”¹⁰⁴⁴.

¹⁰⁴¹ PELLET, Alain. Lotus que de sottises on profere en ton nom! Remarques sur le concept de souverainete dans la jurisprudence de la cour mondiale. In: **Melanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissechet**. Disponível em: <<http://www.alainpellet.eu/Documents/PELLET%20-%202007%20-%20Lotus.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

¹⁰⁴² No caso, a Corte Permanente de Justiça Internacional, teve de decidir se o governo turco teria violado normas de Direito Internacional, quando as cortes condenaram nacional francês, por crime cometido em alto-mar, pela colisão do navio francês Lotus, como o navio turco Boz-Kourt, o que causou a morte de 8 cidadãos turcos. A CPJI concluiu que ao instaurar processos criminais contra o nacional francês, a Turquia não teria violado norma de Direito Internacional, uma vez que compete ao Estado da bandeira da embarcação em que o crime foi cometido, em alto-mar, julgar os fatos, como se o ato delituoso tivesse sido praticado no território deste País. Caso *Lotus (France v. Turkey)*. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹⁰⁴³ Em grande medida, a decisão tomada pela Corte Permanente de Justiça Internacional no caso *Lotus (France v. Turkey)* de 1927, foi revista pela Corte Internacional de Justiça, na *Advisory Opinion* sobre a *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* de 1996, que, ao reconhecer a existência de uma obrigação geral dos Estados de assegurar que atividades sob sua jurisdição e controle não causassem danos a outros Estados ou a áreas fora do controle nacional, asseverou que “*The invocation of these dicta in the ‘Lotus’ case was inapposite...applicability in the very different circumstances of the present case. By its very nature, that process, in nuclear weapons as they exist today,...have the potential to destroy all civilization and the entire ecosystem of the planet (...) they constitute intransgressible principles of international customary law*”. Caso *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹⁰⁴⁴ É bem verdade que a Corte Permanente de Justiça Internacional em *Status of Eastern Carelia (USSR v. Finland)*, não respondeu à opinião consultiva, uma vez que “*the Russian Government categorically refuses to take any part in the examination of this question by the League of Nations or by the Permanent Court*”. Caso *Status of Eastern Carelia, USSR v. Finland*. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_B/B_05/Statut_de_la_Carelie_orientale_Avis_consultatif.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2016.

É também o que se observa no caso *Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. The United Kingdom)* de 1924¹⁰⁴⁵, em que a Corte Permanente de Justiça Internacional, se manifestou no sentido de que “*The Parties in the present case agrees that, if any dispute whatever should arise between the Mandatory and another Member of the League of Nations relating to the interpretation or the application of the provisions of the Mandate, such dispute, if it cannot be settled by negotiation, shall be submitted to the Permanent Court of International Justice provided. Due to the so-called ‘Mavrommatis fiction’ that the State is asserting its own right, the question, whether the present dispute originates in an injury to a private interest, which in point of fact is the case in many international disputes, becomes irrelevant*”^{1046,1047}.

Ademais, no plano interno, o exercício do poder jurisdicional, delineado por cada Estado no exercício de sua soberania, acaba por traçar as divisas da atuação dos órgãos jurisdicionais domésticos¹⁰⁴⁸, estipulando os limites da sua competência^{1049,1050}, a demonstrar que a jurisdição

¹⁰⁴⁵ A “ficção Mavrommatis”, construída pela Corte Permanente de Justiça Internacional, no julgamento do caso, estabelece a proteção pelo Estado, na esfera internacional, do seu nacional, pelos prejuízos causados por outros Estados, decorrentes de atos ilícitos internacionais, em identidade com a proteção diplomática. Ademais, segundo a CPJI, é o Estado que afirma o seu direito no plano internacional, em uma típica substituição processual, e, portanto, o fato do litígio decorrer de prejuízo a um interesse privado, é irrelevante para o Direito Internacional. PELLET, Alain. *La seconde mort d'Euripide Mavrommatis? notes sur le projet de la c.d.i. sur la protection diplomatique* In: **Droit Du Pouvoir, Pouvoir Du Droit Mélanges offerts à Jean Salmon**. Bruxelles: Bruylant, 2007. Disponível em: <[http://www.alainpellet.eu/Documents/PELLET%20-%202007%20-%20Seconde%20mort%20d'Euripide%20Mavrommatis%20\(M%20C3%A9langes%20Salmon\).pdf](http://www.alainpellet.eu/Documents/PELLET%20-%202007%20-%20Seconde%20mort%20d'Euripide%20Mavrommatis%20(M%20C3%A9langes%20Salmon).pdf)>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹⁰⁴⁶ Caso *Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. The United Kingdom)*. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹⁰⁴⁷ A decisão tomada pela CPJI no caso *Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. The United Kingdom)*, em grande medida, foi mitigada no caso *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, julgado pela CIJ em 2010, que, ao tratar da detenção do Sr. Ahmadou Sadio Diallo, seguida de sua expulsão pela República Democrática do Congo, entendeu, em uma típica relação de representação processual, pela violação ao Pacto de Direitos Civis e Políticos e à Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, tomando por base a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, da Corte Europeia de Direitos Humanos e da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. Assim, o caso, originalmente submetido à CIJ no exercício da proteção diplomática, acabou sendo analisado à luz do direito internacional dos direitos humanos, nos seguintes termos “*the applicable domestic law must itself be compatible with the other requirements of the Covenant and the African Charter; second, an expulsion must not be arbitrary in nature, since protection against arbitrary treatment lies at the heart of the rights guaranteed by the international norms protecting human rights, in particular those set out in the two treaties applicable in this case*”. Caso *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/103/16244.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹⁰⁴⁸ MARQUES, Claudia Lima. Ensaio para uma introdução ao direito internacional privado. **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Celso D. de Albuquerque Mello**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, v. 1, p. 319-350.

¹⁰⁴⁹ A competência é o conjunto de atribuições jurisdicionais de cada órgão ou grupo de órgãos, estabelecidas pelas Constituições e pelas leis. Competência também pode ser vista como o conjunto de limites, dentro dos quais cada órgão do Judiciário pode exercer legitimamente a função jurisdicional. Por todos vide GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

¹⁰⁵⁰ O Código de Processo Civil, fixa os limites da competência internacional brasileira nos artigos 21 a 23. Os artigos 21 e 22 regulam os casos em que a competência internacional do Brasil é concorrente, em virtude de ser possível o ajuizamento da ação no Brasil ou perante autoridade judiciária de outro país, uma vez que o ajuizamento

e as decisões judiciais se manifestam dentro das fronteiras estatais, tendo a produção de seus efeitos limitadamente ao âmbito espacial em que o Estado pode fazer cumprir soberanamente as suas determinações¹⁰⁵¹.

Assim, para que uma decisão ou ato jurisdicional produzido por uma corte doméstica possa ser reconhecida e gerar efeitos fora de sua jurisdição, exige-se, *a priori*, que algumas medidas de ordem procedimental sejam tomadas no Estado estrangeiro¹⁰⁵², a demonstrar que o Estado, como sujeito originário titular de soberania, possuiria competência exclusiva apenas no seu território para resolver litígios em seus tribunais¹⁰⁵³.

Além disso, da mesma forma, na sociedade internacional, a relação entre Estados soberanos no que toca ao exercício do poder jurisdicional, se efetiva por meio do princípio de Direito Internacional *par in parem non habet iudicium*, regra costumeira internacional¹⁰⁵⁴ por força da qual um Estado não tem como julgar outro Estado igualmente soberano sem o consentimento deste¹⁰⁵⁵, o que leva ao desenvolvimento teórico da regra da imunidade jurisdicional dos Estados¹⁰⁵⁶, decorrente da soberania e do princípio da igualdade soberana,

de ação perante tribunal estrangeiro não induz litispendência (artigo 24 CPC). O artigo 23, por sua vez, regula os casos de competência internacional exclusiva, quando a ação somente pode ser ajuizada perante autoridade brasileira, que tem competência com exclusão de qualquer outra. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 12 abr. 2016.

¹⁰⁵¹ EVANS, Malcolm D. **International law**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 309-442.

¹⁰⁵² No caso brasileiro, a homologação de sentença estrangeira é a forma de dar força executiva internamente a uma decisão (as sentenças homologáveis são as sentenças cíveis e penais para efeitos cíveis), prolatada por juiz estrangeiro. A homologação de sentença estrangeira é ação originária do STJ, em que se busca obter uma sentença constitutiva. Tal homologação será apreciada pelo STJ, por meio de um juízo de deliberação, em que não haverá o rejuízo da demanda original, mas sim e tão somente, apreciação da presença dos requisitos necessários para que se homologue a sentença alienígena. Ou seja, o STJ não irá apreciar o mérito da sentença estrangeira, mas sim a presença de requisitos formais (tais como a não violação à soberania, à ordem pública e aos bons costumes, ou, se a matéria homologável é de competência exclusiva da justiça brasileira), devendo ainda compatibilizar a decisão estrangeira com o ordenamento brasileiro (sistema da adaptação ou aproximação). Lembra-se, ainda, que a execução da sentença estrangeira no Brasil é competência da justiça federal (artigo 109, IX, da CF/88). DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito internacional privado**. Parte geral e processo internacional. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 1, p. 608-622.

¹⁰⁵³ EVANS, Malcolm D. **International law**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 11-13.

¹⁰⁵⁴ O Costume Internacional é considerado Fonte do Direito Internacional pelo artigo 38,3 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Apesar de não existir uma definição precisa e consensual sobre o que seria o costume internacional, podemos entendê-lo como o processo informal, através do qual certas normas não escritas de Direito Internacional são formadas espontaneamente na comunidade internacional. Sua existência depende de um elemento objetivo — que é comportamento repetido de Estados (*diuturnitas*) — e um elemento subjetivo — que é a crença de que tal comportamento é obrigatório (*opinio iuris sive necessitatis*). KUNZ, Josef. La crise et les transformations du droit des gens. **Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye**, t. 88, 1955-II, p. 1-104.

¹⁰⁵⁵ A imunidade jurisdicional dos Estados quanto à própria submissão à justiça de determinado Estado deverá ser tratada como matéria de competência internacional, ou seja, pressuposto processual de validade subjetivo. Diante de ausência de competência internacional, trata-se de incompetência absoluta para apreciar a questão e não se chega à discussão de imunidade. DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito internacional privado**. Parte geral e processo internacional. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 1, p. 579-582.

¹⁰⁵⁶ Além das imunidades do Estado, cabe lembrar que existem outras hipóteses de imunidades internacionais, aplicáveis aos agentes estatais e demais pessoas de Direito Internacional, como ocorre com as imunidades

quanto à submissão à justiça de determinado Estado, ou, quanto à execução de um julgado proferido por um Estado alienígena em face de outro Estado¹⁰⁵⁷.

diplomáticas e consulares, que foram codificadas na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961 e na Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963. Lembra-se que as imunidades diplomáticas e consulares, foram codificadas antes das imunidades do Estado, já que a Convenção das Nações Unidas sobre Imunidade de Jurisdição dos Estados e de seus Bens foi concluída em 2004, mas ainda não entrou em vigor. Da mesma forma, os chefes de Estado e chefes de Governo, apesar da ausência de norma internacional prevendo expressamente a imunidade, por conta do dever de reciprocidade e cortesia entre as nações, possuem imunidade decorrente da noção de soberania e imunidade do próprio Estado. Também as organizações internacionais gozam de imunidade, como se observa, por exemplo, da previsão do artigo 105 da Carta das Nações Unidas (“Os representantes dos membros das Nações Unidas e os funcionários da Organização gozarão, igualmente, dos privilégios e imunidades necessários ao exercício independente das suas funções relacionadas com a Organização”) e da Seção 2 da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, promulgada pelo Decreto 27784/50 (“Seção 2 — A Organização das Nações Unidas, seus bens e haveres, qualquer que seja sua sede ou o seu detentor, gozarão da imunidade de jurisdição, salvo na medida em que a Organização a ela tiver renunciado em determinado caso. Fica, todavia, entendido que a renúncia não pode compreender medidas executivas”). Lembra-se que, em decisões recentes, o STF (RE 597368 e 578543) entendeu que a Organização das Nações Unidas (ONU) e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), possuem imunidade de jurisdição e de execução relativamente a causas trabalhistas. DOLINGER; TIBURCIO, op. cit., p. 599-602.

¹⁰⁵⁷ O *act of state* (questão atinente à soberania de um Estado que afeta um particular), não se confunde com a imunidade de jurisdição. A imunidade de jurisdição é questão processual (competência). O *act of state* é questão de direito material, e ocorre quando há um ato no exterior praticado pelo Estado, em ato de sua soberania, e que posteriormente afeta um particular. Assim, o *act of state doctrine* requer que todos os Estados devam respeitar a independência dos outros Estados, e as Cortes locais não irão processar questões que ocorreram em outros Estados praticados pelos governos locais em um ato de soberania. O *act of state doctrine* não é previsto no Direito Internacional e no Direito Internacional consuetudinário, mas é um princípio reconhecido pelas Cortes norte-americanas. O *leading case* foi o caso *Schooner Exchange v. M’Faddon*, julgado pela *United States Supreme Court* em 1812. No caso, a *Schooner Exchange*, de propriedade de John M’Faddon e William Greetham, partiu de Baltimore em Maryland, em 27 de outubro de 1809, para San Sebastián na Espanha. Em 30 de dezembro de 1810, a *Schooner Exchange* foi apreendida por ordem de Napoleão Bonaparte, e então armada e comissionada como um navio de guerra francês, sob o nome de *Balaou*. Posteriormente, o navio teve que atracar na Filadélfia devido a danos causados por tempestades, e M’Faddon e Greetham ajuizaram uma ação na *United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania* objetivando apreender o navio, sob a alegação de que a embarcação tinha sido confiscada de forma ilegal pelo governo da França. A *United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania*, entendeu que não tinha jurisdição sobre o caso, contudo, a *United States Court of Appeals for the Third Circuit* reviu a decisão, e ordenou que a *District Court* analisasse o mérito da causa. Todavia, posteriormente, o *Chief Justice Marshall* da *United States Supreme Court* em 1812, entendeu que o caso envolveria a discussão sobre a soberania dos atos estatais de outros países, o que afastaria a possibilidade das cortes norte-americanas de analisarem o fato. A decisão é considerada como a primeira declaração judicial do *act of state doctrine* nos Estados Unidos. Esse precedente orientou especialmente as cortes norte-americanas a aplicarem o *act of state doctrine*, como se observa, por exemplo, em *Underhill v. Hernandez* de 1897 e em *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* de 1964, julgados pela *United States Supreme Court*. Em *Underhill v. Hernandez* de 1897, a *United States Supreme Court* entendeu que um cidadão norte-americano não teria direito a recuperar, em cortes norte-americanas, os prejuízos causados por General durante revolução na Venezuela, porque os atos do general seriam considerados atos do governo. Já em *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* de 1964, a *United States Supreme Court* aplicou o *act of state doctrine*, para entender pela legalidade da expropriação de bens de cidadãos americanos pelo governo cubano, sem qualquer indenização. No caso, o governo cubano expropriou diversas propriedades de cidadãos norte-americanos, inclusive o açúcar de propriedade da empresa norte-americana C.A.V. Em seguida, a empresa Farr, Whitlock & Co., comprou o açúcar diretamente do governo cubano, porém pagou o valor devido a Sabbatino, o representante legal da C.A.V. Assim, o Banco Nacional de Cuba entrou com uma ação na *United States District Court for the Southern District of New York* contra Sabbatino, para recuperar o dinheiro pago pela empresa Farr, Whitlock & Co. pelo açúcar. A *United States District Court for the Southern District of New York* e a *United States Court of Appeals for the Second Circuit* decidiram em favor de Sabbatino, e o caso foi objeto de recurso para a *United States Supreme Court*, que aplicou o *act of state doctrine*, entendendo pela legalidade da expropriação sem indenização, porque era um ato oficial de outro país, não sujeito a apreciação pelos tribunais norte-americanos. Em resposta às decisões tomadas pelas cortes norte-americanas quanto ao *act of state doctrine*, foi editado o *Second Hickenlooper Amendment* (22 U.S.C. § 2370) ao *Foreign Assistance Act* norte-americano de 1964, dispondo que

Contudo, com a evolução das relações internacionais, e, passando os Estados a ocupar com mais frequência a posição de parte nas atividades comerciais, impôs-se o abrandamento do princípio *par in parem non habet iudicium*, bem como da imunidade absoluta, surgindo, assim, a teoria da imunidade relativa¹⁰⁵⁸, distinguindo os atos de império (*ius imperii*), praticados pelo Estado enquanto titular do poder soberano, dos atos de gestão (*ius gestionis*), praticados em função da sua natureza ou da sua finalidade^{1059,1060}.

Esta mesma tendência de flexibilização da regra da imunidade no Direito Internacional, também se mostra presente em instrumentos jurídicos locais, como se observa, exemplificativamente, no *Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)* de 1976^{1061,1062} nos Estados

as Cortes não deverão aplicar o *act of state doctrine* em casos de expropriação por um Estado estrangeiro, exceto se o Presidente dos Estados Unidos alegar que os interesses de política externa poderiam ser afetados pela interferência judicial. LOWENFELD, Andreas Frank. Claims against Foreign States: A Proposal for Reform of United States Law. **New York University Law Review**, v. 44, 1969.

¹⁰⁵⁸ Assim, apenas aos atos de império se garantiria a imunidade de jurisdição, pois praticados pelo Estado enquanto titular do poder soberano. Dessa forma, a imunidade de jurisdição poderia ser, em tese, afastada em lides civil, comercial e trabalhista. Todavia, a imunidade de execução, no geral, permaneceria inflexível. Os precedentes históricos desta abordagem restritiva da imunidade estatal são: a Convenção de Bruxelas de 1926 (a Convenção Internacional para a unificação de certas regras concernentes às imunidades dos navios de Estado, firmada em Bruxelas em 10 de abril de 1926, por ocasião da Conferência Internacional de Direito Marítimo); a Convenção da Basileia de 1972 (a *European Convention of State Immunity*, que no artigo 11 dispõe que não haveria imunidade estatal se os fatos que ocasionaram a lesão ocorreram no território do foro e se o autor estivesse presente no território ao tempo em que os fatos ocorreram); e o *Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)* norte-americana de 1976. No Brasil, o precedente foi a Apelação Cível 9696 de 1977, julgada no Supremo Tribunal Federal pelo então Ministro Rezek. Hoje, a Convenção sobre Imunidade de Jurisdição e seus Bens da ONU de 2004, que ainda não está em vigor, afasta a imunidade de jurisdição em hipóteses de atos ilícitos. TIBÚRCIO, Carmen. **Temas de direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. 1, p. 123-156.

¹⁰⁵⁹ O STJ (RO 41-RJ; RO 64-SP; RO 57-RJ e RO 70-RS) já entendeu que é possível a citação do Estado estrangeiro para que este, querendo, oponha resistência à submissão à autoridade judiciária brasileira, classificando os atos em de império ou de gestão, pois tal medida não encontraria óbice no princípio da imunidade de jurisdição. DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito internacional privado**. Parte geral e processo internacional. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, v. 1, p. 587-592.

¹⁰⁶⁰ Posteriormente, a doutrina internacionalista constatou que a distinção entre atos de império e gestão era insuficiente. Tornou-se necessário utilizar os critérios da natureza e da finalidade, para diferenciar os atos do Estado. Em seguida houve uma nova evolução, e, atualmente, adota-se a técnica da enumeração, como ocorre com a Convenção da ONU sobre Imunidade de Jurisdicional e seus Bens de 2004. A primeira convenção a tratar da técnica de enumeração quanto à imunidade relativa, foi a *European Convention of State Immunity* (Convenção da Basileia de 16 de maio de 1972). TIBÚRCIO, Carmen. **Temas de direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. 1, p. 123-156.

¹⁰⁶¹ O *Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)* de 1976, previsto no Título 28, §§ 1330, 1332, 1391, 1441 e 1602-1611 do *United States Code*, fornece a base legal para que se possa ingressar com uma ação contra um Estado soberano estrangeiro nos Estados Unidos, e estabelece procedimentos específicos para o processo, a penhora de bens e a execução de sentença contra um Estado estrangeiro. *United States Foreign Sovereign Immunity Act*. Disponível em: <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/6-klimt-paintings-2013-maria-altmann-and-austria/united-states-foreign-sovereign-immunity-act/at_download/file>. Acesso em: 12 abr. 2016.

¹⁰⁶² A *Tate Letter* de 1952 é uma carta do *United States State Department*, escrita pelo *Attorney-General* Jack B. Tate, indicando uma mudança na política do governo norte-americano de apoio à teoria absoluta da imunidade de soberana estatal, para o suporte à teoria restritiva, estendendo, assim, a imunidade aos Estados estrangeiros para suas atividades públicas e governamentais, mas não às suas atividades comerciais. De toda sorte, com o *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976, foi dado *statutory effect* a esta teoria da imunidade estatal restritiva. LOWENFELD, Andreas Frank. Claims against Foreign States: A proposal for reform of United States Law. **New York University Law Review**, v. 44, 1969.

Unidos, no *State Immunity Act (SIA)* britânico de 1978¹⁰⁶³, no *State Immunity Act (SIA)* canadense de 1982¹⁰⁶⁴, no *Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)* australiano de 1985 e no *Inmunidad Jurisdiccional de los Estados ante los Tribunales Argentinos* de 1995¹⁰⁶⁵.

Este movimento também é confirmado pela jurisprudência doméstica, ao revelar uma abordagem restritiva à imunidade estatal, com destaque para os casos *Dralle v. Republic of Czechoslovakia* de 1950, julgado pela Suprema Corte da Áustria (*Oberster Gerichtshof*)¹⁰⁶⁶; *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria* de 1977, julgado pela *Her Majesty's High Court of Justice of England and Wales*¹⁰⁶⁷; *Letelier v. Republic of Chile* de 1984, julgado pela *United States Court of Appeals do Second Circuit*¹⁰⁶⁸; *Hugo Princz v. Federal Republic of Germany* de 1992, julgado pela *United States District Court for the District of Columbia*¹⁰⁶⁹; I

¹⁰⁶³ Segundo o *State Immunity Act (SIA)* britânico de 1978, o Estado estrangeiro não goza de imunidade se o contrato de trabalho foi celebrado ou executado no Reino Unido, não importando a nacionalidade do empregado. Da mesma forma, não haveria imunidade estatal, no caso de morte ou danos pessoais ocorridos no território britânico. *State Immunity Act* britânico. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/33/pdfs/ukpga_19780033_en.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2016.

¹⁰⁶⁴ Segundo o *State Immunity Act (SIA)* canadense, um país estrangeiro não poderia ser processado, em regra, em um tribunal canadense. Todavia, não haveria imunidade estatal no caso de morte ou danos pessoais ocorridos no território canadense, ou, ainda, no caso de Estados que apoiam o terrorismo, desde que conste em uma lista governamental específica. *State Immunity Act* canadense. Disponível em: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/S-18.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

¹⁰⁶⁵ DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. **Direito internacional privado**. Parte geral. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, v. 1, p. 583.

¹⁰⁶⁶ No caso, uma empresa alemã, com filial na Checoslováquia, e que possuía marcas registradas na Áustria, foi nacionalizada na Checoslováquia em 1945. Assim, foi solicitada uma liminar para impedir a empresa nacionalizada de usar a marca comercial na Áustria. A Checoslováquia afirmou ser imune à jurisdição austríaca, e, portanto, teria direito de usar a marca em causa. A Suprema Corte da Áustria (*Oberster Gerichtshof*), afirmou que um Estado estrangeiro pode estar sujeito à jurisdição de outro Estado, e que não haveria regra geralmente aceita no Direito Internacional que estabelecesse o conceito de imunidade absoluta dos Estados estrangeiros. A Suprema Corte afirmou ainda que, no presente caso, tratavam-se de atividades comerciais, e não de ato de um Estado soberano estrangeiro. Assim, a Checoslováquia estaria sujeita à jurisdição austríaca, e o decreto de nacionalização seria válido apenas no território da Checoslováquia, não tendo qualquer efeito extraterritorial. Assim, a Suprema Corte decidiu que, em consequência, a Checoslováquia não teria o direito a utilizar a marca em referência no território austríaco, revelando uma abordagem restritiva à imunidade estatal. Caso *Dralle v. Republic of Czechoslovakia*. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dlapil/cahdi/Source/state_immunities/Cahdi%20\(2005\)%206%20bil%20PartI%20Austria.pdf](http://www.coe.int/t/dlapil/cahdi/Source/state_immunities/Cahdi%20(2005)%206%20bil%20PartI%20Austria.pdf)>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹⁰⁶⁷ O caso *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria* de 1977 — que é considerado a mais extensa exposição jurisprudencial sobre a relação entre o Direito Internacional consuetudinário e o Reino Unido — envolveu a questão da imunidade de jurisdição nos tribunais ingleses em relação a operações comerciais. MAPESBURY, Lord Collins of; CROSS, Tom. **The law of international custom in the case law of the House of Lords and the United Kingdom Supreme Court**. Disponível em: <http://www.11kbw.com/uploads/files/LordCollins_TomCrossInternationalLawArticle.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2016.

¹⁰⁶⁸ No caso, Orlando Letelier del Solar, diplomata, político e ativista chileno, opositor ao regime de Augusto Pinochet, foi assassinado em Washington, D.C., por agentes secretos da *Dirección de Inteligencia Nacional*, a polícia política do regime militar chileno. A família do ex-embaixador chileno ajuizou, nos Estados Unidos, uma ação contra o Chile, que foi julgada procedente, com base no *Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)*. Caso *Letelier v. Republic of Chile*. Disponível em: <www.latinamericanstudies.org/chile/Letelier.rtf>. Acesso em: 12 abr. 2016.

¹⁰⁶⁹ No caso *Hugo Princz v. Federal Republic of Germany*, com a eclosão da Segunda Guerra Mundial, e, após os Estados Unidos declararem formalmente guerra contra a Alemanha, o Sr. Princz e sua família, que eram cidadãos americanos que residiam na Europa, foram capturados como estrangeiros inimigos. Pouco tempo depois, sua família foi assassinada pelos nazistas, e Princz passou três anos em seis campos de concentração diferentes. Depois

Congreso del Partido de 1983 e *Holland v. Lampen-Wolfe* de 2000, julgados pela *House of Lords*¹⁰⁷⁰; *McElhinney v. Irlanda*, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos em 2001¹⁰⁷¹; e, da mesma forma, nos casos *Democratic Republic of Congo v. FG Hemisphere Associates LLC* de 2010, julgado pela *Court of Appeal* chinesa¹⁰⁷²; *Estate of the Late Zahra (Ziba) Kazemi, et al. v. Islamic Republic of Iran (Kazemi case)* de 2011, julgado pela *Quebec*

de chegar aos Estados Unidos em 1946, Princz buscou obter reparações da Alemanha pelo sofrimento físico e mental infligido durante a guerra. No caso, a *United States District Court for the District of Columbia*, entendeu que a Alemanha não teria direito à imunidade quando violasse normas internacionais fundamentais. Todavia, posteriormente, a *U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*, rejeitou a reclamação de Princz contra a Alemanha. Caso *Hugo Princz v. Federal Republic of Germany*. Disponível em: <http://www.perleslaw.com/wp-content/files_mf/1443485363PRINCZv.FEDERALREPUBLICOFGERMANY_26F.3d1166.PDF>. Acesso em: 12 abr. 2016.

¹⁰⁷⁰ Lembra-se que muitos aspectos da imunidade de Estado no Reino Unido são tratados pelo *State Immunity Act* de 1978, porém, nos casos em que o *State Immunity Act* não possa ser aplicado, como, por exemplo, quando o ato ocorreu antes de sua entrada em vigor, ou, porque o *State Immunity Act* não é aplicável ao litígio, a *House of Lords* entendeu que a teoria restritiva da imunidade seria parte do direito inglês, como decidido em *I Congreso del Partido* de 1983 e *Holland v. Lampen-Wolfe* de 2000. MAPESBURY, Lord Collins of; CROSS, Tom. **The law of international custom in the case law of the House of Lords and the United Kingdom Supreme Court**. Disponível em: <http://www.11kbw.com/uploads/files/LordCollins_TomCrossInternationalLaw_Article.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2016.

¹⁰⁷¹ No caso *McElhinney v. Ireland* de 2001, a CEDH entendeu existir uma tendência, tanto no Direito Internacional, como no direito comparado, para limitar a imunidade do Estado com respeito à lesão pessoal causada por um ato ou omissão ocorrido dentro do Estado do foro, mas essa prática não seria universal. O caso *McElhinney v. Irlanda* envolvia a uma reivindicação por danos, a partir de uma demanda judicial apresentada na Irlanda, contra um soldado britânico que atirou no Sr. McElhinney e no Secretário de Estado da Irlanda do Norte. Os tribunais domésticos rejeitaram seu pedido, com base na imunidade invocada pelo Reino Unido. Em sua decisão final, a CEDH, apesar das considerações travadas acerca da imunidade estatal, considerou que as decisões dos tribunais irlandeses não excederiam a margem de apreciação quanto à limitação do direito individual de acesso à justiça. Caso *McElhinney v. Ireland*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59887>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

¹⁰⁷² No caso *Democratic Republic of Congo v. FG Hemisphere Associates LLC* de 2010, a empresa FC Hemisphere tentou fazer cumprir duas sentenças arbitrais em Hong Kong contra a República do Congo, tendo a *Court of Appeal* assentado seu posicionamento quanto à legalidade na cobrança das sentenças arbitrais, tendo em vista que a imunidade estatal não estaria protegida no tocante às relações comerciais praticadas pelos Estados. Contudo, este posicionamento é dissonante da doutrina da imunidade absoluta adotada pela República chinesa, o que motivou a reforma da decisão pela *Court of Final Appeal*. CHAN, Johannes. Hong Kong's constitutional journey: 1997-2011. **Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century**. In: CHEN, Albert H. Y. Cambridge University Press, 2014, p. 169-193.

*Superior Court*¹⁰⁷³; e *The Republic of Argentina v. NML Capital, Ltd.* de 2014, julgado pela Suprema Corte norte-americana^{1074,1075}.

Nesse mesmo sentido, a jurisdição supranacional e doméstica, passam a repensar a questão da imunidade estatal, em casos de graves violações aos Direitos Humanos e ao Direito

¹⁰⁷³ No caso, em 2003, a fotojornalista Zahra Kazemi, uma iraniana de nascimento, mas naturalizada canadense, foi torturada até a morte no Irã por funcionários do governo. Em 2006, o filho de Kazemi, Stephan Hashemi, ingressou com uma ação em Montreal contra o governo do Irã, o aiatolá Ali Khamenei (líder supremo do Irã), Saeed Mortazavi (Procurador-Geral de Teerã, acusado de ter ordenado a prisão de Kazemi) e Mohammad Bakhshi (ex-vice-chefe da inteligência para a prisão de Evin, onde Kazemi teria sido torturada). Em 2011, a *Quebec Superior Court* entendeu que Stephan Hashemi poderia prosseguir no julgamento, visto que o *State Immunity Act (SIA)* canadense de 1982, trata de exceção à imunidade, quando uma pessoa no Canadá sofre danos morais decorrentes de maus-tratos a um membro da família no exterior. Todavia, quanto à demanda do espólio de Zahra Kazemi, o Tribunal não admitiu prosseguir com o julgamento, visto que os abusos que Kazemi sofreu foram praticados apenas no Irã. O caso foi objeto de recurso para a *Quebec Court of Appeal*, que, em 2012, confirmou o julgamento da *Quebec Superior Court* quanto ao espólio de Zahra Kazemi, e, estendeu a aplicação da imunidade às reivindicações de Stephan Kazemi, concluindo que a exceção no *SIA* não deveria ser aplicada ao caso. A *Supreme Court of Canada* em 2014, ao analisar a questão, entendeu que o *State Immunity Act (SIA)*, ao não prever exceção à imunidade dos Estados estrangeiros em casos de tortura que ocorram fora do Canadá, não seria inconstitucional. Caso *Estate of the Late Zahra (Ziba) Kazemi, et al. v. Islamic Republic of Iran (Kazemi case)*. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/14384/index.do>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

¹⁰⁷⁴ O caso envolve o pedido de moratória da Argentina de 2001, em face de diversos credores internacionais. Assim, em vista da inadimplência Argentina, a NML Capital, Ltd., ingressou com diversas ações, alegando que a Argentina teria aberto mão da sua imunidade, por força de cláusula prevista em contrato firmado com a empresa. A *District Court for the Southern District of New York*, em 2003, determinou a *discovery* de propriedades e ativos argentinos localizada nos Estados Unidos e no exterior, com o objetivo de permitir o pagamento do débito. Em 2010, o *Bank of America* e o *Banco de la Nación Argentina*, que não eram originalmente partes na ação, foram intimados para informar sobre a existência de ativos argentinos. Dessa decisão, não houve recurso nem do *Bank of America*, nem do *Banco de la Nación*. Porém, a Argentina recorreu para a *United States Court of Appeals for the Second Circuit*, alegando que a decisão violaria o *Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)*, todavia, a Corte entendeu que como a ordem seria direcionada aos bancos, não haveria violação à soberania Argentina. A Argentina, então, apelou para a *United States Supreme Court*, que em 2014, entendeu que o tribunal poderia ordenar a *discovery* de propriedades e ativos de um Estado estrangeiro, independentemente do local onde estivesse estes bens e ativos, que são potencialmente sujeitos ao *Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)*. Caso *The Republic of Argentina v. NML Capital, Ltd.* Disponível em: <<http://www.nysd.uscourts.gov/cases/show.php?db=special&id=92>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹⁰⁷⁵ Da mesma maneira, esta tendência também se estende a demais pessoas de Direito Internacional, como se observa no julgamento de *John V. Doe v. Holy See* julgado pela *United States District Court for the District of Oregon* em 2009. *John V. Doe v. Holy See*, tratava da alegação de imunidade de soberania, arguida pela Santa Sé, em demanda relacionada à suposta prática de abuso sexual, praticado por Padre em Portland, Oregon. A *United States District Court for the District of Oregon* em 2009, entendeu que não se aplicaria a imunidade de jurisdição prevista no *Foreign Sovereign Immunities Act* à Santa Sé, tendo a *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit*, em 2009, mantido a decisão. Posteriormente, a Suprema Corte norte-americana em 2010, negou o *certiorari*, determinando que a *United States District Court for the District of Oregon* prosseguisse com o julgamento. Em 2013, a *District Court* julgou o mérito do caso, entendendo que a Santa Sé não poderia ser responsabilizada, uma vez que não teria havido relação de trabalho no caso, negando provimento ao pedido. Lembra-se que a Santa Sé, segundo os acordos de Latrão, em Roma, de 11 de fevereiro de 1929 —, ampliando as garantias anteriormente concedidas pela lei das garantias de 13 de maio de 1871 (que reconheceu inviolabilidade do Papa, seu estatuto jurídico equiparado ao do Rei da Itália, e seu direito de legação e relacionamento internacional) —, teve reconhecida a propriedade e soberania do Estado da Cidade do Vaticano, o que posteriormente foi reconhecido pela Constituição italiana de 1947. Assim, a Santa Sé, que é a cúpula governativa da Igreja Católica, instalada na cidade de Roma, possui personalidade jurídica internacional, ainda que, para alguns autores, não seja um Estado, nem tampouco uma Organização Internacional. Vide DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. **Direito internacional privado**. Parte geral. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, v. 1, p. 590. Vide também REZEK, Francisco. **Direito internacional público**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 1, p. 284-286.

Internacional, como se percebe em *Goiburú et al. v. Paraguai*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em 2006¹⁰⁷⁶.

Contudo, especialmente com o caso *Ferrini v. Repubblica Federale di Germania* (caso *Ferrini*) de 2004, julgado pela *Corte di Cassazione* italiana, esta posição é confirmada, ao se afirmar que as Cortes nacionais detêm jurisdição sobre os pedidos de compensação contra o Estado alemão, afastando a regra da imunidade de jurisdição nos casos que envolvam crimes de guerra, o que permitiu a condenação da Alemanha por violações aos Direitos Humanos, praticadas contra Ferrini, cidadão italiano, que foi obrigado a praticar trabalhos forçados durante a Segunda Guerra Mundial¹⁰⁷⁷.

Esta interpretação do caso *Ferrini*, cabe destacar, foi reforçada em outros casos, como se observa em *Federal Republic of Germany v. Giovanni Mantelli and others*¹⁰⁷⁸, *Repubblica Federale di Germania v. Presidenza Consiglio dei Ministri e Maietta*¹⁰⁷⁹ e *Milde v. Civitella (The Prosecutor v. Max Josef Milde)*¹⁰⁸⁰, julgados pela *Corte di Cassazione* italiana em 2008,

¹⁰⁷⁶ No caso *Goiburú et al. v. Paraguai*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em 2006, se determinou a reparação pelas violações aos Direitos Humanos decorrente da chamada “Operação Condor”, na qual os Estados do cone sul montaram uma rede de colaboração para perpetrar políticas de repressão. No caso, durante o período ditatorial dos anos 1970, foi montada uma rede de colaboração dos “serviços de inteligência”, para prosseguir, no âmbito interestatal, políticas conjuntas criminosas de repressão, coordenadas por políticas estatais de extermínio de segmentos-alvo, consistindo em operações transfronteiriças de “anti-insurreição”, que compreenderam detenções ilegais e arbitrárias, sequestros, torturas, assassinatos e execuções extrajudiciais, bem como desaparecimentos forçados de pessoas. A CIDH determinou que as graves violações de Direitos Humanos deveriam ser reparadas, e, em *obter dictum*, pontuou que o Estado atuou em uma situação clara de “terrorismo estatal”. TRINDADE, Antônio Augusto Caçado. **El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 73-85.

¹⁰⁷⁷ No caso, em 2008, o Sr. Luigi Ferrini, italiano, que havia sido deportado para a Alemanha, e submetido a trabalhos forçados durante os últimos três anos da Segunda Guerra Mundial, em setembro de 1998, decide propor no Tribunal de Arezzo (*Tribunale di Arezzo*), uma ação contra o Estado alemão, pleiteando uma indenização por danos sofridos durante o regime nazista. Contudo, o Sr. Luigi teve seu pedido negado, tanto pelo Tribunal de Arezzo, quanto pelo Tribunal de Apelação de Florença (*Corte di Appello di Firenze*), nos anos de 2000 e 2001, tendo ambas as cortes asseverado que a Alemanha, enquanto Estado soberano, gozava de imunidade jurisdicional. Entretanto, em 2004, a Corte de Cassação (*Corte di Cassazione*) italiana, admitiu o pleito do Sr. Luigi Ferrini, afirmando que as cortes nacionais detêm jurisdição sobre os pedidos de compensação contra o Estado Alemão, por entender que a regra da imunidade de jurisdição não se aplicaria aos casos que envolvessem crimes de guerra. Assim, no ano de 2007, o caso do Sr. Luigi Ferrini retornou ao Tribunal de Arezzo (*Tribunale di Arezzo*), que mesmo conhecendo do pedido, alegou que o caso já estava prescrito. Porém, não desistindo de seu pleito, o Sr. Luigi Ferrini recorreu novamente ao Tribunal de Apelação de Florença (*Corte di Appello di Firenze*), que, no julgamento do caso, em fevereiro de 2011, decidiu que, como a regra de imunidade de jurisdição não era absoluta, especialmente, para os casos que versassem sobre crimes de guerra, o Sr. Luigi faria jus a uma indenização do governo alemão. Caso *Ferrini v. Repubblica Federale di Germania*. Disponível em: <http://scienzepolitiche.unipg.it/tutor/uploads/ferrini_c_repubblica_federale_di_germania.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2015.

¹⁰⁷⁸ Caso *Federal Republic of Germany v. Giovanni Mantelli and others*. Disponível em: <<http://www.cortedicassazione.it/Documenti/14201.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2015.

¹⁰⁷⁹ Caso *Repubblica Federale di Germania v. Presidenza Consiglio dei Ministri e Maietta*. Disponível em: <<http://www-5.unipv.it/webdesed/docenti/tricci/matdid/Diritto%20internazionale%202010-11/Cass.%20civ.%20Sez.%20Unite%20n.%2014201-08%20Germania%20.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2015.

¹⁰⁸⁰ Os argumentos utilizados em *Ferrini* também foram reforçados no julgamento da ação proposta contra o Sr. Max Josef Milde, membro da *Hermann Göring*, divisão do Exército Alemão, pela acusação de participação no

em demandas trazidas por outros cidadãos italianos em situação similar contra o governo alemão, e, pela jurisprudência grega, no caso *Prefecture of Voiotia and others v. Federal Republic of Germany (Distomo)* de 1995, em que a *Supreme Civil and Criminal Court (Areios Pagos)*, confirmou o julgamento realizado contra a Alemanha pela *Court of First Instance (Protodikeio)* de Livadia, condenando o Estado alemão à indenização pelo massacre ocorrido em território grego durante a Segunda Guerra Mundial, sob o argumento de que a violação de direitos relacionados aos Direitos Humanos, acarreta a renúncia de todos os benefícios e privilégios estatais, de acordo com o Direito Internacional¹⁰⁸¹.

É bem verdade que a matéria foi, posteriormente, encaminhada pela Alemanha à Corte Internacional de Justiça (CIJ) em 2008, com base na *European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes* de 1957, tendo a maioria da Corte, no caso *Germany v. Italy: Greece*

massacre ocorrido em 1944 em Civitella (Val di Chiana), Cornia e San Pancrazio na Itália. O Tribunal Militar de *La Spezia (Tribunale Militare di La Spezia)* em 2006, no caso *Milde v. Civitella (The Prosecutor v. Max Josef Milde)*, sentenciou o Sr. Milde, à revelia, à prisão perpétua, condenando ainda solidariamente a Alemanha a pagar uma reparação aos sucessores das vítimas do massacre, decisão mantida também em 2007, pelo Tribunal Militar de Apelação em Roma (*Corte Militare di Appello di Roma*), e, em 2008, pela Corte de Cassação (*Corte di Cassazione*), confirmando que as cortes nacionais italianas detinham jurisdição sobre as reivindicações contra a Alemanha, uma vez que o Massacre de Civitella seria crime internacional. Vide caso *Germany v. Italy: Greece intervening (Ferrini and Distomo case)*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16869.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2015.

¹⁰⁸¹ Em relação à Grécia, cabe destacar que a *Court of First Instance (Protodikeio)*, de Livadia, em 1997, proferiu decisão à revelia, condenando a Alemanha pelo massacre ocorrido em 1944, durante a ocupação alemã na Grécia, na aldeia grega de Distomo. Posteriormente, em 2000, a *Supreme Civil and Criminal Court (Areios Pagos)*, no *Distomo case (Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany)*, negou recurso interposto pela Alemanha, todavia, a decisão restou não exequível, em face da ausência da autorização do Ministro da Justiça para execução da sentença contra Estado estrangeiro, conforme exigido pelo artigo 923 do Código de Processo Civil grego. Posteriormente, os demandantes do caso Distomo, propuseram uma ação contra a Grécia e Alemanha (*Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany*), na Corte Europeia de Direitos Humanos, alegando violação ao artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos e ao artigo 1º do Protocolo n. 1 da referida Convenção, ao recusar o cumprimento à decisão do Tribunal de Livadia. Contudo, a CEDH em 2002, inadmitiu o pleito dos autores, com base na regra de imunidade do Estado. Na sequência, os reclamantes gregos propuseram uma ação (*Greek Citizens v. Federal Republic of Germany*) no Tribunal Superior de Justiça alemão (*Bundesgerichtshof*), para o cumprimento, na Alemanha, da decisão do Tribunal de Livadia, tendo este pleito sido negado em 2003, sob o argumento de que a decisão grega teria sido proferida em violação ao direito à imunidade do Estado alemão. Por fim, os reclamantes tentaram cumprir as decisões gregas junto à Itália, tendo a *Court of Appeal of Florence*, em 2007, entendido que a decisão seria executável na Itália, o que foi confirmado, em 2008, pela *Corte di Cassazione* no caso *Repubblica Federale di Germania v. Regione della Vojotia*. Ademais, no que toca às reparações, a *Court of Appeal of Florence*, em 2006, entendeu pela possibilidade de cumprimento das decisões na Itália, o que também foi confirmado, em 2011, pela *Corte di Cassazione*, no caso *Repubblica Federale di Germania v. Amministrazione Regionale della Vojotia*. Assim, os demandantes gregos, requereram a incidência de um gravame (*ipoteca giudiziale*) sobre a Villa Vigoni, uma propriedade alemã em território italiano, sendo que, posteriormente, tal gravame foi suspenso, com base nos Decretos-lei 63/2010 e 216/2011 e na Lei 98/2010. Na sequência do caso em Distomo, outro caso foi levado aos tribunais da Grécia, contra a Alemanha, por cidadãos gregos — conhecido como *Margellos case (Margellos v. Federal Republic of Germany)* — envolvendo pedidos de indenização, por atos cometidos pelas forças alemãs na aldeia grega de Lidoriki, em 1944. Contudo, nesse caso, a *Supreme Civil and Criminal Court (Areios Pagos)*, em 2001, decidiu que, no estado atual de desenvolvimento do Direito Internacional, a Alemanha teria direito à imunidade estatal. Vide caso *Germany v. Italy: Greece intervening (Ferrini and Distomo case)*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16869.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2015.

intervening (*Ferrini and Distomo case*), entendido que a Itália não respeitou a regra da imunidade jurisdicional a que a Alemanha gozaria nos termos do Direito Internacional¹⁰⁸². Na visão da CIJ, a regra da imunidade de jurisdição, atualmente, é reconhecida e adotada como regra geral do Direito Internacional consuetudinário, tendo sido enraizada pelos próprios Estados, com base na legislação e na jurisprudência de seus tribunais, ocupando uma posição de prestígio no Direito Internacional e nas relações internacionais, como um desdobramento do princípio da igualdade soberana dos Estados, e, portanto, considerada em conjunto com o princípio de que cada Estado possuiria soberania sobre seu próprio território.

¹⁰⁸² O resumo histórico do caso se remete ao contexto da Segunda Guerra Mundial, em que a Itália ingressa como aliada da Alemanha, permanecendo assim até o mês de setembro do ano 1943, quando, após sua rendição aos aliados, a Itália declara guerra ao Reich alemão. Em retaliação, as forças alemãs remanescentes no território deram início a uma série de execuções e deportações de civis e militares italianos para trabalharem na Alemanha, sob regime de trabalho forçado, tendo sido negado a um grande número desses indivíduos capturados e escravizados pelas forças alemãs o *status* de prisioneiros de guerra. Após esse período, no mês de fevereiro de 1947, as forças aliadas assinaram um tratado de paz com a Itália, determinando em seu artigo 77, que a Alemanha estaria obrigada a pagar uma indenização ao governo italiano pelas perdas decorrentes da guerra, bem como restituir e restaurar propriedades italianas em território alemão, e indenizar os nacionais italianos que foram levados à força para fora de seu país. Em virtude do tratado de 1947, na década de 1950, o governo alemão instituiu uma lei para indenizar as vítimas de perseguição nazista, entretanto, essa compensação não alcançou inúmeros cidadãos italianos, por considerar que não se enquadravam na posição de vítima ou por não terem residência fixa na Alemanha, conforme determinava a lei federal de compensação de 1953. Em seguida, no mês de junho de 1961, o governo alemão realizou dois novos acordos com o governo italiano. O primeiro acordo foi uma indenização paga à Itália, para liquidar todas as dívidas relacionadas aos danos causados à propriedade e à economia do país, em decorrência da guerra, e, em contrapartida, exigiu que o governo italiano indenizasse a República Federal da Alemanha por toda e qualquer ação judicial eventualmente proposta por italianos, em relação aos danos já quitados com essa indenização. O segundo acordo, que entrou em vigor em 31 de julho de 1963, foi uma compensação de 40 milhões de marcos alemães, pagos ao governo italiano, para indenizar todos os cidadãos italianos sujeitos à perseguição pelo regime nazista. Em virtude desse acordo, o governo alemão exigiu que tal pagamento fosse à liquidação final entre a República Federal da Alemanha e a República Italiana, de todas as questões especificadas no acordo. No ano de 1965, a mesma lei de compensação de 1953 foi emendada, para abranger aqueles indivíduos que foram perseguidos pelo regime nazista por aspectos de sua etnia ou nacionalidade, entretanto, inúmeros cidadãos italianos foram novamente preteridos de tal indenização, por não gozarem do *status* de refugiado conforme prescrevia a nova alteração legal. Ademais, no intuito de compensar os indivíduos que tinham sido submetidos a trabalhos forçados, o governo alemão, em agosto de 2000, decidiu criar por lei federal, uma fundação (*Remembrance, Responsibility and Future Foundation*), para disponibilizar fundos para atender essas pessoas. A mesma lei colocou certos limites sobre esse direito à indenização, sendo uma dessas balizas a exclusão de tal benefício àqueles que possuíam o *status* de prisioneiro de guerra, sob o fundamento de que, conforme as regras do Direito Internacional, ao prisioneiro de guerra poderia ser imposto o trabalho forçado pela potência detentora. Posteriormente, inúmeros ex-militares italianos solicitaram uma indenização ao abrigo da lei federal de 2000, porém, tiveram seus pedidos negados pelo governo alemão, e, posteriormente pelas Cortes alemãs, que entenderam que, os militares italianos nunca perderam seu *status* de prisioneiros de guerra no período da Segunda Guerra Mundial. Em seguida, em junho de 2004, o Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*), no caso *BvR 1379/2001*, considerou, que a exclusão de reparação pelos prisioneiros de guerra pela Lei Federal de 2000, não violaria o direito à igualdade garantida pela Constituição alemã, como também entendeu que Direito Internacional público, não impõe que a compensação por trabalho forçado seja um direito individual. Diante disso, em dezembro do mesmo ano, um grupo de ex-militares italianos entrou com uma ação contra o governo alemão perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, que ao realizar o exame de admissibilidade do pedido em setembro de 2007, declarou a aplicação *n. 45563/04 (Associazione Nazionale Reduci and 275 Others v. Germany)* incompatível *ratione materiae* com as disposições da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Caso *Germany v. Italy: Greece intervening (Ferrini and Distomo case)*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16869.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2015.

Contudo, a grande importância do caso, se deu pela ampla discussão travada pela CIJ acerca dos limites da jurisdição nacional e da imunidade jurisdicional dos Estados em se tratando de crimes contra a humanidade e crimes de guerra, a demonstrar que a preocupação com a proteção dos Direitos Humanos em nível global, vem impondo o abrandamento do princípio *par in parem non habet iudicium*, permitindo o afastamento da imunidade jurisdicional conferida aos Estados¹⁰⁸³.

Nesse sentido, apesar da jurisdição historicamente ter sido associada aos sistemas jurídicos nacionais, como um elemento essencial de construção nacional e de reconhecimento internacional, os limites da jurisdição nacional, com os Direitos Humanos, a globalização e o crescimento da sociedade internacional interdependente, que interage cada dia de forma mais profunda, vem tomando outros formatos na rede jurisdicional mundial.

Portanto, os limites da jurisdição nacional, passam a ser reconstruídos, diante de uma nova dinâmica nas relações interestatais, e, da mesma forma, da amplitude de incidência dos Direitos Humanos na esfera internacional, o que passa a flexibilizar e redefinir as balizas da jurisdição doméstica.

3.4 Os novos limites da jurisdição e o Estado-Nação soberano

Com as mudanças na arquitetura global e a intensificação da interação econômica e cultural, pode-se afirmar que, cada vez mais, as decisões judiciais locais se apoiam em argumentos de decisões transnacionais, ao discutir as diferentes soluções possíveis para

¹⁰⁸³ De toda sorte, apesar do entendimento da CIJ acerca da imunidade jurisdicional dos Estados no caso *Germany v. Italy: Greece intervening (Ferrini and Distomo case)*, cabe destaque para a posição externada pelo voto vencido do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, que, dentre diversos argumentos, entendeu que a imunidade estatal não se aplica aos casos de crimes internacionais e às graves violações aos Direitos Humanos, que, na verdade, não seriam atos *jure imperii*, uma vez que seriam atos antijurídicos, *delicta imperii*, violações do *ius cogens*, que não podem ser simplesmente removidas por conta da imunidade do Estado. Ademais, para Trindade, seria importante delimitar a regulamentação jurídica do trabalho forçado ao tempo da Segunda Guerra Mundial, que repousava na Convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Trabalho Forçado de 1930, que dispunha sobre uma série de restrições e proibições sobre trabalho forçado, deixando claro que os prisioneiros de guerra não poderiam ser empregados de qualquer forma em operações de guerra, lembrando que a Convenção da OIT de 1930, foi seguida pela Convenção sobre a Abolição do Trabalho Forçado de 1957, ambas com aceitação praticamente universal. Da mesma forma, a IV Convenção da Haia de 1907, continha a célebre cláusula *Martens*, que invoca a proteção dos “princípios da humanidade” e das “exigências da consciência pública”, a todos os seres humanos, bem antes do sinistro pesadelo e dos horrores do Terceiro Reich. No mesmo sentido, a Convenção de Genebra sobre Prisioneiros de Guerra de 1929, tratava da proibição dos trabalhos forçados que fossem insalubres ou perigosos para os prisioneiros de guerra. O Estatuto do Tribunal de Nuremberg de 1945, também listou, entre os crimes de guerra, a “deportação, para o trabalho escravo”, e, entre os crimes contra a humanidade, a “escravidão, deportação e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra”. Caso *Germany v. Italy: Greece intervening (Ferrini and Distomo case)*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16869.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2015.

determinado caso concreto, catalisando redes e instituições que fomentam e promovem mudanças judiciais, como uma realidade contemporânea que leva à desterritorialização do espaço jurisdicional¹⁰⁸⁴.

Nesse sentido, hodiernamente, os sistemas jurídicos entram em uma situação de avaliação recíproca permanente, em um espaço não hierárquico e policêntrico, em que o fluxo transnacional cria uma relação na qual cada tribunal define as relações com os demais tribunais, em um espaço cada vez mais sensível a outras influências extraterritoriais, ou seja, a partir deste movimento transfronteiriço, as decisões estrangeiras e internacionais, passam a agir de forma persuasiva e como um ponto de apoio para a racionalidade da decisão jurisdicional, atribuindo um fundamento de caráter mais universalizável, que permite conferir à decisão doméstica um grau mais elevado de generalidade, na busca de um novo espaço público judicial¹⁰⁸⁵.

É o que se observa da visão da Corte Internacional de Justiça, no caso *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)* de 2010, ao afirmar que “*The Court recalls that it is for each State, in the first instance, to interpret its own domestic law. The Court does not, in principle, have the power to substitute its own interpretation for that of the national authorities, especially when that interpretation is given by the highest national courts (...) Exceptionally, where a State puts forward a manifestly incorrect interpretation of its domestic law, particularly for the purpose of gaining an advantage in a pending case, it is for the Court to adopt what it finds to be the proper interpretation*”¹⁰⁸⁶.

Da mesma forma, diante deste novo quadro institucional, o exercício do poder jurisdicional passa a ser revisto, delineado pela construção jurisprudencial doméstica e internacional, onde a compreensão clássica do papel da jurisdição interna deve ser legitimamente exercido, a partir de mudanças no paradigma dos fenômenos locais, com base no fortalecimento da efetividade de justiça e no entendimento de que a jurisdição deve ser

¹⁰⁸⁴ SHAFFER, Gregory. Transnational legal process and state change: opportunities and constraints. **Minnesota Legal Studies Research Paper**, n. 10-28, 2010. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1901952>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹⁰⁸⁵ NOGUEIRA, João Pontes; MESSARI, Nizar. **Teoria das relações internacionais: correntes e debates**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 57-102.

¹⁰⁸⁶ A Corte Internacional de Justiça em *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)* de 2010 decidiu que “*the expulsion of an alien lawfully in the territory of a State which is a party to these instruments can only be compatible with the international obligations of that State if it is decided in accordance with ‘the law’ (...) an expulsion must not be arbitrary in nature, since protection against arbitrary treatment lies at the heart of the rights guaranteed by the international norms protecting human rights*”. Caso *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/103/16244.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

trabalhada em um diálogo aprofundado e estruturado a partir da projeção das Cortes transnacionais¹⁰⁸⁷.

Esta posição, também foi reforçada pela visão do Tribunal de Justiça da União Europeia, em *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA* de 1978¹⁰⁸⁸, ao afirmar que o juiz nacional tem o dever de garantir a plena eficácia das disposições comunitárias, mesmo em face de leis posteriores que sejam contrárias às diretrizes comunitárias, e, em *Melki (C-188/2010)* e *Abdeli (C-189/2010)* de 2010, ao se entender pela obrigação do juiz nacional, no caso de conflito entre o direito interno e o direito comunitário, de garantir a plena eficácia do direito comunitário¹⁰⁸⁹.

Da mesma maneira, a Corte Europeia de Direitos Humanos, nos julgados *Kruslin v. France* de 1990¹⁰⁹⁰ e *Eriksson v. Sweden* de 1989¹⁰⁹¹, deixa claro que as Cortes domésticas devem observar os critérios estabelecidos pela CEDH, quanto à interpretação e aplicação da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

No sistema interamericano, o surgimento da obrigação internacional para os juízes nacionais de aplicar as normas interamericanas, também é reforçada por diversas decisões, como se observa da posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Peru* de 2006^{1092,1093}.

¹⁰⁸⁷ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2004. p. 46-306.

¹⁰⁸⁸ Em *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA* de 1978, a Itália impôs uma taxa de inspeção de saúde pública em 1970, que estava em conflito com normas comunitárias anteriores. Apesar da posição dos tribunais italianos de que a lei doméstica deveria prevalecer, o Tribunal de Justiça da União Europeia considerou que o juiz nacional tem o dever de garantir a plena eficácia das disposições comunitárias, de acordo com o princípio do primado do direito comunitário. Caso *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA*. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=89693&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=197683>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹⁰⁸⁹ PEETERS, Patrick. The Belgian constitutional review procedure under European scrutiny. **European Public Law**, v. 18, 2012, p. 411-422.

¹⁰⁹⁰ Caso *Kruslin v. France*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57626>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

¹⁰⁹¹ Caso *Eriksson v. Sweden*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57481>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

¹⁰⁹² O caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Peru*, deriva da edição do decreto-lei 25.640/92, pelo Presidente Alberto Fujimori, que ocasionou a perda dos cargos públicos de 257 trabalhadores do Congresso Nacional, e negou a concessão de benefícios sociais e previdenciários, o que os deixou em situação de miserabilidade, já que não possuíam outra fonte de renda. O referido decreto-lei foi editado com base no denominado “Governo de Emergência e Reconstrução Nacional”, criado por intermédio do Decreto-lei 25.418/92, que permitia que o Presidente legislasse por meio da figura do decreto-lei, mesmo que em detrimento do texto constitucional. A Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu que, quando o Estado ratificar um tratado internacional, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, surge uma obrigação internacional para o Estado, e, da mesma forma, para os juízes nacionais, que tem o dever de aplicar as normas interamericanas, exercendo seu papel no controle de convencionalidade. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Peru*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_ing.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2016.

¹⁰⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 66-67.

Da mesma forma, a demarcação destes novos limites da jurisdição, é afirmada em diversas decisões locais, como no julgamento da House of Lords em *R. (Factortame Ltd) v. Secretary of State* de 1989¹⁰⁹⁴, *R. (Quark Fishing Ltd) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* de 2005, *R. (Alconbury Developments Ltd) v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions* de 2001¹⁰⁹⁵, ao se entender pela obrigação em adotar a interpretação da Corte Europeia de Direitos Humanos.

Essa posição foi ainda externada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (*bundesverfassungsgericht*), no caso *BvR 1215/2007*¹⁰⁹⁶, ao estatuir que cabe aos tribunais nacionais interpretar os princípios de Estrasburgo, a partir de uma leitura aprofundada, com a construção de princípios básicos, cujo resultado final será o florescimento da Convenção em solo doméstico¹⁰⁹⁷.

Nos países do sistema interamericano, essa exigência de atuação relacional, também é reforçada em diversos casos, como em *Mazzeo, Julio Lilo y otros* de 2007¹⁰⁹⁸ julgado pela

¹⁰⁹⁴ *R. (Factortame Ltd) v. Secretary of State* de 1989, foi a primeira vez em que tribunais britânicos consideraram que teriam o poder não aplicar as normas locais quando contrárias à legislação da União Europeia. O caso discutia a validade da *Merchant Shipping Act* de 1988, em face do direito da União Europeia, ao exigir que os navios registrados no Reino Unido, tivessem uma maioria de proprietários britânicos. CRAIG, Paul. *Constitutionalizing Constitutional Law: HS2*, [2014] Public Law 373, **Oxford Legal Studies Research Paper**, n. 45, 2014.

¹⁰⁹⁵ A House of Lords, em *R. (Quark Fishing Ltd) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* de 2005 e em *R. (Alconbury Developments Ltd) v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions* de 2001, entendeu pela aplicação do “*mirror principle*”, e pela obrigação dos tribunais do Reino Unido, em adotar a interpretação da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre a Convenção Europeia de Direitos Humanos. ELLIOTT, Mark. *Interpretative Bills of Rights and the Mystery of the Unwritten Constitution*. **New Zealand Law Review**, n. 4, 2011, p. 591-623.

¹⁰⁹⁶ O Tribunal Constitucional Federal alemão (*bundesverfassungsgericht*) observou no caso *BvR 1215/2007*, julgado em de 24 de abril 2013 — ao tratar da criação de uma base de dados de combate ao terrorismo internacional, como um arquivo composto de várias agências de segurança —, que as decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia devem ser interpretadas, sempre que possível, de modo a evitar conflitos com a legislação, valores e princípios nacionais. *BvR 1215/2007*. Disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2013/04/rs20130424_1bvr121507en.html>.

Acesso em: 6 fev. 2016.

¹⁰⁹⁷ BJORGE, Eirik. *National supreme courts and the development of ECHR rights*. **International Journal of Constitutional Law**, v.9, 2011, p. 5-31.

¹⁰⁹⁸ A Suprema Corte de Justiça argentina, no caso *Mazzeo*, declarou que “*cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial, debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”. Nesse caso, a Suprema Corte argentina afirmou estar submetida à interpretação conferida ao direito convencional pela Corte Interamericana. Ou seja, a Corte deixou claro que deve observar o sentido outorgado à Convenção pela Corte Interamericana: “*Así, la Corte Suprema de Argentina aplica la pauta de interpretación que del mismo ha hecho la Corte interamericana, interpretación conforme a la Convención Americana como estándar mínimo de respeto de derechos humanos, como asimismo el respeto y resguardo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”. Caso *Mazzeo, Julio Lilo y otros*. Disponível em: <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumento.html?idAnalisis=630503>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

Suprema Corte de Justiça argentina, e, na *Sentencia* 0664/2004-R do Tribunal Constitucional da Bolívia¹⁰⁹⁹.

Nesse sentido, há a necessidade de se observar o papel desempenhado pelas práticas jurisdicionais transnacionais que ultrapassam fronteiras geográficas históricas e culturais, e, seu âmbito de eficácia^{1100,1101}, com a maior integração da sociedade mundial, uma vez que, com a

¹⁰⁹⁹ O Tribunal Constitucional da Bolívia também já declarou estar vinculado aos precedentes da Corte Interamericana: “*El cumplimiento de estos requisitos que hacen al Juez natural, permite garantizar la correcta determinación de los derechos y obligaciones de las personas; de ahí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia es vinculante para la jurisdicción interna, en su Sentencia de 31 de enero de 2001 (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 77), ha establecido que toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial*”. *Sentencia* 0664/2004-R. Disponível em: <<http://www.revistabolivianadederecho.org/index.php/item/1652-s-c-no-664-2004-r>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹¹⁰⁰ A discussão sobre o âmbito de eficácia e a necessidade de internalização das sentenças de cortes internacionais e supranacionais nas ordens domésticas, remete, na verdade, ao antigo debate Kelsen/Tripel acerca das relações entre o Direito Internacional e o direito interno. Como nos mostra Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo, o debate Kelsen/Tripel se desviou dos seus propósitos iniciais, visto que, mais do que a questão da hierarquia, a controvérsia se cinge à incorporação automática (ou não) das normas de Direito Internacional. Logo, a questão da absorção pelas ordens internas das sentenças internacionais e supranacionais, também estaria aqui abarcada. Assim, as “conclusões dos dois juristas aplicam-se a todas as fontes formais do Direito Internacional: tratados, costumes, princípios, etc. Mas o problema da incorporação de outros atos internacionais que não são tratados ainda não foi devidamente posto. (...) O Caso Avena na Corte Internacional de Justiça foi paradigmático para despertar a atenção do mundo sobre o tema da execução de sentenças de cortes internacionais. A CIJ determinou a revisão judicial de quarenta e nove processos, nos quais os EUA haviam desrespeitado a proteção consular do artigo 36.1 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, que ainda não tinham recebido sentença terminativa. O Presidente George W. Bush, em Memorando ao Advogado Geral, determinou que as cortes nacionais, ‘por uma questão de cortesia’, deveriam cumprir com as obrigações internacionais dos Estados Unidos determinadas pela Corte Internacional de Justiça. Entretanto, oito juízes da Corte de Apelação do Texas afirmaram que o memorando não seria obrigatório porque, caso fosse, o presidente estaria excedendo a sua autoridade e se intrometendo no Poder Judiciário, o que fere o princípio basilar da tripartição dos poderes. Ademais, um memorando não possui o mesmo valor de uma lei e, portanto, não obrigaria o Texas. No Brasil, as decisões de cortes internacionais enfrentariam problema similar, pois são internalizadas por meio de decreto presidencial, sem qualquer participação do Congresso Nacional. No caso *Ximenes Lopes*, o Brasil foi sentenciado, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a pagar indenizações para a família da vítima. A sentença foi internalizada pelo Decreto 6.185 de 13 de agosto de 2007 que autorizou a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República a ‘promover as gestões necessárias ao cumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos’. A questão que se coloca é a de se sentenças de cortes internacionais, não apenas as da CIDH, devem ou não ser homologadas, a exemplo do que ocorre com as sentenças de cortes estrangeiras. Em verdade, sentenças estrangeiras precisam de homologação porque pertencem a outro ordenamento nacional; consistem em normas produzidas por outro sistema jurídico e, portanto, devem ser recepcionadas por meio de um processo formal. O raciocínio dualista aplica-se no caso das sentenças estrangeiras, sem qualquer sombra de dúvida. Mas a situação das sentenças internacionais apresenta-se um tanto obscura. Valério Mazzuoli dá uma resposta tipicamente monista para o problema: ‘O Supremo Tribunal Federal [agora Superior Tribunal de Justiça] não tem competência constitucional, e tampouco legal, para homologar sentenças proferidas por tribunais internacionais, que decidem acima do pretense poder soberano estatal, e têm jurisdição sobre o próprio Estado’. BORGES DE MACEDO, Paulo Emílio. *Monismo e dualismo além dos tratados: a internalização das resoluções do Conselho de Segurança*. In: VII Congresso Brasileiro de Direito Internacional, 2009, São Paulo. **Estudos de direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2009, v. XVII, p. 400-410.

¹¹⁰¹ Segundo ainda Paulo Emílio Borges de Macedo: “O Direito Internacional nunca possibilitou um Estado de descumprir seus deveres pactuados. As cortes internacionais sempre fizeram as obrigações internacionais prevalecer em detrimento do direito interno desde o Caso Alabama de 1872 entre Estados Unidos e Reino Unido. Já no seu primeiro acórdão, em 1923, a Corte Permanente de Justiça Internacional recusou admitir a validade de um ato interno (sobre neutralidade) da Alemanha para escusar o inadimplemento das obrigações do Tratado de Versalhes. Em uma passagem bastante célebre, esta mesma Corte reafirma esta regra de modo bastante contundente: ‘do ponto de vista do Direito Internacional e desta corte, que é o seu órgão, as leis nacionais são

progressiva ausência de limites territoriais da jurisdição, os problemas jurídicos se tornam insuscetíveis de serem tratados por uma única ordem jurídica, tornando-se concomitantemente relevantes para mais de uma ordem jurídica, que são chamadas ou instadas a oferecer respostas para o problema¹¹⁰².

Desta feita, a produção judicial decorrente do sistema transnacional, acaba por se estender para o campo da compreensão dos pressupostos da soberania interna e externa e das relações institucionais de Poder, permitindo, dentre outros fatores, uma reconfiguração no modelo clássico do Estado-Nação, como um elemento de reconhecimento nacional¹¹⁰³, o que, diante da fragmentação sistêmica e da desterritorialização da jurisdição, leva à resolução simultânea de problemas jurídicos por diversas ordens jurídicas¹¹⁰⁴.

Da mesma forma, a expansão das atividades jurídicas para os mais variados campos, bem como a diversificação de objetos e técnicas, com a criação de diversos regimes jurídicos autônomos, distribuídos geograficamente, é capaz de produzir incoerências¹¹⁰⁵, e, assim, embora seja verdade que as estruturas judiciais tenham se desenvolvido historicamente conforme uma lógica hierárquica, não é menos verdadeiro que com o surgimento de uma nova paisagem fragmentada¹¹⁰⁶, uma concepção hierárquica linear acaba por se tornar insuficiente para fornecer uma leitura adequada da multiplicidade de fontes jurisdicionais que começam a se expandir para além dos países¹¹⁰⁷.

Portanto, a jurisdição, como construção transnacional e fluxo transversal, principalmente em função do surgimento de estruturas fragmentadas, passa a ser vista como uma ideia de processos múltiplos, simultâneos e iterativos, envolvendo diferentes atores e

simples fatos, que expressam a vontade e constituem o comportamento dos Estados, do mesmo modo que as decisões judiciais e os atos administrativos'. A CPIJ nunca atenuou esse entendimento; ao contrário, ela o ampliou até para disposições constitucionais: 'um Estado não pode invocar, face a outro Estado, a sua própria Constituição para se subtrair às obrigações que lhe são impostas pelo Direito Internacional ou pelos tratados em vigor'. A Corte Internacional de Justiça perseverou nesta jurisprudência. A CIJ, ainda, qualificou a prevalência do Direito Internacional sobre o direito interno como um 'princípio fundamental do Direito Internacional'. BORGES DE MACEDO, op. cit., p. 181-197.

¹¹⁰² DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 46-306.

¹¹⁰³ ACKERMAN, Bruce. The Rise of World Constitutionalism. **Virginia Law Review**, v. 83, 1997, p. 771-797.

¹¹⁰⁴ KOSKENNIEMI, Martti. Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law. **Report of the Study Group of the International Law Commission**. UN Doc. A/CN.4/L.682. 13 abr. 2006.

¹¹⁰⁵ KOSKENNIEMI, loc. cit.

¹¹⁰⁶ PETERS, Anne. The Refinement of International Law: From Fragmentation to Regime Interaction and Politicization. **Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper N. 2016-19**. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2823512>. Acesso em: 8 set. 2016.

¹¹⁰⁷ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2004. p. 46-306.

fluxos em diversas direções¹¹⁰⁸, e, por outro lado, a crescente especialização do direito em diferentes ramos, bem como a maior institucionalização de cortes e tribunais específicos, caracteriza, em princípio, um movimento de ruptura e fragmentação¹¹⁰⁹, o que, naturalmente, acaba por afetar o papel dos tribunais no âmbito dos sistemas nacionais, uma vez que, a jurisdição, ao enfrentar a exigência de intercâmbio com outras ordens jurídicas, passa a ter a necessidade de determinar a extensão e os limites do impacto transnacional na jurisdição doméstica ao julgar um caso concreto¹¹¹⁰.

Neste sentido, o processo de jurisdicionalização do direito e o aparecimento de regimes autônomos completamente independentes, contribui para complexificar a discussão sobre a unidade do sistema jurídico, uma vez que a descentralização dos processos jurisdicionais, acaba por, potencialmente, gerar conflitos acerca de um mesmo tema, ou seja, a crescente normatização de novas áreas antes não reguladas pelo direito, acaba por gerar a percepção de fragmentação no desenvolvimento normativo e judicial¹¹¹¹.

Da mesma forma, o processo de globalização, ao passo que tende a uniformizar as formas de vida das diferentes sociedades, também acaba por criar regimes de especialização e atomização, o que pode gerar certo desequilíbrio normativo e incompatibilidades sistêmicas, na medida em que os ramos específicos do direito, produzam práticas institucionais próprias, o que leva à ideia de que o direito e as práticas judiciais, estão se desenvolvendo de forma fragmentada¹¹¹².

Desta feita, diante desta concepção fragmentada do direito, o conceito de jurisdição acaba por ser desenvolvido em paralelo com a ideia de sistema transnacional, que compreende as decisões judiciais que se aplicam para além das fronteiras de partes situadas em mais de um Estado soberano — não se enquadrando, dessa forma, na concepção tradicional de jurisdição — e podendo ser construída por instituições multilaterais ou por redes transnacionais, e difundida globalmente¹¹¹³.

¹¹⁰⁸ KOH, Harold Hongju. *Transnational Legal Process. Faculty Scholarship Series Paper*, n. 2096, 1996. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers12096>. Acesso em: 18 jan. 2016.

¹¹⁰⁹ PETERS, loc. cit.

¹¹¹⁰ KOH, loc. cit.

¹¹¹¹ KOSKENNIEMI, Martti. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission*. UN Doc. A/CN.4/L.682. 13 abr. 2006.

¹¹¹² PETERS, Anne. *The Refinement of International Law: From Fragmentation to Regime Interaction and Politicization. Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper N. 2016-19*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2823512>. Acesso em: 8 set. 2016.

¹¹¹³ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 235-277.

Da mesma maneira, paralelamente, esta tendência à desterritorialização da jurisdição, é também observada com a expansão do âmbito de atuação jurisdicional doméstica, como se nota, exemplificativamente, da versão original da lei de competência universal belga de 1993¹¹¹⁴, do antigo artigo 23.4 da *Ley Orgánica del Poder Judicial* espanhola¹¹¹⁵, do *Alien Tort Statute*¹¹¹⁶ e do *Justice Against Sponsors of Terrorism Act*¹¹¹⁷ nos Estados Unidos e do *Code of Crimes Against International Law (Volkerstrafgesetzbuch – VStGB)* alemão de 2002¹¹¹⁸, como uma

¹¹¹⁴ A lei em sua versão inicial previa a possibilidade de a justiça belga, com base na competência universal, iniciar um processo judicial por crimes contra a humanidade, mesmo que nem o autor, nem a vítima, fossem de nacionalidade belga, e, que os fatos em causa tivessem ocorrido fora do território belga. Em 2003 esta lei foi modificada, para que a jurisdição belga fosse exercida apenas quando o assunto em causa tenha alguma ligação com a Bélgica ou que fosse baseada em uma norma internacional, restringindo a jurisdição universal, fundamentalmente, para atos de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra. ZIMMERMANN, Andreas. *Violations of Fundamental Norms of International Law and the Exercise of Universal Jurisdiction in Criminal Matters*. In: TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean-Marc. **The fundamental rules of international legal order**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2006, p. 335-353.

¹¹¹⁵ A Espanha, da mesma forma, com base na jurisdição universal prevista no artigo 23.4 da *Ley Orgánica del Poder Judicial*, permita aos tribunais iniciar processos judiciais por crimes contra a humanidade, independentemente da nacionalidade dos autores e vítimas, e, do local onde foram cometidos. Após protestos, em 2009, a legislação foi alterada para vedar as práticas de jurisdição universal na Espanha. ZIMMERMANN, loc. cit.

¹¹¹⁶ O *Alien Tort Statute*, também chamado de *Alien Tort Claims Act*, permite aos tribunais norte-americanos julgarem casos relacionados aos Direitos Humanos, apresentados por cidadãos estrangeiros, por condutas praticadas fora dos Estados Unidos, ao dispor “*The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States*”. *Alien Tort Statute*. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2009-title28/pdf/USCODE-2009-title28-partIV-chap85-sec1350.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

¹¹¹⁷ O *Justice Against Sponsors of Terrorism Act*, aprovado em 2016 pelo Congresso norte-americano possui como objetivo “*provide civil litigants with the broadest possible basis, consistent with the Constitution of the United States, to seek relief against persons, entities, and foreign countries, wherever acting and wherever they may be found, that have provided material support, directly or indirectly, to foreign organizations or persons that engage in terrorist activities against the United States*”. *Justice Against Sponsors of Terrorism Act*. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/705/472/250679/>>. Acesso em: 4 dez. 2016. permite aos tribunais norte-americanos julgarem casos relacionados aos Direitos Humanos, apresentados por cidadãos estrangeiros, por condutas praticadas fora dos Estados Unidos, ao dispor “*The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States*”. *Alien Tort Statute*. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2009-title28/pdf/USCODE-2009-title28-partIV-chap85-sec1350.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

¹¹¹⁸ Em 2002 a Alemanha, inspirada pelas disposições do Estatuto de Roma, adotou o *Code of Crimes Against International Law (Volkerstrafgesetzbuch – VStGB)* regulando, através de lei interna, os crimes contra o direito internacional público. O *VStGB* deixou a prever a aplicação do princípio da jurisdição universal para os crimes de genocídio, contra a humanidade e de guerra, independentemente de qualquer ligação com o Estado alemão, seja acerca da nacionalidade do acusado, do local em que os atos ilícitos foram praticados ou da nacionalidade da vítima. *Code of Crimes Against International Law (Volkerstrafgesetzbuch – VStGB)*. Disponível em: <<https://www.mpicc.de/files/pdf1/vstgbleng2.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

tendência ao reconhecimento da jurisdição universal para crimes graves contra o Direito Internacional^{1119,1120}.

Logo, uma vez que os sistemas jurídicos se mostram insuficientes para enfrentar o fluxo de ações e o impacto de eventos através das fronteiras, este uso de decisões judiciais, que são exportadas e importadas através das fronteiras, ajuda a construir uma resposta funcional para aumentar a interconexão econômica, social e política, projetando para além dos limites nacionais¹¹²¹, em que a compreensão clássica do papel da jurisdição é reconceptualizado, a partir da ideia de diálogos transnacionais, em que a jurisdição interna passa a ser legitimamente exercida tendo em conta a visão de uma justiça transnacional, arquitetada em uma cadeia de reconhecimento universal¹¹²².

Todavia, naturalmente, a jurisdição desterritorializada e fragmentada, reflexo da intensificação da interação transfronteiriça, caracterizada pela globalização econômica e cultural, ocorre diferencialmente nas ordens jurídicas, por meio de processos de articulação permanente e rearticulação de sua aplicação, envolvendo instituições além do Estado-nação, e, neste sentido, deve ser vista como um processo multidirecional, na medida em que o transnacional procura influenciar práticas locais e que os sistemas domésticos fornecem modelos de realimentação transnacional¹¹²³.

¹¹¹⁹ Os juízes Al-Khasawneh, Higgins, Kooijmans e Buergenthal, da Corte Internacional de Justiça, entendem que há uma tendência ao reconhecimento da legalidade de jurisdição universal para crimes graves contra o Direito Internacional, posição que corresponde à Resolução de Nápoles do Instituto de Direito Internacional de 2009. Vide Institut de Droit International (IDI). **Immunity from Jurisdiction of the State and Persons who act on Behalf of the State in case of International Crimes**. Session of Naples, 2009. Third Commission, Rapporteur: Lady Fox. Disponível em: <http://www.idi-iil.org/idiE/navig_chon2009.html>. Acesso em: 8 out. 2015.

¹¹²⁰ Na verdade, há dois tipos distintos de aplicação extraterritorial da lei nacional, com base na regra da jurisdição universal. O primeiro seria a jurisdição universal comum, pela qual o Direito Internacional permite que um Estado possa regular e sancionar uma conduta realizada fora de seu território, com base na ideia de cooperação internacional, para impedir a impunidade e a criminalidade comum. Essa hipótese remonta a Hugo Grocio, que em sua obra *De lure Belli ac Pacis*, tratar da competência comum para a punição da pirataria e dos crimes internacionais praticados em alto-mar, e, é hoje, observada, exemplificativamente, na Convenção Única sobre Entorpecentes (1961), na Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas (1971), ou, ainda, na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (2000). O segundo tipo de jurisdição universal, é denominado de jurisdição universal especial ou qualificada, que se direciona à prática de atos que violem normas internacionais essenciais, como os crimes contra a humanidade, crimes de guerra e genocídio, permitindo a aplicação extraterritorial da lei nacional, com base em tratados internacionais que permitem o uso da lei nacional para reger condutas que violaram valores essenciais da comunidade internacional, ou, com fundamento na existência do costume internacional de jurisdição universal absoluta, desenvolvido a partir dos “Princípios de Nuremberg”, como se observa na versão original da lei de competência universal belga de 1993, na *Ley Orgánica del Poder Judicial* espanhola e no *Alien Tort Statute* nos Estados Unidos. RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 294-298.

¹¹²¹ KOH, Harold Hongju. *Transnational Legal Process*. **Faculty Scholarship Series Paper**, n. 2096, 1996. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers12096>. Acesso em: 18 jan. 2016.

¹¹²² DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2004, p. 46-306.

¹¹²³ WALDRON, Jeremy. *Teaching cosmopolitan right*. In: MCDONOUGH, Kevin; FEINBERG, Walter (eds.). **Education and citizenship in liberal-democratic societies: cosmopolitan values and cultural identities**. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 23-55.

Ou seja, nesta concepção de jurisdição recursiva¹¹²⁴ e dinâmica, os processos políticos, sociais e legais, interagem simultaneamente e de forma cíclica, dentro da jurisdição transnacional e nacional, em uma relação que se reforça mutuamente¹¹²⁵ e este processo, por sua vez, dá origem a ciclos recursivos de decisões nacionais e transnacionais, que se reconstróem e prosseguem em permanente autodescrição e auto-observação, fornecendo modelos que reconfigurem os respectivos papéis do Estado e do ordenamento local, deslocando a fronteira e as formas de Estado, ou em outras palavras, promovendo novas arquiteturas estatais¹¹²⁶.

Dessa forma, o fluxo de decisões transnacionais nos fornece um veículo para avaliar as influências nas ordens locais, uma vez que os sistemas domésticos incorporam prescrições e modelos para o desenvolvimento, aplicação e execução de preceitos transnacionais, em um processo iterativo e dinâmico¹¹²⁷, e, da mesma forma, as decisões nacionais, frequentemente fornecem os modelos que são exportados para outros países, em interações múltiplas e multidirecionais, envolvendo o diálogo permanente entre sistemas¹¹²⁸.

Ou seja, a expansão desta construção transnacional e deste fluxo judicial, acaba por ser usada para avaliar a forma como a decisão é produzida em nível transnacional, migrando através

¹¹²⁴ A recursividade se aproxima, em alguma medida, das ideias de Niklas Luhmann. Luhmann sustenta que os sistemas estabelecem um processo de troca entre sistema e meio, bem como que este intercâmbio pressupõe que os sistemas devam ser abertos. A tais ideias, Luhmann agrega o acontecimento comunicativo proveniente da diversidade. Os sistemas abertos respondem a essa referência teórica, na medida em que os estímulos do meio podem modificar a estrutura do sistema. Além do que, para Luhmann, o sistema do direito é um sistema parcial da sociedade. A sociedade é o entorno do sistema do direito, e o direito efetua operações na sociedade. Logo, as operações do direito são operações sociais e trata-se de uma estrutura circular (autopoietico), em que o sistema se produz por meio do sistema em si mesmo, e não por meio de fatores situados no seu meio. Assim, as operações sociais devem ter a capacidade de articular as operações anteriores com as subsequentes, descartando as operações que não lhe pertencem, e, dessa forma, um sistema se produz por meio da comunicação informada. Portanto, o sistema opera de forma comunicativa, protegendo os limites que a própria sociedade traz, e essa comunicação constitui um processo contínuo, produzindo comunicação pela comunicação, independente do consenso (acordo total). Nesse sentido, a unidade de um sistema se produz por operações de sistema (ou cláusulas operativas do sistema), que se forma por meio da comunicação informada, e, assim, o sistema do direito traz e remarca aquilo que deve ser visto no sistema como comunicação jurídica. Logo, por meio da auto-observação do sistema, deve-se observar aquilo que se ajusta ou não a ele, e, portanto, a comunicação possui uma espécie de recursividade, com a qual se pode tanto reconstruir como retroceder, delimitando o que deverá prosseguir. E esta comunicação permanece, sempre, como uma comunicação interior ao sistema, construída pela autodescrição e auto-observação. Logo, deve haver um permanente influxo comunicativo, dada a acelerada evolução social, sob pena de um fechamento cognitivo, que torne o próprio sistema incapaz de realizar a operação autopoietica (construir suas próprias estruturas) e suas estruturas obsoletas. Para tanto vide: LUHMANN, Niklas. Punto de partida em la teoria del derecho. In: _____. **El derecho de la Sociedad**. Ciudad de México: Herder, 2006, p. 61-92.

¹¹²⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 235-277.

¹¹²⁶ NEVES, loc. cit.

¹¹²⁷ SHAFFER, Gregory. Transnational legal process and state change: opportunities and constraints. **Minnesota Legal Studies Research Paper**, n. 10-28, 2010. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1901952>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹¹²⁸ KOH, Harold Hongju. Transnational Public Law Litigation. **Faculty Scholarship Series Paper**, n. 2076, 1991. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/ulfss_papers12076>. Acesso em: 18 jan. 2016.

das fronteiras, seja pela aplicação pelos tribunais nacionais, seja ainda como forma de interpretação da legislação interna, ou de mudanças em nível doméstico transnacionalmente induzida¹¹²⁹.

Assim, este processo transnacional, também acaba por afetar o papel dos tribunais no âmbito dos sistemas nacionais, em particular a jurisdição, ao enfrentar a exigência de intercâmbio desterritorializado com outras ordens jurídicas, de forma que, desta interação sejam determinadas a extensão e os limites do impacto transnacional na jurisdição doméstica¹¹³⁰.

Nesse sentido, na atual sociedade cosmopolita e globalizada, não há dúvida de que a jurisdição acaba por se tornar um bem intercambiável, transpondo fronteiras como se fosse um produto de exportação, que passa de uma esfera nacional para outra, e, recursivamente, volta para a esfera internacional, para posteriormente se infiltrar novamente na ordem local, em um fluxo que demonstra a esperança da consolidação dialógica das relações jurídicas no nível local e transnacional¹¹³¹.

Ademais, diante dos processos transnacionais e da desterritorialização da jurisdição, o papel do Estado como autoridade formal que exerce a jurisdição obrigatória e monopoliza o uso legítimo da força dentro de um território, acaba por ser afetado, em diferentes dimensões, nos contextos institucional e político¹¹³², como se observa na produção judicial decorrente do paradigma extranacional, em que a jurisdição passa a ser trabalhada sob uma perspectiva de atribuição de competência para revisão de decisões judiciais, a órgãos de outro Estado nacional, permitindo que a palavra final da jurisdição de um país independente, submeta-se à decisão final de outro país, o que acaba por afetar também o papel dos tribunais no âmbito dos sistemas nacionais, e, portanto, do sistema de soberanias e da territorialidade da jurisdição local¹¹³³.

Em particular, no sistema da *commonwealth*¹¹³⁴, algumas instituições desempenham a função de última instância na apreciação de questões judiciais de certos países independentes, como se observa em Antígua e Barbuda, Bahamas, Granada, Jamaica, São Cristóvão e Nevis, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas¹¹³⁵, Tuvalu, Ilhas Maurício, Trinidad e Tobago, Kiribati,

¹¹²⁹ SHAFFER, loc. cit..

¹¹³⁰ KOH, loc. cit.

¹¹³¹ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2004, p. 46-306.

¹¹³² SLAUGHTER, Anne-Marie. **A new world order**. Princeton University Press, 2004.

¹¹³³ GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why do Countries adopt Constitutional Review? **Journal of Law, Economics & Organization**, n. 30, 2014.

¹¹³⁴ H. RUSSELL, Peter. The Diffusion of judicial Review. The Commonwealth, the United States, and the Canadian Case. **Policy Studies Journal**, v. 19, n. 1, 1990, p. 116-126.

¹¹³⁵ O *Privy Council* possui *appellate jurisdiction* sobre as jurisdições, a despeito da independência que lhes foi reconhecida pela Grã-Bretanha, de Antígua e Barbuda, Bahamas, Granada, Jamaica, São Cristóvão e Nevis, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas. VOIGT, Stefan; EBELING, Michael W. Improving Credibility by Delegating

Brunei¹¹³⁶ e Ilhas Cook^{1137,1138}, ao permitir, mesmo após a independência do Reino Unido, que determinadas questões possam ser levadas ao *Privy Council*¹¹³⁹ em Londres, em casos envolvendo a interpretação do *common law*¹¹⁴⁰.

Na verdade, até bem recentemente, diversos outros sistemas jurídicos possuíam hipóteses de *appeal* para o *Privy Council*, como é o caso da Nova Zelândia, que apenas em 2004, com o estabelecimento formal da *Supreme Court of New Zealand*, cessou a possibilidade de *appeal* para o *Privy Council*¹¹⁴¹; da Austrália, que após 1986, com a aprovação do *Australia Act* pelos parlamentos Britânicos e Australiano, vedou completamente *appeals* para o *Privy Council*, sendo a *High Court* australiana a última instância de análise de questões

Judicial Competence: The Case of the Judicial Committee of the Privy Council. **Journal of Development Economics**, v. 82, 2007, p. 348-373.

¹¹³⁶ Da mesma forma, em Tuvalu, percebe-se um cenário bastante similar, ao manter o apelo à *Her Majesty in Council* que, em seguida, remete o processo para o *Judicial Committee of the Privy Council*, bem como, nas Ilhas Maurício, Trinidad e Tobago, e Kiribati que apelam diretamente ao *Privy Council*, e, ainda, em Brunei, que usa o *Privy Council* como órgão consultivo do Sultão, que é o Chefe de Estado. VOIGT; EBELING, loc. cit.

¹¹³⁷ Da mesma maneira, no caso das Ilhas Cook, apesar da situação bastante particular de livre associação em relação à Nova Zelândia, também observamos a *appellate jurisdiction* do *Privy Council* sobre a *Cook Island Court of Appeal*, inclusive em casos envolvendo a questões de interpretação da *Constitution of Cook Islands*. Contudo, é interessante destacar que a própria Nova Zelândia já não se submete à jurisdição do *Privy Council* desde 2004, com o estabelecimento formal da *Supreme Court of New Zealand*. VOIGT; EBELING, loc. cit.

¹¹³⁸ As Ilhas Cook são um país composto por 15 ilhas principais, no Oceano Pacífico, em um regime de *self-governing*, em livre associação com a Nova Zelândia. Assim, apesar da segurança externa e as relações exteriores serem exercidas pela Nova Zelândia, as Ilhas Cook possuem capacidade internacional, inclusive para a elaboração de tratados. Anteriormente, as Ilhas Cook foram um protetorado britânico de 1888 até 1990, quando foram incorporadas aos domínios britânicos. Em 1901, as Ilhas Cook foram incluídas no território da então colônia da Nova Zelândia, permanecendo com este *status* até 1965, quando o governo da Nova Zelândia decidiu oferecer autonomia para as Ilhas Cook. CURTIS, Lionel G. **The Commonwealth of Nations**. London: Forgotten Books, 2012, p. 17.

¹¹³⁹ O *Privy Council* é o corpo de conselheiros do monarca, e, remonta ao ano de 1833. BARNETT, Hilaire. **Constitutional and Administrative Law**. Abingdon: Taylor & Francis group publisher, 2013, p. 201-202.

¹¹⁴⁰ CURTIS, loc. cit.

¹¹⁴¹ Com o estabelecimento formal da *Supreme Court of New Zealand* em 1º de janeiro de 2004, cessou a possibilidade de *appeal* para o *Privy Council*. GARDBAUM, Stephen. **The New Commonwealth Model of Constitutionalism**: Cambridge Studies in Constitutional Law. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 238-288.

constitucionais^{1142,1143}; e do Canadá, que com a emenda ao *Supreme Court Act* de 1949, torna a *Supreme Court of Canada* a última instância do sistema jurisdicional canadense^{1144,1145}.

Da mesma forma, a Irlanda em 1933 com o *Act of the Oireachtas*; a Índia em 1950, com a criação da *Supreme Court of India* — que efetivou o *Abolition of Privy Council Jurisdiction Act* de 1949; o Paquistão em 1950, com o *Privy Council (Termination of Jurisdiction) Act*; a África do Sul em 1950, com a efetivação do *Privy Council Appeals Act*; a Guiana Inglesa em 1970 com o *Judicial Committee of the Privy Council (Termination of Appeals) Act*; o Sri Lanka em 1972, com a criação da República do Sri Lanka; e Hong Kong, em 1997, quando deixou de ser uma colônia da Grã-Bretanha, para se tornar uma das regiões administrativas especiais da República Popular da China¹¹⁴⁶, dentre outros inúmeros países pertencentes ao *commonwealth*¹¹⁴⁷, decidiram acabar com o *appeal* para o *Privy Council*¹¹⁴⁸.

¹¹⁴² A seção 74 da Constituição Australiana proíbe *appeals on constitutional matters* para o *Judicial Committee of the Privy Council*, exceto se a *High Court* australiana *certified the appeal*. Esta “certificação” só ocorreu uma única vez, no caso *Colonial Sugar Refining Co v. Attorney-General* de 1912. Após este caso, no qual, o *Privy Council* se recusou a analisar a questão constitucional suscitada, a *High Court* australiana nunca mais *certified the appeal*. Na verdade, em *Kirmani v. Captain Cook Cruises Pty Ltd* de 1985, a *High Court* australiana se manifestou no sentido de que nunca mais daria a “certificação”. No entanto, a seção 74 da Constituição australiana não proibia o *Judicial Committee of the Privy Council* de analisar a questão, mesmo que a *High Court* australiana não tivesse “certificado”. Assim, em alguns casos, o *Judicial Committee of the Privy Council* reconheceu que o direito australiano se desenvolveu de forma diferente do britânico, e, portanto, *common law* distintos podem ser aplicados em situações distintas. Assim, o *Judicial Committee of the Privy Council* poderia analisar a questão, independentemente da *High Court* australiana “certificar”, como se observou em *Australian Consolidated Press Ltd v. Uren* de 1967 e em *Viro v. The Queen* de 1978. Em outros casos, o *Privy Council* aplicou o direito britânico, revendo decisões da *High Court* australiana, como ocorreu em *Parker v. The Queen* de 1963. Em reação a esta atuação do *Privy Council*, o Parlamento australiano editou inicialmente o *Privy Council Limitation of Appeals Act* de 1968, vedando o acesso ao *Privy Council* em matéria de legislação federal, e, posteriormente, editou o *Privy Council Appeals from the High Court Act* de 1975, vedando totalmente o acesso ao *Privy Council*, exceto se a *High Court* australiana concedesse o *certificate of appeal*, com base na seção 74 da Constituição australiana. Todavia, após 1986, com a aprovação do *Australia Act* pelos parlamentos Britânicos e Australiano, *appeals* para o *Privy Council* estão completamente vedados, sendo a *High Court* australiana a última instância de análise de questões constitucionais. ARONEY, Nicholas. Comparative law in Australian constitutional jurisprudence. **University of Queensland Law Journal**, v. 26, 2007, p. 317-340.

¹¹⁴³ GARDBAUM, op. cit., p. 380-415.

¹¹⁴⁴ Até a emenda ao *Supreme Court Act* de 1949, as partes poderiam *appeal* para o *Judicial Committee of the Privy Council*, ou, em alguns casos, simplesmente levar a questão diretamente ao *Judicial Committee*, sem a necessidade da manifestação da Suprema Corte do Canadá. Com a emenda ao *Supreme Court Act* de 1949, a Suprema Corte do Canadá tornou-se a última instância do sistema jurisdicional canadense. H. RUSSELL, Peter. The Diffusion of judicial Review. The Commonwealth, the United States, and the Canadian Case. **Policy Studies Journal**, v. 19, n. 1, 1990, p.116-126.

¹¹⁴⁵ GARDBAUM, op. cit., p. 173-237.

¹¹⁴⁶ Da mesma forma, Hong Kong também possuía hipóteses de *appeal* para o *Privy Council* até 1997, quando deixou de ser uma colônia da Grã-Bretanha. Hoje, a *Hong Kong Court of Final Appeal*, substituiu o *Judicial Committee of the Privy Council*, como a mais alta corte de apelação de Hong Kong. CHAN, Johannes. Hong Kong’s constitutional journey: 1997-2011. **Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century**. In: CHEN, Albert H. Y. Cambridge University Press, 2014, p. 169-193.

¹¹⁴⁷ VOIGT, Stefan; EBELING, Michael W. Improving Credibility by Delegating Judicial Competence: The Case of the Judicial Committee of the Privy Council. **Journal of Development Economics**, v. 82, 2007, p. 348-373.

¹¹⁴⁸ PARKINSON, Charles. **Bills of Rights and Decolonization: the emergence of domestic Human Rights instruments in Britain’s Overseas Territories**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

Da mesma maneira, em alguma medida, esta releitura dos limites da jurisdição, com notas de extraterritorialidade, pode ser observada em outras hipóteses, como no País de Gales, na Irlanda do Norte e na Escócia, que, especialmente a partir do *Constitutional Reform Act*¹¹⁴⁹, editado em 2005 pelo Parlamento inglês, passam a ter a *Supreme Court of the United Kingdom*, localizada em Londres, como Corte de cúpula e instância recursal final¹¹⁵⁰.

Contudo, a jurisdição extraterritorial no sistema da *commonwealth*, não é uma exclusividade do direito britânico, uma vez que a *Australian High Court*, de acordo com o *Nauru Appeals Act* de 1976, aplicando o artigo 57 da Constituição de Nauru, é também a última instância de análise de questões jurídicas da República Soberana de Nauru, antigo protetorado da Austrália¹¹⁵¹, podendo analisar *appeals* da *Supreme Court of Nauru*^{1152,1153}.

Da mesma forma, esta visão de diálogo, com sobreposição ordenativa, é observada no sistema norte-americano, em que a Suprema Corte, atua como a mais elevada instância judicial, em determinadas matérias, das decisões proferidas pela *Supreme Court of Puerto Rico*^{1154,1155},

¹¹⁴⁹ O *Constitutional Reform Act*, trata de regulamentar a relação entre o Poder Judiciário, o Poder Executivo e o Parlamento, buscando a independência do Poder Judiciário através de diversos mecanismos, como a criação de uma Suprema Corte. ELLIOTT, Mark; THOMAS, Robert. **Public law**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 235-270 e 615-659.

¹¹⁵⁰ A *Supreme Court of the United Kingdom*, é a mais alta corte do Reino Unido, inclusive atuando como instância recursal para os recursos interpostos para demandas que corram no País de Gales, Irlanda do Norte e Escócia (exceto para questões criminais que corram na *Scotland High Court of Justiciary*). Op. cit., p. 615-659.

¹¹⁵¹ O protetorado é uma situação típica do imperialismo e colonialismo, em que o Estado sob proteção irá renunciar ao exercício independente de certas funções, e, em contraprestação, o Estado protetor irá proteger o Estado sob proteção, em especial em face de agressões externas. BILFINGER, Carl. Les bases fondamentales de la communauté des états. **Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye**, t. 63, 1938-I, p. 129-241.

¹¹⁵² FOLEY, Kathleen E. Australian Judicial Review. **Washington University Global Studies Law Review**, v. 6, n. 2, 2007, p. 281-338.

¹¹⁵³ Excepcionam-se algumas questões, particularmente casos envolvendo a Constituição de Nauru, que não podem ser analisados pela a *High Court* australiana. VOIGT, Stefan; EBELING, Michael W. Improving Credibility by Delegating Judicial Competence: The Case of the Judicial Committee of the Privy Council. **Journal of Development Economics**, v. 82, 2007, p. 348-373.

¹¹⁵⁴ O *United States Code*, no título 28, parte IV, capítulo 81, seção 1258, dispõe que “*Final judgments or decrees rendered by the Supreme Court of the Commonwealth of Puerto Rico may be reviewed by the Supreme Court*”. Assim, a Suprema Corte de Porto Rico, criada em 1900 pelo *Foraker Act*, tem a última palavra sobre os litígios que envolvem a interpretação da legislação local e da carta Constitucional Portorriquenha de 1952. Porém, cabe à Suprema Corte norte-americana, revisar os julgamentos finais proferidos pela Suprema Corte de Porto Rico, em questões relacionadas à validade de lei local ou tratado ratificado pelos Estados Unidos em face da Constituição americana de 1787. *United States Code*. Disponível em: <<http://uscode.house.gov>>. Acesso em: 23 set. 2016.

¹¹⁵⁵ Os “*insular cases*”, foram os seis casos julgados em 1901, em que a Suprema Corte norte-americana se manifestou sobre o *status* político-constitucional de Porto Rico. Assim, nos julgados, *De Lima v. Bidwell*, *Goetze v. United States*, *Dooley v. United States*, *Armstrong v. United States*, *Downes v. Bidwell*, *Huus v. New York and Porto Rico Steamship Co.*, a Suprema Corte norte-americana estabeleceu a “*doctrine of territorial incorporation*”, criando uma nova classe de territórios, os “*unincorporated territories*”. Segundo a “*doctrine of territorial incorporation*”, o rol de direitos fundamentais previstos na Carta Constitucional norte-americana de 1787 não se estendem de forma automática, e, em sua totalidade, aos indivíduos que habitam em Porto Rico, como se observa do julgamento pela a Suprema Corte norte-americana dos casos *Balzac v. Porto Rico* de 1922 e *Examining Board of Engineers, Architects, and Surveyors v. Flores de Otero* de 1976. Contudo, recentemente, a Suprema Corte norte-americana, em *Commonwealth of Puerto Rico v. Sanchez Valle* de julho de 2016, estabeleceu que Porto

Supreme Court of Guam^{1156,1157}, *Supreme Court of Virgin Islands*¹¹⁵⁸, *Supreme Court*¹¹⁵⁹ of *Northern Mariana Islands*^{1160,1161} e *High Court of American Samoa*¹¹⁶², bem como nas questões jurídicas que envolvam os *Federated States of Micronesia*, as *Marshall Islands* e a *Republic of Palau*¹¹⁶³, e ainda em *Midway Islands*, *Wake Island*, *Johnston Island*, *Sand Island*, *Kingman Reef*, *Palmyra Island*, *Baker Island*, *Howland Island* e *Jarvis Island*¹¹⁶⁴.

Lembra-se, ainda, que esta ideia de desfragmentação territorial, com conversações extraterritoriais¹¹⁶⁵, não é exclusiva do sistema da *commonwealth*, sendo observada em

Rico, para todos os efeitos, é um *self-governing territory*, submetido à soberania Estadunidense. LEIBOWITZ, Arnold H. **Defining status:** a comprehensive analysis of U.S. Territorial Policy. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1989, p. 121-221.

¹¹⁵⁶ Segundo o título 48, capítulo 8A, subcapítulo IV, seção 1424 do *United States Code* “(1) *The judicial authority of Guam shall be vested in a court established by Congress designated as the “District Court of Guam”, and a judicial branch of Guam which branch shall constitute a unified judicial system and include an appellate court designated as the “Supreme Court of Guam (...). The rulings of the appellate division of the district court on such appeals may be reviewed in the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit and in the Supreme Court notwithstanding the establishment of the appellate court.” United States Code.* Disponível em: <<http://uscode.house.gov>>. Acesso em: 23 set. 2016.

¹¹⁵⁷ Conforme se extrai da sessão 22B do *Organic Act of Guam* “*Review of decisions of the Supreme Court of Guam must now be sought in the Supreme Court of the United States*”. *Organic Act of Guam*. Disponível em: <<http://www.guamcourts.org/PromOrder/images/PromOrderNo04-006Rule22and28%20122304.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

¹¹⁵⁸ O *United States Code*, no título 28, parte IV, capítulo 81, seção 1260, dispõe que “*Final judgments or decrees rendered by the Supreme Court of the Virgin Islands may be reviewed by the Supreme Court*”. *United States Code*. Disponível em: <<http://uscode.house.gov>>. Acesso em: 23 set. 2016.

¹¹⁵⁹ “*The Supreme Court is the appellate court of the Northern Mariana Islands. While the Court’s decisions were initially appealable to the Ninth Circuit, beginning May 2004, the Court’s decisions became reviewable only by the United States Supreme Court.*” *Supreme Court of the Northern Mariana Islands*. Disponível em: <<http://www.justice.gov.mp/SupremeCourt.html>>. Acesso em: 15 set. 2016.

¹¹⁶⁰ O *United States Code*, no título 28, parte IV, capítulo 81, seção 1257, dispõe que “(a) *Final judgments or decrees rendered by the highest court of a State in which a decision could be had, may be reviewed by the Supreme Court*” *United States Code*. Disponível em: <<http://uscode.house.gov>>. Acesso em: 23 set. 2016.

¹¹⁶¹ Segundo o título 48, seção 1824, do *United States Code* “*the Supreme Court of the United States (...) shall have jurisdiction of appeals from all final decisions of the highest court of the Northern Mariana Islands from which a decision could be had in all cases involving the Constitution, treaties, or laws of the United States.*” *United States Code*. Disponível em: <<http://uscode.house.gov>>. Acesso em: 23 set. 2016.

¹¹⁶² Cabe que lembrar, também, a situação peculiar da *American Samoa*, que embora tenha uma *High Court*, não constitui uma *District Court* integrada ao *federal judicial circuit system*, e, por isso, todos os julgados referentes à *federal law* devem ser encaminhados para a *United States District Court for the District of Hawaii* ou para a *District Court for the District of Columbia*, que, por sua vez, terá a Suprema Corte norte-americana como a última instância de apelação. *American Samoa Judicial Branch*. Disponível em: <<http://www.americansamoa.gov/judicial-branch>>. Acesso em: 15 set. 2016.

¹¹⁶³ Há um *compact of free association* entre os Estados Unidos e os *Federated States of Micronesia*, as *Marshall Islands* e a *Republic of Palau*, criando uma situação de dependência econômica, militar e administrativa. Os *Federated States of Micronesia* e as *Marshall Islands* deverão levar as questões jurídicas à *United States District Court for the District of Hawaii*, e a *Republic of Palau* à *District Court of Guam*, que, naturalmente, terão a Suprema Corte norte-americana como última corte de análise. LEIBOWITZ, Arnold H. **Defining Status:** a comprehensive analysis of U.S. Territorial Policy. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1989, p. 573-614.

¹¹⁶⁴ Segundo o título 48, seção 644a, do *United States Code* “*The jurisdiction of the United States District Court for the District of Hawaii is extended to all civil and criminal cases arising on or within the Midway Islands, Wake Island, Johnston Island, Sand Island, Kingman Reef, Palmyra Island, Baker Island, Howland Island, Jarvis Island*”. *United States Code*. Disponível em: <<http://uscode.house.gov>>. Acesso em: 23 set. 2016.

¹¹⁶⁵ PETERS, Anne. *The Refinement of International Law: From Fragmentation to Regime Interaction and Politicization*. **Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research**

inúmeros outros países, que possuem, ou já possuíram, alguma forma de extraterritorialidade no exercício da função jurisdicional, como já ocorreu, inclusive, em solo brasileiro, quando da renovação em 1827, da previsão dos Tratados de 1810, que incluíram no Tratado de Comércio e Navegação e um Tratado de Paz e Amizade, ambos com data de 19 de fevereiro de 1810, celebrados entre a Coroa portuguesa e a Grã-Bretanha, dentre outras questões, a extraterritorialidade da aplicação da justiça inglesa, pelos juízes conservadores da Nação Britânica¹¹⁶⁶, aos britânicos em território brasileiro¹¹⁶⁷.

É possível também notar estes mesmos traços no sistema francês, na medida em que o alcance da jurisdição francesa¹¹⁶⁸ se estende aos departamentos de ultramar (*départements d'outre-mer*) — que são coletividades territoriais integradas à República francesa —, e, da mesma forma, aos territórios ultramarinos da França (*territoires d'outre-mer*) —, que são divisões administrativas da República francesa¹¹⁶⁹.

Esta característica também se apresenta no Reino dos Países Baixos, em que a *Supreme Court of the Netherlands*, criada em 1838, com sede na Haia, que é a mais alta Corte para o *Kingdom of the Netherlands* — composta pela Holanda, Curaçao, Sint Maarten e Aruba —, atua como instância máxima para os recursos de cassação interpostos da *Joint Court of Justice of Aruba, Curaçao, Sint Maarten, and of Bonaire, Sint Eustatius and Saba (Gemeenschappelijk*

Paper N. 2016-19. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2823512>. Acesso em: 8 set. 2016.

¹¹⁶⁶ A figura do juiz conservador britânico só foi abolida pela Regência, em 1832, quando se sancionou o Código de Processo Criminal, não sem protestos do Governo britânico. ANJOS, João Alfredo dos. **José Bonifácio, primeiro chanceler do Brasil.** Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

¹¹⁶⁷ O que levou, por exemplo, em 10 de maio de 1822, à liberação de Thomas Russel, negociante inglês, que foi preso por ordem de juiz brasileiro, sem jurisdição para tal medida constritiva, uma vez que, segundo os Tratados de 1810, apenas o juiz conservador da Nação Britânica teria competência para tal decisão. ANJOS, loc. cit.

¹¹⁶⁸ BERTHIER, Jean-Pierre; LHERITIER, Jean-Louis; PETIT, Gérald. **Comparaison des prix entre les DOM et la métropole en 2010.** Disponível em: <<http://www.insee.fr/fr/ffc/ipweb/ip1304/ip1304.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2016.

¹¹⁶⁹ Temos como exemplos de *départements d'outre-mer* na América, a Guiana Francesa, Guadalupe e Martinica, e, na África, Mayotte e Reunion. Já como *territoires d'outre-mer*, temos como exemplos, na América, Saint Pierre et Miquellon, São Martinho e São Bartolomeu; na Oceania, Nova Caledônia, Wallis e Futuna, Marquesas, Societé e Polinésia Francesa; e na Antártica, Terra Adélia, Kerguelen, Crozet, Amsterdam e Saint Paul. ZILLER, Jacques. **La Constitution de la Vème République et l'Outre-Mer.** Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation-publications/dossiers-thematiques/2008-cinquantenaire-la-constitution-en-20-questions/la-constitution-en-20-questions-question-n-16.17363.html>>. Acesso em: 13 jan. 2016.

Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba)^{1170,1171}.

Portanto, é exatamente a partir desta perspectiva, que o estudo dos diálogos transnacionais, nos sistemas jurisdicionais local, internacional e extraterritorial, se apresenta como um instrumental importante, ao reexaminar não só o sistema de soberanias e de territorialidade da jurisdição nacional, mas também a legitimidade da atuação relacional entre os Estados em suas atividades, buscando identificar no âmbito da jurisdição, mecanismos de solução de controvérsias, pela reconceptualização dialógica da jurisdição, o que, em alguma medida, afeta a ideia de independência dos Estados.

Portanto, essa extensão da jurisdição para além das fronteiras do Estado-nação, tem como efeito a desarticulação do Poder Judiciário como conhecemos hoje, para inscrevê-lo em uma nova configuração no plano mundial, dissociado da soberania nacional, em que o terreno de observação adequado é a esfera desterritorializada dos intercâmbios que modelam as interpretações jurisdicionais cosmopolitas¹¹⁷², com a consciência de uma interdependência cada vez mais forte no sistema transnacional¹¹⁷³.

¹¹⁷⁰ Cabe pontuar que a possibilidade de uso do recurso de cassação das decisões tomadas pela *Joint Court of Justice* para a *Supreme Court of the Netherlands*, é regulada pela *Appeals Regulations of the Netherlands Antilles (Cassatieregeling Nederlandse Antillen en Aruba)*. POORTER, J.C.A. de. Constitutional Review in the Netherlands: A Joint Responsibility. **Utrecht Law Review**, v. 9, n. 2, 2013, p. 89.

¹¹⁷¹ *A Joint Court of Justice of Aruba, Curaçao, Sint Maarten, and of Bonaire, Sint Eustatius and Saba (Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba)*, funciona como instância de apreciação das demandas judiciais que corram nos três países autônomos constituintes do *Kingdom of the Netherlands*, Aruba, Curaçao e Sint Maarten e nas três municipalidades especiais dos Países Baixos, Bonaire, Sint Eustatius e Saba. POORTER, loc. cit.

¹¹⁷² SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 78, 2007, p. 3-46.

¹¹⁷³ DELMAS-MARTY, Mireille. **Le relatif et universel**. Paris: Seuil, 2004.

4 DIÁLOGOS TRANSNACIONAIS E A CONSISTÊNCIA ARGUMENTATIVA DA JURISDIÇÃO DE GARANTIAS NO ESPAÇO DECISIONAL DESTERRITORIALIZADO

A house without books is like a room without windows.

Horace Mann

4.1 A legitimação dialógica da jurisdição de garantias

Ao se analisar o momento mais recente da história, observa-se que o sistema de proteção de direitos, ancorado em um modelo de jurisdição de garantias, passa a ser estudado a partir do crescente processo de judicialização da moral, da política¹¹⁷⁴ e das relações sociais¹¹⁷⁵, corolário da expansão e do fortalecimento do papel das cortes, pautado, especialmente, em técnicas de controle judicial, dentro de processos de disseminação dos métodos judiciais para arenas políticas.

Assim, com a busca crescente pela concretização de direitos e garantias, as questões sociais e morais passam a ser absorvidas pelo Direito, e, então, tendem a se resolver através da

¹¹⁷⁴ De acordo com C. Neal Tate e Torbjorn Vallinder, a judicialização da política pode significar a expansão da jurisdição das cortes ou dos juízes no âmbito político e/ou administrativo, ou, a propagação dos métodos judiciais de tomada de decisão, para além da jurisdição apropriada. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The global expansion of judicial power**. New York University, 1997, p. 13.

¹¹⁷⁵ Lembra-se que o conceito de judicialização, não se confunde o conceito de ativismo judicial. Luís Roberto Barroso, atento à recorrente distorção entre os conceitos, esclarece a distinção existente: “A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado da vontade política. (...) Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.” Segundo ainda Luís Roberto Barroso “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição à situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados pelo legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder público, notadamente em matéria de Políticas Públicas.” No sentido oposto, a autocontenção judicial, representa a conduta por meio da qual o Poder Judiciário, inspirado pela ideologia positivista liberal, opta em limitar-se à aplicação mecânica do texto da lei, endossando o respeito à esfera de atuação dos demais poderes. BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/ editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

aplicação de procedimentos inspirados na forma judicial¹¹⁷⁶, com a evolução do papel das cortes no controle das deliberações normativas.

Simultaneamente, este processo de avanço da jurisdição de direitos fundamentais e Direitos Humanos em escala global, carrega a percepção de que a solução judicial de problemas complexos¹¹⁷⁷ se apresenta a mais adequada, uma vez que a permanente desconfiança e o questionamento da legitimidade em relação a atuação estatal, acarreta o deslocamento da autoridade do sistema representativo para os tribunais, como cultores últimos dos direitos, com respostas para todos os problemas jurídicos e políticos.

Um dos grandes problemas desta concepção, contudo, se dá pelo fato de que na jurisdição de garantias, a decisão sobre questões morais e políticas complexas, nas quais existem divergências profundas na sociedade sobre o conteúdo dos direitos e a forma de interpretá-los, é reservada a juízes não eleitos democraticamente¹¹⁷⁸.

Na verdade, a questão da legitimidade das cortes interferirem nas decisões dos Estados e do déficit democrático dos juízes, é ainda mais grave no cenário da jurisdição de Direitos Humanos, uma vez que o elemento consensual inerente ao processo de elaboração dos tratados não dá aos tribunais internacionais uma base democrática¹¹⁷⁹, e, portanto, os tribunais supranacionais não possuem responsabilidade diante dos cidadãos de cada um dos países que se submetem à jurisdição daquela Corte¹¹⁸⁰, afetando, muitas vezes, a autodeterminação dos povos do Estado-parte, a exemplo do que ocorreu no caso *Gelman v. Uruguai* julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2011¹¹⁸¹.

¹¹⁷⁶ HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. **Fordham Law Review**, v. 75, n. 2, p. 721-754, 2006.

¹¹⁷⁷ Segundo Rodrigo Brandão, em situações de grande complexidade, a corte pode se deparar com falta de informações, circunstâncias mutáveis e desacordo moral razoável. Assim, uma eventual postura maximalista em face de questões altamente complexas, aumenta a possibilidade de erro e a dificuldade da sua correção, sobretudo se adotada pela Suprema Corte em regimes de supremacia judicial, nos quais a interpretação constitucional só pode ser revertida por nova decisão da Suprema Corte ou por Emenda Constitucional. Mesmo uma decisão boa, porém precipitada, pode gerar efeitos ruins à democracia, pois a colocação de uma visão sobre questão controvertida fora do alcance de maiorias legislativas ordinárias, produz tendencial polarização no debate político, já que os perdedores não se sentirão reconhecidos pelo projeto constitucional e tenderão a radicalizar os seus discursos e práticas. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 184-185.

¹¹⁷⁸ Este déficit de legitimidade democrática de juízes não eleitos, quanto à invalidação de decisões tomada pelos representantes eleitos do povo, foi definido por Alexander Bickel como dificuldade contramajoritária. Para tanto vide: BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

¹¹⁷⁹ FISS, Owen. The Autonomy of Law. **Yale Journal of International Law**, v. 26, 2001, p. 517 e ss..

¹¹⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade**: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 57-86.

¹¹⁸¹ No caso *Gelman v. Uruguai* de 2011, a Corte Interamericana de Direitos Humanos negou a validade da lei de anistia (*ley de caducidad*) uruguaia, mesmo que legitimada, mediante a via da participação direta, em duas

Nesse sentido, a prática argumentativa da jurisdição de garantias deve assumir a compreensão dos critérios democráticos da comunidade¹¹⁸², a partir do pressuposto de que a corte não está dispensada de fundamentar suas decisões¹¹⁸³, e, assim, demonstrar, de forma racional, que a legitimidade de uma decisão majoritária¹¹⁸⁴ não se encontra em descompasso com os direitos fundamentais, Direitos Humanos ou direitos de minorias^{1185,1186}.

É bem verdade, também, que o isolamento relativo de juízes da influência política tende à imparcialidade, ou seja, através da jurisdição de garantias, um dos papéis institucionais mais importantes das cortes é o de proteger os direitos das minorias diante dos abusos das maiorias, visto que o insulamento dos juízes confere uma vantagem institucional comparativa para desempenhar essa relevante função contramajoritária^{1187,1188}, que em certa medida, funciona com o papel de estabilizadora institucional, arbitrando conflitos, e resguardando os valores fundamentais e os procedimentos democráticos¹¹⁸⁹.

ocasiões. No caso, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com base nos artigos 51 e 61 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, apresentou demanda contra o Uruguai, em relação ao desaparecimento forçado de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman, realizado por agentes estatais uruguaios no final de 1976, bem como, à supressão da identidade e nacionalidade de María Macarena Gelman García Iruretagoyena, filha de María Claudia García de Gelman e Marcelo Gelman. Alegou-se denegação de justiça, impunidade, e, em geral, o sofrimento causado aos familiares de María Claudia García de Gelman, como conseqüência da falta de investigação dos fatos, julgamento e sanção dos responsáveis em virtude da Lei 15848 (*ley de caducidad*), promulgada em 1986. Caso *Gelman v. Uruguai*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2016.

¹¹⁸² NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 21 e ss.

¹¹⁸³ NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos**. Buenos Aires: Astrea, 1989, p. 32 e ss.

¹¹⁸⁴ GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno (sobre el carácter contramayoritario del poder judicial)**. Barcelona: Ariel, 1996, p. 33 e ss.

¹¹⁸⁵ Segundo Fioravanti “*El parlamento era soberano porque no aparecía como una autoridad derivada, legitimada por el principio democrático de la soberanía popular. (...) Por este mismo motivo la ley del parlamento no puede ser derogada, modificada o alterada por otra autoridad: si eso fuese posible, se abriría evidentemente el problema de individuar, por esta vía, un sujeto superior al parlamento, autor de una ley constitucional superior a la del parlamento. En el fondo, si los mismos jueces americanos pensaban que podían y debían no aplicar las leyes que se pensaban que estaban en contraste con la constitución, era porque en aquel sistema había que tutelar en primer lugar la supremacía de la ley fundamental, es decir, de la voluntad del pueblo soberano, de un sujeto originario superior al mismo legislador. En pocas palabras, poner en discusión la soberanía del parlamento, incluso mediante el control de constitucionalidad, significaba antes o después reabrir la cuestión de la soberanía popular, del poder constituyente, de la democracia*”. FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: De la antigüedad a nuestros días**. Tradução Manuel Martinez Neira. Madrid: Trotta, 2001, p. 146.

¹¹⁸⁶ ZURN, Christopher F. **Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review**. New York: Cambridge University Press. 2007, p. 89 e ss.

¹¹⁸⁷ NEGRETTO, Gabriel. Diseño constitucional y separación de poderes en América Latina. **Revista Mexicana de Sociología**, v. 65, n. 1, 2003, p. 41-76.

¹¹⁸⁸ KERSCH, Ken I. The New Legal Transnationalism, the Globalized Judiciary and the Rule of Law. **Washington University Global Studies Law Review**, n. 4, 2005, p. 345.

¹¹⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 97-148.

Contudo, apesar desse importante papel exercido pelos tribunais, a história acaba por demonstrar que, existiram cenários em que a atuação das cortes se deu contra os direitos das minorias, como se observa, exemplificativamente, em *Dred Scott v. Sanford* de 1857¹¹⁹⁰, *Hammer v. Dagenhart* de 1918¹¹⁹¹, *Bailey v. Drexel Furniture Co.* de 1922, *Chaplinsky v. New Hampshire* de 1942¹¹⁹², *Hirabayashi v. United States* de 1943¹¹⁹³, *Korematsu v. United States* de 1944¹¹⁹⁴, julgados pela Suprema Corte norte-americana, na *Décision* 2010-613 DC de

¹¹⁹⁰ A decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos em *Dred Scott v. Sanford* de 1857, foi especialmente lesiva aos afrodescendentes. No caso, a Suprema Corte julgou improcedente demanda de escravo que postulava a sua libertação, entendendo que os negros não eram considerados cidadãos norte-americanos, pelo que não poderiam postular a salvaguarda de direitos previstos na Constituição. *Dred Scott v. Sanford* foi superado apenas pela décima terceira emenda, que extinguiu a escravidão, em uma rara hipótese no cenário norte-americano de superação pelo Poder Legislativo de decisão tomada pela Suprema Corte. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 12, 245 e 281.

¹¹⁹¹ Da mesma forma, a Suprema Corte tomou inúmeras decisões contrárias à tentativa de extinguir o trabalho infantil nos Estados Unidos. Em *Hammer v. Dagenhart*, a Suprema Corte decidiu que uma lei de 1916, que proibia o trabalho infantil seria inconstitucional, uma vez que a lei estaria fora dos limites do poder de comércio interestadual, e também violaria os direitos dos Estados sob a Décima Emenda. Posteriormente, em *Bailey v. Drexel Furniture Co.*, a Suprema Corte entendeu que também seria inconstitucional, cobrar tributos sobre bens produzidos, que se valessem de trabalho infantil, por violação da Décima Emenda. Apenas em 1941, em *United States v. Darby Lumber Co.*, a Suprema Corte entendeu pela constitucionalidade da *Fair Labor Standards Act* de 1938, que proibia o trabalho infantil em inúmeras situações. GRIFFIN, Stephen. **American constitutionalism: from the theory to the politics.** Princeton University Press, 1999, p. 88-89.

¹¹⁹² Em *Chaplinsky v. New Hampshire* de 1942, a Suprema Corte norte-americana entendeu que a Primeira Emenda não protegia os “gritos de guerra” que provocavam a violência imediata, os juízes acrescentaram também que a Primeira Emenda não se aplicava à obscenidade. DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006, p. 247.

¹¹⁹³ Em *Hirabayashi v. United States*, a Suprema Corte norte-americana entendeu que, a aplicação do toque de recolher e o confinamento de grupos minoritários seria constitucional, nos casos em que os Estados Unidos estivesse em guerra com o país de que esse grupo se originou. No caso, o Presidente Franklin D. Roosevelt em 1942, durante a 2ª Guerra Mundial, emitiu a *Executive Order 9066*, que permitia a limitação e exclusão de certas pessoas de certas áreas. Assim, foi imposto o toque de recolher contra estrangeiros de ascendência japonesa, e sobre nipo-americanos. Mais tarde, foram criadas áreas de confinamento contra japoneses e nipo-americanos. Gordon Kiyoshi Hirabayashi, foi acusado e condenado por violar a ordem de toque de recolher, tendo a Suprema Corte norte-americana confirmado a condenação, o que culminou com o envio do réu para campo de confinamento. Em 1986 e 1987, as condenações de Hirabayashi foram *overturned* pela *United States District Court in Seattle* e pela *Federal Appeals Court*, porque as evidências para condenação seriam falsas. CANON, Bradley C. **Defining the Dimensions of Judicial Activism. Judicature**, v. 66, n. 6, 1983, p. 236-247.

¹¹⁹⁴ Em *Korematsu v. United States*, da mesma forma, a Suprema Corte norte-americana entendeu pela constitucionalidade da *Executive Order 9066*, e pela permanência de nipo-americanos em campos de confinamento durante a Segunda Guerra Mundial. No caso, a Suprema Corte considerou a necessidade de proteger o país contra possíveis atos de espionagem perpetrados por japoneses e americanos descendentes de japoneses, com limitação de direitos individuais. A decisão em *Korematsu v. United States*, foi *overturned* em 1983, pela *United States District Court for the Northern District of California*, pois o governo federal teria apresentado informações falsas à Suprema Corte. CANON, loc. cit.

2010^{1195,1196} do *Conseil Constitutionnel* francês e no *Arrêt* 145/2012 de 2012¹¹⁹⁷ do Tribunal Constitucional da Bélgica, bem como, em diversas outras decisões restritivas sobre direitos fundamentais promovidos na arena política^{1198,1199}, como em *Lochner v. New York* de 1905¹²⁰⁰

¹¹⁹⁵ Na *Décision* 2010-613 DC de 2010, o Conselho Constitucional, exercendo seu controle prévio de constitucionalidade, entendeu pela constitucionalidade da Lei Francesa 2010-1192 (também chamada de “lei da burca”), que trata da proibição do ocultamento do rosto em locais públicos, visto que, incompatível com os valores da república francesa, da liberdade, igualdade e fraternidade, e representaria uma clara violação aos princípios da laicidade e do *vivre ensemble*, e, portanto, a proibição se justificaria como garantia à segurança pública, apresentando apenas a ressalva de que a vedação prevista na Lei 2010-1192, não poderia se estender aos locais de culto abertos ao público. *Décision* 2010-613 DC. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-pardate/decisions-depuis-1959/2010/2010-613-dc/decision-n-2010-613-dc-du-07-octobre2010.49711.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹¹⁹⁶ A Lei 2010-1192, não é a primeira lei francesa a impor restrições ao uso de vestimentas que encobrem a face, uma vez que a discussão sobre a restrição da indumentária islâmica, já estava presente na agenda da política francesa ao menos uma década antes, quanto ao uso do *hijab* nas escolas públicas, quando o Presidente Jacques Chirac decidiu criar uma comissão específica (comissão *Stasi*), para examinar o princípio da laicidade, o que levou, ao final, à aprovação da Lei 2004-228 de 15 de março de 2004, comumente chamada de “lei do véu”. *Décision* 2010-613 DC. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-pardate/decisions-depuis-1959/2010/2010-613-dc/decision-n-2010-613-dc-du-07-octobre2010.49711.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹¹⁹⁷ No *Arrêt* 145/2012 de 6 de dezembro de 2012, o Tribunal Constitucional da Bélgica, considerou compatível com o direito à liberdade de pensamento, de expressão, consciência, religião e do direito à vida privada, a Lei belga de 13 de julho de 2011, que trata da proibição de esconder o rosto em público, desde que a proibição não se estenda aos locais de culto abertos ao público. *Arrêt* 145/2012. Disponível em: <<http://www.const-court.be/public/f/2012/2012-145f.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹¹⁹⁸ A discussão do papel do tribunal no sistema político, possui inúmeros precedentes extremamente relevantes, como na crise do *Court-Packing* de 1937, em que o Presidente Franklin D. Roosevelt, tentou forçar a nomeação de novos juízes para a Suprema Corte, após o Tribunal ter decidido oito casos importantes contra o *New Deal* (*Panama Refining Co. v. Ryan* de 1935, *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States* de 1935, *Louisville Joint Stock Land Bank v. Radford* de 1935, *Railroad Retirement Board v. Alton Railroad Co.* de 1935, *United States v. Butler* de 1936, *Carter v. Carter Coal Company* de 1936, *Ashton v. Cameron County Water Improvement District* de 1936, *Morehead v. New York ex rel. Tipaldo* de 1936). BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 228-230.

¹¹⁹⁹ Em certa medida, a interferência da Corte em questões políticas, pode ser observada no recente julgamento do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança 34530, que determinou a suspensão da tramitação do projeto de lei de iniciativa popular de combate à corrupção (PL 4.850/2016), vedando o uso de emendas e substitutivos que desfigurassem a proposta original, bem como a prática de apropriação da autoria do projeto por um ou mais deputados, um vez que, no caso concreto, uma emenda de Plenário incluiu na proposta, tópico relativo a crimes de abuso de autoridade por parte de magistrados e membros do Ministério Público. Mandado de Segurança 34530. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS34530.pdf>>. Acesso em: 4 dez. 2016.

¹²⁰⁰ A Suprema Corte norte-americana, também tomou inúmeras decisões contrárias aos interesses daqueles que buscavam as reformas sociais e econômicas. Este período foi chamado de “a era *Lochner*”, após o julgamento de *Lochner v. New York* de 1905, momento histórico definido por decisões judiciais de invalidação das leis sociais em geral, em detrimento de valores que compunham o ideal liberal. No caso, o Estado de Nova York editou em 1895, o *Bakeshop act*, lei que regulava as condições sanitárias e de trabalho em padarias e que possuía, dentre seus dispositivos, uma limitação à carga horária dos padeiros em dez horas diárias ou sessenta horas semanais. O desrespeito à mencionada regra, acarretava a pena de multa ao responsável pelo estabelecimento. Joseph Lochner era dono de uma padaria, situada em território dentro da jurisdição de Nova York. Indignado com o recebimento da segunda multa, em virtude do desrespeito à restrição legal do período de trabalho de seus funcionários, ele levou a controvérsia até os tribunais. Em seu ponto de vista, a lei do Estado de Nova York violava a liberdade de contratar, direito constitucionalmente albergado, sob a cláusula do devido processo legal em seu aspecto substancial. Em 1905, a Suprema Corte, então, decidiu, diante de apertada votação (cinco votos a quatro), declarar a inconstitucionalidade da referida legislação, alegando ser desarrazoada, desnecessária e arbitrária, a limitação

julgado pela Suprema Corte norte-americana, ou, na temática dos direitos sociais, como nos Recursos Extraordinários 693456¹²⁰¹, 661256, 381367 e 827833¹²⁰² julgados pelo Supremo Tribunal Federal.

Da mesma forma, na esfera transnacional, também encontramos diversas decisões judiciais, no sentido de limitar Direitos Humanos, como se observa, também exemplificativamente, em alguns julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos, como *Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany* de 2002¹²⁰³, *S.A.S v. France* de 2004¹²⁰⁴,

que a mesma impunha à liberdade de contratar. O período *Lochner* foi superado pelo julgamento de *West Coast Hotel Co. v. Parrish* em 1937. BRANDÃO, op. cit., p. 228-229.

¹²⁰¹ O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 693456, com repercussão geral, entendeu que o Poder Público pode descontar os dias parados por greve de servidor em folha de pagamento, exceto se houver acordo de compensação. Em decisão anterior, no julgamento dos Mandados de Injunção 670 e 712, o STF havia decidido que, até a edição da lei regulamentadora do direito de greve, previsto no art. 37, VII da Constituição, as Leis 7701/1988 e 7783/1989 poderiam ser aplicadas provisoriamente para possibilitar o exercício do direito de greve pelos servidores públicos. Ou seja, a Corte entendeu que, durante a ausência de norma regulamentadora, se aplicaria, aos servidores públicos, as normas que regem o direito de greve dos trabalhadores submetidos ao regime celetista, e, que o movimento grevista deflagrado por servidores públicos, ainda que na ausência de norma regulamentadora, não se configura um ato ilícito, mesmo porque há norma constitucional definidora de um direito fundamental. Assim, diante da omissão legislativa, o Supremo Tribunal Federal vinha garantindo a eficácia mínima do direito constitucional de greve à categoria dos servidores públicos. Contudo, no Recurso Extraordinário 693456, a Corte entendeu que, os salários dos dias de paralisação não deverão ser pagos, salvo no caso em que a greve tenha sido provocada justamente por atraso no pagamento aos servidores públicos civis, ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho. Recurso Extraordinário 693456. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=328294>>. Acesso em: 4 dez. 2016.

¹²⁰² O Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Recursos Extraordinários 661256, 381367 e 827833, com repercussão geral, considerou inviável o recálculo do valor da aposentadoria por meio da chamada desaposentação. Segundo o entendimento do Supremo, somente por meio de lei é possível fixar critérios para que os benefícios sejam recalculados com base em novas contribuições decorrentes da permanência ou volta do segurado ao mercado de trabalho após concessão do benefício da aposentadoria. Assim, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à desaposentação, sendo constitucional a regra do artigo 18, parágrafo 2º, da Lei 8.213/1991. Recursos Extraordinários 381367, 661256 e 827833. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=328199>>. Acesso em: 4 dez. 2016.

¹²⁰³ O caso *Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany*, foi levado à CEDH por familiares das vítimas do massacre de Distomo, ocorrido em território grego durante a Segunda Guerra Mundial, com fundamento no artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos e no artigo 1º do Protocolo n. 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. A CEDH declarou a demanda inadmissível, sob a premissa de que o direito de acesso ao tribunal, pode ser sujeito a certas limitações, especialmente, na regra de imunidade do Estado. Caso *Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-23539>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

¹²⁰⁴ O caso *S.A.S v. France*, envolvia uma francesa muçulmana, de origem paquistanesa, que questionava a Lei n. 2010-1192 de 11 de Outubro de 2010 (em vigor desde 11 de abril de 2011), que vedava “*dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage*”, sob o argumento de violação ao direito à privacidade e à liberdade de religião, expressão e consciência. A CEDH em 2014, entendeu que a proibição não violaria a Convenção Europeia de Direitos Humanos, visto que a vedação normativa, se dirige ao uso em espaço público de roupa ou elemento do vestuário — com ou sem conotação religiosa — que vise esconder o rosto. Além disso, em uma sociedade democrática e pluralista, a possibilidade de “*vivre ensemble*”, se opõe aos vestuários, inclusive o véu, que venham a esconder o rosto. Caso *S.A.S v. France*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145466>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

Lautsi and Others v. Italy de 2011¹²⁰⁵, *Da Conceição Mateus v. Portugal* e *Santos Januário v. Portugal* de 2013¹²⁰⁶, e, da mesma forma, da Corte Internacional de Justiça (CIJ), como em *Germany v. Italy: Greece intervening (Ferrini and Distomo case)* de 2008¹²⁰⁷.

Logo, pode-se afirmar que, há a necessidade de se discutir o papel desempenhado pela jurisdição de garantias na tutela de direitos fundamentais e Direitos Humanos, especialmente porque, em sociedades complexas e em condições de pluralismo, o potencial de capacidade deliberativa, sem interferência de tecnicidades jurídicas que tendem a empobrecer o debate do direito frente à política e à moral, está mais próximo dos processos deliberativos que ocorrem na sociedade e em vários outros fatores relacionados¹²⁰⁸.

Assim, pode-se afirmar que, em uma sociedade pluralista, marcada por uma multiplicidade de concepções de vida, a legitimidade das cortes depende de que o procedimento decisório envolva a devida reflexão de visões que possam ser compartilhadas, com base em um acordo racional, bem-informado e voluntário¹²⁰⁹, na projeção conceitual de um sistema que permita que as decisões judiciais sejam desenvolvidas de forma coerente¹²¹⁰ com outras instituições, a partir de uma visão de previsibilidade e equidade^{1211,1212}.

¹²⁰⁵ Para maiores detalhes sobre o caso *Lautsi and Others v. Italy* de 2011, vide nota 394. Caso *Lautsi and Others v. Italy*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-104040>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

¹²⁰⁶ Os casos *Da Conceição Mateus v. Portugal* e *Santos Januário v. Portugal* julgados pela Corte Europeia de Direitos Humanos, se originaram da decisão do Tribunal Constitucional português no Acórdão 353/2012, que modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da Lei 64-B/2011 (Orçamento do Estado para 2012) — que previu a suspensão total ou parcial de pagamento de subsídios de férias e de Natal para servidores públicos e pensionistas — determinando que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade não se aplicariam ao ano de 2012, o que gerou, ainda que parcialmente, prejuízo a diversos servidores e pensionistas. A Corte Europeia de Direitos Humanos, ao examinar as alegações, com base no artigo 1º do Protocolo nº 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (direito de propriedade), afirmou que haveria uma ampla margem de apreciação ao Estado, em medidas de política econômica ou social. Segundo a Corte, as autoridades nacionais estão, em princípio, em melhores condições que o juiz internacional para apreciar o que é do interesse público, por razões sociais ou econômicas, conforme inclusive já decidido pela CEDH no caso *Koufaki and Adedy v. Greece*. Contudo, a margem de apreciação pelos Estados nesses domínios é ampla, mas não é ilimitada, uma vez que é preciso analisar se o encargo é ou não desproporcionado e excessivo. No caso, a CEDH entendeu que o legislador se manteve dentro dos limites da sua margem de apreciação, concluindo que não houve encargo desproporcional e excessivo. Casos *Da Conceição Mateus v. Portugal* e *Santos Januário v. Portugal*. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-128106\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)>. Acesso em: 4 dez. 2016.

¹²⁰⁷ Para maiores detalhes sobre o caso *Germany v. Italy: Greece intervening (Ferrini and Distomo case)*, vide nota 1082. Caso *Germany v. Italy: Greece intervening (Ferrini and Distomo case)*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16869.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2015.

¹²⁰⁸ WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 111.

¹²⁰⁹ WALDRON, Jeremy. O *judicial review* e as condições da democracia. Tradução de Julia Sichieri Moura. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Coleção ANPR de direito e democracia.

¹²¹⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 254.

¹²¹¹ RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 261-305.

¹²¹² A justiça como equidade na concepção rawlsiana, envolve dois princípios de justiça: a) o de que toda pessoa tem igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos (projeto este compatível com os demais), e, nesse projeto, as liberdades políticas deverão ter seu valor equitativo garantido; e b) o de que as desigualdades sociais e econômicas, devam estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos,

Ademais, nas sociedades contemporâneas, marcadas pela diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais¹²¹³, pessoas com cosmovisões bastante heterogêneas convivem em um mesmo *telos* social¹²¹⁴, e, portanto, as controvérsias, não só do sistema de soberanias, mas também da atuação relacional entre os Poderes de Estado e instituições, em suas situações estruturais e atividades de garantia de direitos, deve buscar mecanismos de cooperação, estabelecendo um sistema colaborativo e progressivo das relações sistêmico-dialógica, particularmente porque o manejo de jurisprudência internacional e estrangeira, ao se utilizar de decisões que importam parâmetros alienígenas, para a interpretação nacional, acaba por trabalhar em descompasso com a legitimidade popular e a questão democrática¹²¹⁵.

Desta feita, o que se observa é que, sem dúvida, na atividade democrática nas sociedades contemporâneas, a integração estável dos Estados, nas suas relações institucionais, deve ser o resultado de um contínuo diálogo¹²¹⁶, que permita a determinação do equilíbrio apropriado^{1217,1218}, e a proteção de direitos, a partir da percepção de que a tarefa de guarda dos direitos fundamentais e Direitos Humanos, sobretudo no contexto de sociedades marcadas por

em condições de igualdade equitativa de oportunidades, e devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade. Da junção destes dois princípios (com prioridade do primeiro sobre o segundo), decorrem as instituições básicas de uma democracia constitucional, bem como as características e elementos principais de uma concepção liberal de justiça. Logo, uma concepção política de justiça, deve envolver a devida reflexão (equilíbrio reflexivo), das concepções dos indivíduos, refletida em todos os níveis de generalidade. Assim, a justiça como equidade, tem sua ideia organizadora em uma sociedade concebida como um sistema equitativo de cooperação social, entre pessoas livres e iguais. Além do que, tem como objetivo uma concepção de justiça que possa ser compartilhada pelos cidadãos, com base em um acordo político racional, bem-informado e voluntário. Logo, a justiça como equidade, parte da ideia de sociedade como um sistema equitativo de cooperação ao longo do tempo, de uma geração até a seguinte, e, da mesma forma, a teoria da justiça como equidade é uma concepção liberal, bem como uma concepção de justiça válida para uma democracia, proporcionando uma base para os princípios constitucionais e para os direitos e liberdades básicas. RAWLS, John. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 199-241.

¹²¹³ RAWLS, op. cit., p. 205-207.

¹²¹⁴ Este cenário se projeta, naturalmente, para o campo da interpretação constitucional, na medida em que na esfera política, ao lidar com temas essenciais, só são admissíveis argumentos independentes de doutrinas religiosas ou metafísicas controvertidas. Ou seja, na discussão pública, os cidadãos devem apresentar argumentos que possam ser racionalmente aceitos pelos seus interlocutores, independentemente das respectivas crenças religiosas ou metafísicas. RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 261-305.

¹²¹⁵ CHILDRESS III, Donald E. Using Comparative Constitutional Law to Resolve Domestic Federal Questions. **Duke Law Journal**, n. 53, 2003, p. 221.

¹²¹⁶ A Suprema Corte do Canadá, atribuiu uma definição muito ambiciosa de diálogo no caso *Vriend v. Alberta* de 1998, expondo que os tribunais possuem atribuições visando à defesa da Constituição, e é a própria Constituição expressamente que lhes compete tal papel. No entanto, é igualmente importante o respeito mútuo entre esses poderes, para fins de concretização da democracia constitucional. Caso *Vriend v. Alberta*. Disponível em: <<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/1607/1/document.do>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹²¹⁷ TREMBLAY, Luc. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. **International Journal of Constitutional Law**, v. 3, n. 4, 2005, p. 617-648.

¹²¹⁸ LECLAIR, Jean. Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien. **Revue du Barreau**, Numéro Spécial, 2003. Disponível em: <<https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/handle/1866/2549>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

desacordos persistentes a respeito das mais variadas questões, devem ser resolvidas no plano cooperativo¹²¹⁹.

Na verdade, este debate acaba por problematizar o tradicional comportamento das Cortes, dentro do parâmetro central de cooperação em uma ordem transnacional, de modo a proporcionar maior coesão e estabilidade, no plano jurídico-político, em um sistema cooperativo e progressivo, a partir das relações entre instituições, de uma comunidade dialógica e convergente¹²²⁰.

Portanto, no contexto de uma sociedade bem ordenada, marcada pelo desacordo razoável¹²²¹ e pelo pluralismo, apesar de não haver uma concordância sobre a forma de organização, em termos equitativos, de cooperação entre cidadãos, as cortes devem empregar um procedimento que goza de legitimidade e possa ser aceito por aqueles afetados pela decisão¹²²², uma vez que existe uma profunda discordância sobre a melhor maneira de se efetivar os valores da liberdade e igualdade na estrutura básica da sociedade¹²²³.

Ou seja, para que se possa conquistar o apoio de um consenso sobreposto, que abarque doutrinas religiosas, filosóficas e morais, razoáveis e racionais, baseados na razão e na reflexão bem informada e livremente aceita, o exercício desta dinâmica entre as cortes do sistema transnacional, deve ser exercido de acordo com valores essenciais cujos elementos se pode esperar que razoavelmente todos possam aderir¹²²⁴.

Nesse sentido, diante da possibilidade dos tribunais, cujas decisões, em princípio, são incontrastáveis¹²²⁵, dar a última palavra sobre questões complexas, há a necessidade de se

¹²¹⁹ SUNSTEIN, Cass R. Beyond Judicial Minimalism. **Harvard Public Law Working Paper**, n. 08-40, 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1274200>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹²²⁰ ROSENFELD, Michel. The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy. **Cardoso Law School, Working Paper Series**, n. 36, 2001. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=262350>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹²²¹ O desacordo moral razoável é uma característica das sociedades pluralistas contemporâneas, e duas técnicas principais são usadas para compatibilizar o reconhecimento de cosmovisões diferentes: os compromissos dilatórios e os acordos incompletamente teorizados. Os primeiros, consistem em acordos quanto a princípios gerais, diante da persistência do desacordo em relação a normas específicas. Já os segundos, consistem no oposto, acordos quanto a decisões sobre casos concretos, mantendo-se o desacordo quanto aos seus fundamentos mais gerais. RAWLS, **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 206-212.

¹²²² Esta visão se aproxima do conceito de justiça procedimental perfeita de Rawls, ou seja, não há critério independente para o resultado correto, em vez disso, existe um procedimento correto ou justo, de modo que o resultado será também correto ou justo, qualquer que seja ele, contanto que o procedimento tenha sido corretamente aplicado. RAWLS, *op. cit.*, p. 116-118.

¹²²³ Uma concepção política de justiça para Rawls, se liga à estrutura básica de uma sociedade, englobando as principais instituições políticas, sociais e econômicas de uma sociedade, e a maneira pela qual se combinam, em um sistema unificado de cooperação social de uma geração até a seguinte. RAWLS, *op. cit.*, p. 53-58.

¹²²⁴ RAWLS, *op. cit.*, p. 45-53.

¹²²⁵ Em sentido oposto, quanto à insindicabilidade dos atos do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário, a Constituição irlandesa, por exemplo, prevê que a aplicação das suas normas de justiça social deve ser feita exclusivamente pelo Parlamento, e não deve ser conhecida pelas cortes. O artigo 94 da Constituição brasileira de 1937 e o artigo 68 da Constituição brasileira de 1934, também tratavam da impossibilidade de análise pelo Poder

estabelecer uma dinâmica segura, na adoção de visões devidamente compartilhadas, diretamente relacionada à ideia de razão pública¹²²⁶, como uma cultura desenvolvida para uma instrumentalização racional de comunicação e interação entre partes livres e iguais, a partir de um ponto de vista equitativo¹²²⁷, em que a atividade interpretativa se processa, em grande parte, por meio de um diálogo permanente entre instituições^{1228,1229}, para melhor conformação de cosmovisões distintas.

Judiciário das questões exclusivamente políticas. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 106 e 196.

¹²²⁶ Nas sociedades democráticas contemporâneas marcadas pelo pluralismo, o princípio da razão pública assume um papel importante. Esse princípio deriva da ideia de “razões públicas”, que tem origem na filosofia kantiana, mas foi desenvolvida mais recentemente por John Rawls. A ideia da razão pública é a de que, na esfera política, ao lidar com temas essenciais, só são admissíveis argumentos independentes de doutrinas religiosas ou metafísicas controvertidas. No campo privado, esse limite não se aplica, mas na discussão pública, os cidadãos devem apresentar argumentos também públicos, que possam ser racionalmente aceitos pelos seus interlocutores, independentemente das respectivas crenças religiosas ou metafísicas. John Rawls sustenta ainda que o uso da razão pública, para o cidadão, seria um imperativo moral, mas não jurídico. Isso porque, não haveria, sem grave ofensa à liberdade de expressão e de consciência, como obrigar o cidadão a invocar apenas razões públicas ao deliberar sobre temas essenciais no espaço público. Porém, para os magistrados, a imposição de respeito à razão pública incidiria plenamente. A exigência jurídica de respeito à razão pública, também se dirige a todos os poderes estatais. Atos legislativos e administrativos que violassem essa imposição, baseando-se, por exemplo, em motivações de cunho religioso, não teriam validade. Mas essa imposição, é ainda mais severa para o Poder Judiciário. Os juízes não são eleitos, o que torna ainda mais ilegítima a possibilidade de que imponham os seus valores pessoais sobre os jurisdicionados, ou que os invoquem para derrubar decisões tomadas pelos representantes do povo. Ademais, diferentemente dos parlamentares, que não precisam enunciar publicamente as razões que motivam seus votos, os juízes têm sempre que fundamentar as respectivas decisões. Portanto, os magistrados só estão autorizados a fazer uso da razão pública. RAWLS, John, **O liberalismo político**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 261-305.

¹²²⁷ Rawls trabalha aqui a questão da posição original, a partir da concepção tradicional de justiça, que especifica os princípios adequados para realizar a liberdade e a igualdade. Neste sentido, deve-se buscar um ponto de vista a partir do qual, um acordo equitativo entre pessoas livres e iguais, possa ser estabelecido. A posição original com os traços do “véu da ignorância” (*veil of ignorance*), é este ponto de vista. Por sua vez, a ideia de “véu da ignorância”, se liga à ausência de conhecimento da posição social ou a doutrina abrangente das partes. Ou seja, para haver um acordo equitativo entre pessoas livres e iguais, se deve eliminar as vantagens que surgem em função das tendências sociais, históricas e naturais. Logo, a posição original, deve ser considerada um artifício de representação, e todo acordo entre as partes como hipotético e não histórico. Rawls trata da posição original, como um caso de justiça procedimental pura, no sentido de que os princípios de justiça apropriados para especificar os termos equitativos de cooperação social, são aqueles que seriam selecionados como resultado de um processo de deliberação racional (ao contrário de justiça procedimental imperfeita, em que já há um critério já determinado do que é justo). Assim, as partes não seriam obrigadas a aplicar nenhum princípio de justiça delimitado previamente. RAWLS, op. cit., p. 65-72.

¹²²⁸ É preferível adotar um modelo que não atribua a nenhuma instituição o “direito de errar por último”, abrindo-se a permanente possibilidade de correções recíprocas no campo da hermenêutica, com base na ideia de diálogo, em lugar da visão mais tradicional, que concede a última palavra nessa área aos tribunais. SOUZA NETO, Claudio Pereira. SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

¹²²⁹ A Suprema Corte do Canadá, por exemplo, no caso *R. v. Oakes* de 1986, estabeleceu um *test case* que permite, ao menos em tese, a possibilidade de correções recíprocas entre Poderes, no famoso teste *Oakes*. Por meio do teste *Oakes*, se permite analisar se são razoáveis, em casos comprovadamente justificados, limitações a direitos e liberdades (*limitations clause*), em uma sociedade livre e democrática. Esse teste se aplica, quando se pretende demonstrar que a Seção 1 da *Canadian Charter of Rights and Freedoms* foi violada. Caso *R. v. Oakes*. Disponível em: < <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/117/index.do>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

É necessário, conseqüentemente, a conciliação entre os valores da razão pública, na realidade prática da estruturação e da atuação institucional, em uma comunidade na qual haja cooperação jurídico-política, e as cortes se tornem responsáveis pela concretização de um novo modelo de proteção de direitos e garantias fundamentais, com a discussão do redimensionamento do papel dos tribunais e da legitimidade da atuação dos juízes.

Esta modificação conceitual reconhece algumas ideias fundamentais, em especial a de que há um novo paradigma regendo o sistema contemporâneo, em que a questão deixa de ser quem deve interpretar, e passa a indicar a necessidade de se buscar uma teoria construída a partir de uma proposta cooperativa pela qual as cortes possam compartilhar fundamentos comuns ao operacionalizar as ordens jurídica e política da realidade democrática¹²³⁰.

Sob esse prisma, a criação de uma rede de reciprocidade, arquitetada a partir de um procedimento de decisão coletiva, compatível com as diferentes concepções de uma sociedade pluralista, passa a transformar o discurso dos direitos fundamentais e dos Direitos Humanos, de um monólogo judicial, em um rico e mais equilibrado diálogo interinstitucional, que reduz, se não elimina, a tensão entre a proteção judicial dos direitos e a tomada de decisões^{1231,1232}.

Nesse sentido, as cortes devem atuar dialogicamente, buscando alcançar uma deliberação que atenda aos interesses e valores da coletividade, resultados de uma prática discursiva racional na esfera pública¹²³³, guiada pelos valores e fundamentos da ordem

¹²³⁰ HOGG, Peter; BUSHHELL, Allison. The “Charter” dialogue between Courts and Legislatures. **Osgood Hall Law Journal**, v. 35, n. 1, 1997.

¹²³¹ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, n. 28, 2002.

¹²³² DIXON, Rosalind. Weak-form judicial review and the American exceptionalism. **Chicago Law School Public Law and Legal Theory Working Papers Series**, n. 348, 2011.

¹²³³ A ideia de esfera pública aqui adotada, se liga à concepção Habermasiana da dimensão pública, na qual ocorre a comunicação entre membros de uma comunidade em discursos racionais, reconhecendo-se mutuamente como membros livres e iguais. Para Jürgen Habermas, o Princípio do Discurso, desempenha um papel relevante na ideia de esfera pública, ao delimitar o modo como ocorre esta comunicação não etnocêntrica e reflexiva, através da ação racional, e com o reconhecimento intersubjetivo de posturas na liberdade comunicativa. Assim, para Habermas, o Princípio do Discurso, toma a forma de um Princípio Democrático, para proporcionar uma função legitimadora a este processo de comunicação entre os membros da comunidade, no processo de formação da opinião, na garantia da autonomia privada e na regulação das relações entre cidadãos livremente associados. Por outro lado, para Jürgen Habermas, o Princípio do Discurso, é autônomo em relação ao direito e à moral. Todavia, como as fundamentações pós-tradicionais, exigem a forma jurídica para compensar os déficits da moral, os preceitos morais são absorvidos pela faticidade de produção normativa, que impõe o comportamento conforme a norma, permitindo que a moral irradie sobre todos os âmbitos de ação. Logo, o fenômeno jurídico, é uma estrutura normativa capaz de contemplar uma abertura para os discursos morais, permitindo o uso da racionalidade comunicativa. Assim, a legitimidade é obtida através da legalidade, na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas, são racionais no sentido de uma razão prático-moral procedimental. Desta feita, o direito possui abertura para uma moralidade procedimental, porquanto, para ser legítimo, precisa ser juridicamente sensível às pretensões normativas que são racionalizadas no espaço público. Assim, para Habermas, os fundamentos do direito, estão ancorados na atuação deliberativa/discursiva sobre questões políticas ou morais dos cidadãos discutidos na esfera pública. Logo, a prática discursiva, em um procedimento permanente, possibilita a legitimação do direito, impondo a prática de uma razão comunicativa que constrói o Direito, em uma concepção intersubjetiva de valores morais

democrática, fundamentada na necessidade de se firmar tanto um equilíbrio entre o Poder Executivo, Poder Judiciário e Poder Legislativo¹²³⁴ — questionando a possibilidade de predomínio de qualquer dos Poderes constituídos, bem como a tradicional teoria da separação

compartilhados e resultantes dos acertos discursivos, firmados entre sujeitos em uma situação ideal de fala. Nesta condição ideal de fala, não está em jogo um *status* de igualdade, mas um *status* de liberdade discursiva, quando os indivíduos procuram o consenso em suas diferentes concepções de mundo. Logo, a condição ideal de fala, se resolve na exigência de se permitir a prática discursiva como uma constante procedimental, isto é, a pessoa e o procedimento racional se configuram a partir de uma prática construtiva discursiva, que busca o consenso e a igualdade entre cidadãos livres e iguais dentro da esfera pública. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 1, p. 113-168.

¹²³⁴ É bem verdade, contudo, que este equilíbrio se mostrou delicado em alguns momentos da história constitucional dos Estados Unidos, como no final do século XVIII e início do século XIX, pela aplicação do instituto da *nullification*, que permitiria que um Estado anulasse ou invalidasse lei federal que o Estado tenha considerado inconstitucional. A teoria da *nullification*, se baseia na visão de que os Estados formaram a União por um acordo entre os Estados, e que, portanto, os Estados têm a autoridade final para determinar os limites do poder do governo federal. A primeira afirmação da teoria da *nullification*, foi exposta nas Resoluções de Kentucky e Virgínia de 1798, ao sustentar que os Estados tinham o direito de interpretar a Constituição e poderiam declarar inconstitucionais leis federais, quando o governo federal ultrapassasse seus poderes delegados. A teoria da *nullification* nunca foi aceita pela Suprema Corte dos Estados Unidos, sob o argumento de que o Judiciário federal tem o poder final para interpretar a Constituição. Portanto, o poder de tomar as decisões finais sobre a constitucionalidade das leis federais, é dos tribunais federais, e não dos Estados federados. Ademais, os Estados da federação, não têm o poder de anular leis federais. A Suprema Corte dos Estados Unidos, enfrentou, inicialmente, a questão da *nullification* em 1809, em *United States v. Peters*. No caso, a legislatura da Pensilvânia, tinha editado um ato pretendendo anular uma decisão judicial federal. A Suprema Corte dos Estados Unidos, considerou que o legislador da Pensilvânia, não tinha o poder de anular a decisão do tribunal federal. Em 1813, a Suprema Corte dos Estados Unidos, enfrentou, novamente, a questão da *nullification*, ao rever uma decisão do Tribunal de Apelação de Virginia. A Corte de Apelação, recusou-se a aceitar a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, afirmando que sob a Constituição, a Suprema Corte norte-americana não teria autoridade sobre os tribunais estaduais. Também em *Martin v. Hunter's Lessee* de 1816 e em *Cohens v. Virginia* de 1821, a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou que os tribunais federais, não os Estados, têm o poder final para interpretar a Constituição. Da mesma forma, em *Osborn v. Bank of the United States* de 1824 e em *Worcester v. Georgia* de 1832, a Suprema Corte dos Estados Unidos rechaçou o instituto da *nullification*. ERICSON, David F. The Nullification Crisis, American Republicanism, and the Force Bill Debate. **The Journal of Southern History**, v. 61, n. 2, 1995, p. 249-270.

dos poderes^{1235,1236}, como parâmetros únicos à formulação de um Estado Democrático¹²³⁷ —, quanto de se ressaltar a importância das cortes transnacionais frente ao diálogo interestatal contemporâneo¹²³⁸.

Desse modo, pode-se entender que a partir dessa visão, pautada nos meios juridicamente legítimos de coadjuvação, os mecanismos de cooperação passam a ser exercidos, tendo em conta o reconhecimento de uma nova e justa parceria, em que o diálogo aprofundado, fundado

¹²³⁵ A tradicional teoria da separação de poderes, pode ser originalmente atribuída a Aristóteles, e, posteriormente, desenvolvida e aperfeiçoada, por Charles de S. de Montesquieu, em seu livro “O espírito das leis”. O modelo norte-americano do *checks and balances*, proposto pelos federalistas, é uma evolução dessa teoria. LEVINSON, Daryl; PILDES, Richard. Separation of parties, not Powers. **Harvard Law Review**, v. 119, n. 1, 2006.

¹²³⁶ Na verdade, segundo Levinson e Pildes em *Separation of Parties, Not Powers*, a separação de poderes conforme imaginada pelos federalistas americanos, através da doutrina do *checks and balances*, nunca chegou a ser estabelecida da forma rígida como alguns a imaginam. Assim, haveria uma zona de competência mútua, ou seja, todos os poderes possuiriam aptidão institucional para a realização de todas as tarefas pertinentes ao Estado, contudo, cada um deles, por uma lógica de efetividade, teria atribuições preponderantes. Nesse sentido, para Levinson e Pildes, poucas coisas seriam tão anacrônicas quanto à ideia de separação de poderes. Isto porque, as mudanças no agir político-social, exigem uma reformulação nas bases teóricas, de modo a refletir acerca dos valores que realmente representam a estrutura constitucional. Levinson e Pildes, defendem esta ideia após verificar que, o *checks and balances*, apresenta lacunas que permitem a concentração de poderes em determinados contextos políticos. Eles apontam que a relação estática e equilibrada que impulsionaria o controle, baseado na relação de freios e contrapesos, é uma ficção, inatingível na prática, uma vez que a atividade pública, ao invés de ser realizada pela ótica institucional, é realizada de maneira personificada, traduzindo todas as tensões políticas e relações de interesse que impulsionam a disputa eleitoral, onde estão em pauta o interesse dos diversos grupos, as alianças políticas e as rivalidades. LEVINSON, Daryl; PILDES, Richard. Separation of parties, not Powers. **Harvard Law Review**, v. 119, n. 1, 2006.

¹²³⁷ Para uma análise histórica do desenvolvimento da separação de poderes, como uma máxima de organização de Estado e como um modelo de governo baseado na ideia madisoniana de controle entre os poderes de Estado, apresentando, sobretudo, a influência do *judicial review* nestas transformações. BOLONHA, Carlos; RANGEL, Henrique. Separação de Poderes da Europa aos EUA: mutações e o *judicial review*. **Anais do XX Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, p. 11132-11155.

¹²³⁸ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, n. 28, 2002.

em um espírito de respeito e tolerância¹²³⁹, deve ser um fator inerente à atuação das cortes, em uma troca dinâmica e deliberativa^{1240,1241}, que concretiza a legitimidade estatal.

Como resultado, a legitimidade das decisões judiciais depende de pluralismo e consensualismo, arquitetados a partir de uma cadeia de reconhecimento, na certeza de que o comprometimento de cada componente é a pedra de toque para criação de um diálogo plural que permita a transformação da sociedade¹²⁴².

¹²³⁹ Podemos citar como exemplo o caso *Roe v. Wade* de 1973, quanto à questão do aborto nos Estados Unidos. A Suprema Corte decidiu que, o direito de interromper a gravidez, estaria protegido pelo direito constitucional à privacidade. Os grupos que se opuseram à decisão, passaram a tentar revertê-la, enquanto os movimentos no sentido contrário, também se mobilizaram para apoiar o precedente. O embate entre as posições favoráveis e contrárias ao aborto (*pro-life v. pro-choice*), demonstrou que a decisão da Suprema Corte não encerrou o debate constitucional sobre o aborto naquele país. O *Abortion Act* de 1967 do Reino Unido, encerra o mesmo debate, sob o prisma do Poder Legislativo, visto que inúmeros setores da sociedade favoráveis e desfavoráveis ao aborto, se manifestaram durante o procedimento legislativo até a aprovação da norma, contudo, o debate permanece aberto. DWORKIN, Ronald. **O domínio da vida**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 41-94, 141-163 e 207-249.

¹²⁴⁰ Nos Estados Unidos, principalmente pela dificuldade do processo de reforma, as respostas legislativas à decisões da Suprema Corte, veiculadas por emendas constitucionais são extremamente raras. Somente em quatro oportunidades o Congresso norte-americano alterou formalmente a Constituição, com vistas a superar decisão constitucional da Suprema Corte. A décima primeira emenda superou o precedente *Chisholm v. Georgia* de 1793, para afirmar a competência dos tribunais federais para julgar demandas contra os Estados-membros, o que havia sido negado pela Suprema Corte. A décima terceira emenda superou o entendimento fixado em *Dred Scott v. Sandford* de 1857, no qual a Suprema Corte negou cidadania norte-americana, e, conseqüentemente, as garantias constitucionais aos negros, para extinguir textualmente a escravidão. A décima sexta emenda foi aprovada para superar o precedente fixado em *Pollock v. Farmers Loan & Trust Co.* de 1895, no qual a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de lei que tributava uniformemente o imposto de renda, sob o argumento de que se tratava de imposto indireto que deveria seguir a regra da proporcionalidade. Por fim, a vigésima sexta emenda superou a decisão da Suprema Corte no caso *Oregon v. Mitchell* de 1970, no qual a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de lei federal que obrigava os Estados a reduzir a idade mínima para o voto para dezoito anos, por considerá-la aplicável apenas às eleições federais. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 245-246.

¹²⁴¹ A Constituição de 1934, contemplava a possibilidade do Poder Legislativo invalidar as decisões proferidas pelo Poder Judiciário em sede de controle de constitucionalidade. Da mesma forma, a Propostas de Emenda Constitucional (PEC) 03/2011 e a arquivada Propostas de Emenda Constitucional (PEC) 33/2011, tratam da possibilidade do Poder Legislativo rever decisões tomadas pelo Poder Judiciário. BRANDÃO, op. cit., p. 6, 137 e 261.

¹²⁴² Segundo Rodrigo Brandão, contudo, “há casos em que a dinâmica das relações entre Suprema Corte e Parlamento não se pautou por uma conversa deliberativa, mas por uma lógica conflituosa”. O autor refere-se às *law in your face* canadenses, assim compreendidas as leis destinadas a pura e simplesmente reverter a orientação da Suprema Corte por reputá-la errada ou inaceitável. Segundo ainda Brandão “Cite-se, por exemplo, os casos *O'Connor e Mills*. No primeiro, o Bispo Hubert O'Connor era acusado de estuprar quatro estudantes aborígenes em uma escola dirigida por ele. Em sua defesa, O'Connor solicitou o acesso a registros dos tratamentos médico e psicológico das vítimas. A Suprema Corte atribuiu aos juízes competentes o dever de sopesar os direitos à ampla defesa do acusado e à privacidade da vítima, para definir se tais informações deveriam, ou não, ser disponibilizadas aos acusados. Todavia, exígua maioria (cinco juízes) afirmou que não se poderia exigir do acusado a comprovação da relevância dos dados antes de ele tomar conhecimento do seu teor, de maneira que a sua não disponibilização à defesa poderia causar a condenação de inocentes. Desta forma, todas as informações disponíveis para a acusação deveriam ser repassadas à defesa, e os dados sob a guarda de terceiros (médicos, psicólogos etc.) também deveriam lhe ser repassados desde que o juiz do caso considerasse que eles poderiam ter alguma utilidade para a defesa. Já a minoria (quatro juízes) se mostrou cética quanto à utilidade dessas informações para a defesa, e, por outro lado, revelou preocupação quanto à abertura do seu sigilo desestimular denúncias de crimes sexuais e perpetuar a vulnerabilidade das mulheres a violências sexuais. Portanto, enquanto a maioria priorizou o direito do acusado à ampla defesa, a minoria deu preeminência ao direito da vítima à privacidade e ao interesse social em punir eficazmente os crimes sexuais. Dois anos após a decisão, o Parlamento reagiu mediante a aprovação de lei

Logo, é fundamental a construção de um ambiente pautado na cooperação, na deliberação e no diálogo, na busca da uniformidade de interpretação, decisão e atuação das instituições, tendo como alvo o funcionamento da máquina estatal e a produção de um diálogo efetivo, em que os deveres institucionais sejam determinados mais concretamente, por um procedimento que possa ser concebido como legítimo pela sociedade¹²⁴³.

Portanto, a atuação judicial deve ter em conta a compreensão da estrutura do Estado, para que se possa alcançar o objetivo último da segurança e estabilidade jurídica¹²⁴⁴, reafirmando a relação dialética e interdependente da atuação das cortes em uma ordem deliberativo-democrática, em que as questões de interpretação jurídica não possam ser adequadamente resolvidas, sem a atenção à necessidade de se reduzir o déficit de legitimidade das autoridades responsáveis pela construção das decisões judiciais, a partir de um diálogo efetivo na sociedade transnacional¹²⁴⁵.

4.2 A consistência argumentativa da jurisdição de garantias no espaço transnacional

Com a globalização e o crescimento da chamada Sociedade Internacional, interdependente e interpenetrante, que interage cada dia de forma mais profunda, o exercício do poder jurisdicional entre sistemas jurídicos autônomos, oriundos de Estados soberanos, gera a inter-relação entre ordens jurisdicionais distintas¹²⁴⁶, sob os parâmetros e diretrizes de uma

destinada a fazer prevalecer a solução acolhida pela minoria da Suprema Corte, precisamente para tornar mais difícil a utilização em juízo das informações em apreço, e, assim, estimular comunicações de crimes sexuais pelas vítimas. Mais do que isso, a lei usava as mesmas palavras do voto minoritário da juíza L'Hereau Dubeau, superando, ponto a ponto, a solução acolhida pela maioria da corte. Portanto, o Parlamento não buscou uma solução intermediária que incorporasse a visão da corte, antes a reputou inaceitável e simplesmente a reverteu. A lei que superara frontalmente o seu precedente foi julgada constitucional pela Suprema Corte em *Mills*, que baseou a sua decisão na doutrina dos diálogos constitucionais. Com efeito, a Corte afirmou que a interpretação obtida em *O'Connor* representava *judicially created common law*, de forma que não consistia na única interpretação possível, antes o Parlamento poderia propor, como de fato propôs, solução distinta. Neste sentido, a Suprema Corte afirmou que não tem um monopólio na proteção e promoção de direitos e liberdades, e o Parlamento também desempenha um papel importante nesse particular e frequentemente é um aliado importante de grupos vulneráveis". BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 244-245.

¹²⁴³ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, n. 28, 2002.

¹²⁴⁴ VERMEULE, Adrian. System effects and the constitution. **Harvard Law School Paper**, n. 642, 2009.

¹²⁴⁵ BICKEL, Alexander. Foreword: the passive virtues. **Harvard Law Review**, v. 75, 1961, p. 40.

¹²⁴⁶ Na verdade, pode-se afirmar que a questão do diálogo entre ordens jurisdicionais distintas remonta à antiguidade. A eventual necessidade de julgar os estrangeiros levou à criação de tribunais excepcionais, como o do Pretor Peregrino em Roma e o do Polemarca em Atenas. As cidades gregas, também possuíam regimentos que determinavam quais juízes seriam competentes para litígios que viessem a ocorrer entre pessoas das diferentes cidades, assinalando o direito que seria aplicável. Já em Roma, foi criado o *jus gentium*, destinado a disciplinar as relações jurídicas entre os cidadãos romanos (*jus civile*) e os estrangeiros (*jus peregrinum*), que encerrava uma

agenda cooperativa, em que a atuação das cortes locais não seja reduzida a uma divisão pragmática de soberanias, e sim, em vez disso, dentro de uma visão de diálogo com os cortes transnacionais buscando alcançar uma solução que atenda aos interesses e valores da comunidade internacional cosmopolita^{1247,1248}.

Ademais, em uma sociedade internacional pluralista, a implementação de políticas e estratégias comuns, e, sobretudo, a busca da equidade nos processos, depende de diversos aspectos, particularmente, as questões de interpretação jurídica não podem ser adequadamente resolvidas sem a atenção à legitimidade e capacidade das autoridades responsáveis pela construção da decisão judicial¹²⁴⁹.

Nesse sentido, as decisões das cortes locais devem atentar aos efeitos previsíveis e não previsíveis da construção judicial transnacional, com base em termos equitativos de cooperação, que envolva um acordo racional, bem-informado e voluntário^{1250,1251}, em um processo abrangente de deliberação fundamentada e justificada, o que altera a forma da interpretação judicial local, mas também reforça a sua racionalidade e legitimidade.

Desta forma, esse intercâmbio assente na persuasão, na argumentação e na interpretação, em um espírito positivo relativamente aos outros sistemas de justiça, deve revestir a forma de um diálogo efetivo, a partir da multiplicação de fontes de onde se retiram os argumentos da decisão, explicitando que a jurisprudência transnacional, deve desempenhar um papel importante na atuação judicial interna, em uma postura lógica de não divergência¹²⁵².

Assim, em uma sociedade marcada por uma multiplicidade de concepções de vida, a exigência de que a atuação das cortes seja desenvolvida de forma coerente com outras decisões

solução para o conflito entre regimes jurídicos diversos. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 6-22 e 115-119.

¹²⁴⁷ PEREIRA, João Eduardo Alves. Geopolítica e direito internacional no século XXI. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (Coord.). **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹²⁴⁸ Já no século XVIII, Savigny sustentava a criação de uma “comunidade de direito entre os diferentes povos”. Savigny reconhece que há exceções ao princípio da comunidade de direito entre os povos, por força de determinadas leis que existem em cada nação e que têm natureza rigorosamente obrigatória, havendo, por outro lado, instituições de certos países que não são reconhecidas em outros países. AGO, Roberto. **Scienza giuridica e diritto internazionale**. Milano: A. Giuffrè, 1950, p. 851-978.

¹²⁴⁹ Vicki C. Jackson também expressa essa opinião, ao afirmar que as comparações entre sistemas jurídicos são inevitáveis, e, assim, seria quase impossível ser um “*well-informed judge or lawyer*”, sem ter conhecimento das normas e das políticas de outros países. Ademais, segundo Jackson, “*these impressions, which may influence views of U.S. constitutionalism, could be incorrect or subject to interpretive challenge. Overt references to what judges believe about other countries will often provide helpful transparency*”. JACKSON, Vicki C. Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement. **Harvard Law Review**, v. 119, 2005, p. 109- 114.

¹²⁵⁰ RAWLS, John. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 210-212.

¹²⁵¹ RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. São Paulo: Editora Ática, 2000, p. 116-118.

¹²⁵² DIXON, Rosalind. Transnational Constitutionalism and Unconstitutional Constitutional Amendments. **Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, n. 349, 2011.

judiciais tomadas no passado, inclusive dos precedentes estrangeiros, deve partir de uma visão de previsibilidade e equidade¹²⁵³, em que não haja inconsistência ou dissonância interpretativa em escala global.

Sob esse prisma, a possibilidade de uma rede de reciprocidade, em uma comunidade global arquitetada a partir de um consenso internacional, por meio de um procedimento democrático de decisão coletiva compatível com as diferentes concepções de justiça de uma sociedade pluralista, permite uma maior abrangência na esfera protetiva^{1254,1255}, em que a identidade institucional dos tribunais locais, é forjada pelas suas funções comuns de resolução de litígios “*under rules of law*”, não apenas como parte de um sistema jurídico global, mas como uma comunidade global de cortes¹²⁵⁶.

Nesse modelo, diante da ampliação dos sistemas nacionais e transnacionais, que se reproduzem no âmbito global de maneira cada vez mais abundante, a nova ordem mundial acaba por trabalhar em redes de cooperação entre diversos agentes, pautado no entrelaçamento entre diversos tipos de ordens jurídicas no âmbito de um sistema jurídico global de níveis múltiplos, em uma racionalidade que importe em um diálogo mínimo¹²⁵⁷, possibilitando o aprendizado e intercâmbio construtivo entre sistemas¹²⁵⁸.

Assim, as decisões das cortes transnacionais devem ser levadas em consideração pelos tribunais no contexto de práticas institucionais locais, ampliando a legitimação das decisões domésticas, na projeção conceitual de um sistema internacional cosmopolita, a partir de um processo deliberativo¹²⁵⁹, para a viabilidade do diálogo com as decisões transnacionais e a estabilidade da ordem mundial e local.

Nesse sentido, esta migração de ideias representa um esforço para garantir a coerência e a consistência interpretativa das cortes no sistema transnacional¹²⁶⁰, aprendendo, a partir de

¹²⁵³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 261-269.

¹²⁵⁴ WALDRON, Jeremy. Teaching cosmopolitan right. In: MCDONOUGH, Kevin; FEINBERG, Walter (Eds.). **Education and citizenship in liberal-democratic societies: cosmopolitan values and cultural identities**. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 25-35.

¹²⁵⁵ WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 111.

¹²⁵⁶ SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. **Harvard International Law Journal**, v. 44, 2003, p. 191-220.

¹²⁵⁷ Ou como Sunstein e Posner colocaram: “*The question whether one state should consult the law of other states is large and interesting-much larger and more interesting than the question whether the U.S. Supreme Court, ... should construe the U.S. Constitution with reference to the constitutional rulings of other high courts*”. POSNER, Eric A.; SUNSTEIN, Cass R. On Learning from Others. **Stanford Law Review**, v. 59, 2007, p. 1314.

¹²⁵⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 251-293.

¹²⁵⁹ RAWLS, John. **The law of peoples**. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 159-162.

¹²⁶⁰ JACKSON, Vicki C. Comparative constitutional law: methodologies. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 59-60.

perspectivas não nacionais¹²⁶¹, que a existência de hierarquias entrelaçadas entre ordens normativas distintas, implica em uma relação complementar para solucionar problemas jurídicos comuns.

É bem verdade que, em vista da proliferação de cortes e tribunais internacionais, e, da expansão não uniforme de suas normas, que passaram a regular as mais diversas áreas da vida social, passa a haver a ameaça à unidade do sistema jurídico internacional, devido aos impactos da fragmentação nas instituições judiciais internacionais, que exsurtem no contexto globalizado¹²⁶².

Ou seja, a ideia de fragmentação ordenativa, consistente na especialização de regramentos normativos para distintos temas, observável nos mais diversos campos do direito, tanto internacional, como local, passa a gerar efeitos substantivos no exercício da jurisdição, uma vez que, diante do aumento do número de instituições jurisdicionais e quase jurisdicionais, interpretando as normas jurídicas, pode, ocasionalmente, haver entendimentos contraditórios sobre regimes fragmentados autônomos¹²⁶³.

Contudo, é possível afirmar que inexiste uma perda de unidade ordenativa, ainda que diante do conflito entre tribunais, visto que, mesmo com a intensificação do entrecruzamento da jurisprudência dos tribunais nacionais e tribunais transnacionais, há de se buscar uma consistência nas relações conflituosas pluridimensionais, com a reentrada nas perspectivas de observação recíproca dos âmbitos jurídicos, cada qual conservando suas peculiaridades e aspirando por autofundamentação, através de entrelaçamentos hierárquicos, porém sem que nenhuma dessas ordens se sobreponha diante as demais¹²⁶⁴.

Portanto, neste engajamento transnacional¹²⁶⁵, não apenas devem ser evitados comportamentos nacionalistas por partes das Cortes estatais, como também as Cortes internacionais devem adotar um modelo mais flexível de decisão, sobretudo para se evitar ações prejudiciais aos direitos fundamentais e aos Direitos Humanos, a partir de um aprendizado

¹²⁶¹ JACKSON, op. cit., p. 67.

¹²⁶² KOSKENNIEMI, Martti. Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law. **Report of the Study Group of the International Law Commission**. UN Doc. A/CN.4/L.682. 13 abr. 2006.

¹²⁶³ Em 2000, a Comissão de Direito Internacional da ONU decidiu incluir o tópico "Riscos Decorrentes da Fragmentação do Direito Internacional" no seu planejamento de longo prazo. Em 2002 este tópico foi renomeado para "Fragmentação do Direito Internacional: dificuldades advindas da diversificação e expansão do direito internacional", e, a partir daí, formou-se um grupo de estudo. Já em 2003, o grupo de estudos desenvolveu trabalhos relacionados ao tema nos três anos seguintes, e, elaborou o relatório *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission*. KOSKENNIEMI, loc. cit.

¹²⁶⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 71-122.

¹²⁶⁵ JACKSON, Vicki C. **Constitutional Engagement in a Transnational Era**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 71-102.

recíproco, por meio da construção de uma rede transversal construtiva, em especial para combater o tratamento provinciano dado aos problemas constitucionais pelos Estados¹²⁶⁶.

Dessa forma, este diálogo transnacional, e o compromisso de estar aberto para a crescente fertilização cruzada de ideias, pode-se revelar não só uma ferramenta para buscar melhores decisões judiciais, mas, eventualmente, também, para a construção de um sistema jurídico global¹²⁶⁷, em que o consenso transnacional fornece transplantes de decisões judiciais, em um impulso pedagógico que auxilia na resolução de problemas judiciais semelhantes¹²⁶⁸.

Na verdade, esta concepção dialógica se vê refletida em decisões tomadas por diversas cortes ao redor do globo, reproduzindo uma perspectiva de justificação da racionalidade argumentativa das cortes locais pelo paradigma decisional das cortes transnacionais, com a abertura para a compreensão, discussão, reflexão e aproveitamento das decisões transnacionais, mas considerando a perspectiva, particularidades e razões de decidir do caso¹²⁶⁹.

É o que se nota no caso brasileiro, em que o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, na questão da exigência do diploma de curso superior para o exercício da profissão de jornalista (Recurso Extraordinário 511961), em 2009, na mesma linha do entendimento exposto pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva 5 de 1985¹²⁷⁰, decidiu que tal obrigação consubstanciaria restrição injustificada à liberdade de imprensa^{1271,1272}.

¹²⁶⁶ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 251-293.

¹²⁶⁷ HALMAI, Gábor. The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 1328.

¹²⁶⁸ HALMAI, op. cit., p. 1333.

¹²⁶⁹ JACKSON, Vicki C. **Constitutional Engagement in a Transnational Era**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 71-102.

¹²⁷⁰ A Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva 5, esclareceu que a garantia à liberdade de pensamento e de expressão, não é apenas um direito individual de cada um de se expressar, mas também inclui o direito da coletividade de receber informações. Assim, a Lei 4.420/69 da Costa Rica, que exigia a afiliação obrigatória de jornalistas ao Conselho Profissional de Jornalistas, seria incompatível com os artigos 13 e 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que tratam da liberdade de expressão. *Advisory Opinion* OC-5/1985. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_ing.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2016.

¹²⁷¹ No Recurso Extraordinário 511961, o Supremo Tribunal Federal entendeu que “essa interpretação também tem sido acolhida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que já se pronunciou sobre questão idêntica: o caso ‘*La colegiación obligatoria de periodistas*’ (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985) (...) A Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão no dia 13 de novembro de 1985, declarando que a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista viola o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que protege a liberdade de expressão em sentido amplo”. Recurso Extraordinário 511961. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹²⁷² O Supremo Tribunal Federal, em claro diálogo transnacional com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, entendeu que a Constituição Federal de 1988 não recepcionou o artigo 4º, V, do Decreto-lei 972/69, que exigia o diploma de curso superior de jornalismo, registrado pelo Ministério da Educação, para o exercício da profissão de jornalista, uma vez que o jornalismo seria uma profissão diferenciada, por sua vinculação ao pleno exercício das liberdades de expressão e informação. Recurso Extraordinário 511961. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>. Acesso em: 6 fev. 2016.

Da mesma forma, no julgamento do Recurso Extraordinário 466343¹²⁷³ e do HC-87585 em 2008¹²⁷⁴, o Supremo Tribunal Federal, além de entender pelo *status* supralegal do Pacto de São José da Costa Rica, a Convenção Americana de Direitos Humanos, em território nacional, valendo-se de uma postura de deferência pelo diálogo interamericano^{1275,1276,1277} e alterando sua

¹²⁷³ Recurso Extraordinário 466343. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹²⁷⁴ *Habeas Corpus* 87585. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹²⁷⁵ É bem verdade que na ADPF 153, pode-se apontar certa ausência de diálogo transnacional pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que ao entender pela compatibilidade constitucional da Lei 6.683/79 (Lei da Anistia), e, que a anistia foi ampla, geral e irrestrita, alcançando os crimes de qualquer natureza praticados pelos agentes da repressão no período da ditadura, o que, por conseguinte, impossibilitaria a investigação e julgamento criminal dos responsáveis pelos crimes contra a humanidade ocorridos durante o regime militar no Brasil, o STF foi de encontro ao julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Julia Gomes Lund et al. e outros v. Brasil* (Guerrilha do Araguaia) de 2010, que determinou que se eliminassem todos os obstáculos jurídicos e políticos, para que o Brasil investigasse e julgasse criminalmente, os responsáveis pela perpetração do crime de desaparecimento forçado e de outros crimes contra a humanidade ocorridos durante o regime militar. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹²⁷⁶ No caso *Julia Gomes Lund et al. e outros v. Brasil* (Guerrilha do Araguaia) de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Brasil, em virtude do desaparecimento de integrantes da guerrilha do Araguaia durante as operações militares ocorridas na década de 70. A Corte destacou que as disposições da Lei de Anistia de 1979, são manifestamente incompatíveis com a Convenção Americana, e não podem representar um obstáculo para a investigação de graves violações de Direitos Humanos. A CIDH enfatizou que leis de anistia relativas a graves violações de Direitos Humanos, são incompatíveis com o Direito Internacional e as obrigações jurídicas internacionais contraídas pelos Estados. Caso *Julia Gomes Lund et al. e outros v. Brasil* (Guerrilha do Araguaia). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_ing.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹²⁷⁷ O STF ao julgar a ADPF 153, também se afastou de uma posição de diálogo com a CIDH no julgamento do caso *Almonacid Arellano e outros v. Chile* de 2006, que envolveu a morte do Sr. Almonacid-Arellano, por atos praticados por agentes do governo, durante o regime militar chileno. No caso, a justiça chilena, com base no Decreto-lei 2191/78, que concedeu anistia aos agentes que cometeram crimes no regime militar, inadmitiu o pedido da ex-esposa do Sr. Almonacid-Arellano, Sr^a Elvira Del Rosario Gómez-Olivares, sob o fundamento de extinção da responsabilidade penal. A CIDH, em seu julgamento, entendeu que o Estado chileno teria descumprido as obrigações contidas na CADH, em prejuízo à ex-esposa e os filhos do Sr. Almonacid. A sentença, além de impor uma reparação à família, reconheceu que o Decreto-lei 2191/78, ao prever a anistia dos responsáveis por delitos caracterizado como lesa-humanidade, seria incompatível com o Pacto San José da Costa Rica. Caso *Almonacid Arellano e outros v. Chile*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2016.

posição histórica¹²⁷⁸, tomou por base o caso *Nordstern Allgemeine Versicherung AG v. Vereinigte Stinees Rheinreedereien*, julgado pela *Supreme Court of the Netherlands*^{1279,1280}.

Essa mesma visão foi exposta no julgamento da ADPF 132 de 2011, em que o Supremo Tribunal Federal, ao enfrentar o tema da união homoafetiva, se valeu de experiências estrangeiras, como um importante meio de se buscar respostas a questionamentos nacionais para questões complexas, citando os modelos da Holanda, Bélgica, Dinamarca, Alemanha, África do Sul e Argentina¹²⁸¹.

Também na ADIN 3510 de 2011¹²⁸², o Supremo Tribunal Federal, chamado a se pronunciar sobre o delicado tema da constitucionalidade das pesquisas científicas com células-tronco embrionárias, tema ético, jurídico e moralmente conflituoso, se valeu das experiências

¹²⁷⁸ No caso, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a circunstância de o Brasil ter subscrito o Pacto de São José da Costa Rica — que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia (artigo 7º, 7, da CADH) — conduz à inexistência de balizas visando à eficácia do previsto no artigo 5º, LXVII, da CF (“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;”), e, assim, com a introdução do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional, restaram derogadas as normas legais definidoras da custódia do depositário infiel. Prevalceu, no julgamento, por fim, a tese do *status* de suprallegalidade da referida Convenção. Hoje, inclusive, a Súmula Vinculante 25 dispõe que “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 145-146.

¹²⁷⁹ Segundo o Supremo Tribunal Federal “A jurisprudência das Cortes vem reconhecendo essa superioridade normativa da ordem jurídica internacional (...) os seguintes ordenamentos que prevêm a prevalência dos tratados internacionais sobre as leis internas: França (*cafés Jacques Vabre*); Holanda (*Nordstern Allgemeine Versicherung AG v. Vereinigte Stinees Rheinreedereien*); Itália (*Canadá v. Cargnello*); Chipre (*Malachtou v. Armefti and Armefti*); e Rússia (art. 5º da Lei Federal Russa sobre Tratados Internacionais, adotada em 16 de Junho de 1995)”. Recurso Extraordinário 466343. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 6 Feb. 2016.

¹²⁸⁰ MORAES, Guilherme Peña de. **Constitucionalismo multinacional**: uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais. São Paulo: Atlas, 2015, v. 1, p. 26.

¹²⁸¹ Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, o Supremo Tribunal Federal entendeu que “No primeiro caso – equiparação ao casamento – a união pode apresentar diferentes designações, como *same-sex marriage*, *equal marriage*, *same-gender marriage* ou, simplesmente, casamento. Poucos países adotaram este posicionamento, como Holanda — o primeiro a admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, em 2001 —, Bélgica (2003), África do Sul (2006) e Argentina (2010) (...). A outra forma de proteção aos direitos derivados de relações homossexuais é sua vinculação ao conceito de união estável. Nesse sentido, podem ser conhecidas como ‘parcerias civis’ (Inglaterra), ‘parcerias registradas’ (países da Escandinávia), ‘parcerias domésticas’ (Estados Unidos e alguns países da Europa). A Dinamarca foi o primeiro país a reconhecer a união homoafetiva, em 1989, ao permitir o registro de parcerias civis. A união homoafetiva também é tratada com detalhes pela legislação da Alemanha, país em que desde 2001 vigora a ‘parceria civil homossexual’, instituída pela *Lebenspartnerschaftsgesetz (Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft)*”. Para maiores detalhes acerca do caso, vide nota 204. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹²⁸² Segundo o Supremo Tribunal Federal “as decisões da Corte Constitucional da Espanha sobre o assunto (especialmente as de nº 53/1985 e nº 116/1999) (...) assenta que ‘não existe titularidade do direito subjetivo à vida propriamente dito antes do nascimento’. No entanto, entende que deflui dos julgados daquela Corte que ‘o bem Jurídico vida deve ser protegido (...) a partir do momento em que há uma vida humana, não necessariamente pessoal, com uma proteção que não seja tão insignificante que produza de fato uma desproteção completa na fase de vida pré-natal’ (...) Na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, a utilização do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente pode ser encontrada na segunda decisão sobre o aborto (BverfGE 88, 203, 1993)”. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 6 fev. 2016.

da França, Alemanha, Espanha e nos Estados Unidos, em especial do caso *Aborto II* (*Schwangerschaftsabbruch II*), julgado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*) em 1993¹²⁸³, e do caso *Reproducción Humana Asistida*, analisado pelo Tribunal Constitucional da Espanha em 1999¹²⁸⁴.

Da mesma maneira, na ADPF 54, o Supremo Tribunal Federal, ao garantir a interrupção terapêutica da gravidez de feto anencefálico¹²⁸⁵, tomou por base os argumentos utilizados pela Suprema Corte norte-americana no caso *Roe v. Wade*¹²⁸⁶, caso marco na questão do aborto nos Estados Unidos.

É também a visão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 124306, que, ao excluir do âmbito de incidência do crime de aborto, a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre, uma vez que durante esse período, o córtex cerebral, que permite que o feto desenvolva sentimentos e racionalidade, ainda não foi formado, nem há qualquer potencialidade de vida fora do útero materno, se remeteu ao regime adotado em diversos países, como Alemanha, Bélgica, França, Uruguai e México¹²⁸⁷.

Ademais, no HC 82424 de 2003¹²⁸⁸, houve farta referência à jurisprudência estrangeira e internacional, com destaque para o caso *Jersild v. Denmark*, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos em 1994¹²⁸⁹, o que se mostrou determinante para o entendimento final do

¹²⁸³ Para maiores detalhes acerca do caso, vide notas 256 e 274. Caso *Aborto II* (*Schwangerschaftsabbruch II*). Disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/1993/05/fs19930528_2bvf000290en.html>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹²⁸⁴ Caso *Reproducción Humana Asistida* (*Sentencia 116/1999*). Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/3858>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹²⁸⁵ Segundo o Supremo Tribunal Federal, ao tratar do momento em que ocorreria o nascimento, para fins de interrupção terapêutica da gravidez, no caso de feto anencefálico, dispôs que “O próprio caso *Roe v. Wade* traz esse debate (...) (sobre se) já houve o nascimento”. Para maiores detalhes acerca do caso, vide nota 253. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹²⁸⁶ Caso *Roe v. Wade*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/case.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹²⁸⁷ A Primeira Turma do STF, nos termos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, entendeu que “para que não se confira uma proteção insuficiente nem aos direitos das mulheres, nem à vida do nascituro, é possível reconhecer a constitucionalidade da tipificação penal da cessação da gravidez que ocorre quando o feto já esteja mais desenvolvido. De acordo com o regime adotado em diversos países (como Alemanha, Bélgica, França, Uruguai e Cidade do México), a interrupção voluntária da gestação não deve ser criminalizada, pelo menos, durante o primeiro trimestre da gestação. Durante esse período, o córtex cerebral – que permite que o feto desenvolva sentimentos e racionalidade – ainda não foi formado, nem há qualquer potencialidade de vida fora do útero materno”. *Habeas Corpus* 124306. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 4 dez. 2016.

¹²⁸⁸ O Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 82424 se valeu dos argumentos do caso *Jersild v. Dinamarca*, julgado pela Corte Europeia Direitos Humanos ao tratar da publicação pelo “Jornal dinamarquês ‘Information’, em sua revista dominical, de artigo sobre as atitudes racistas de membros de um grupo de jovens, chamados ‘camisas-verdes’”. Para maiores detalhes acerca do caso, vide nota 377. *Habeas Corpus* 82424. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹²⁸⁹ Caso *Jersild v. Denmark*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57891>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

Supremo Tribunal Federal ao considerar como crime de racismo a publicação de obra de conteúdo antissemita¹²⁹⁰.

Essa posição também foi externada pelo Supremo Tribunal Federal que, ao admitir a teoria do bloco de constitucionalidade na ADIN 595¹²⁹¹, se valeu da *Décision* 71-44 DC de 1971 do Conselho Constitucional francês, que estabeleceu as bases do valor jurídico do Preâmbulo da Constituição de 1958, o qual inclui em seu texto o respeito tanto à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, como também ao Preâmbulo da Constituição de 1946¹²⁹².

Da mesma forma, na ADPF 186¹²⁹³, o Supremo Tribunal Federal brasileiro, ao considerar constitucional a política de cotas étnico-raciais para seleção de estudantes da Universidade de Brasília (UnB), se valeu dos argumentos da Suprema Corte norte-americana nos casos das políticas de ação afirmativa, a exemplo de *Bakke v. Regents of the University of Califórnia* de 1978¹²⁹⁴, *Gratz v. Bollinger* de 2003¹²⁹⁵ e *Grutter v. Bollinger* em 2003¹²⁹⁶, impondo a reparação dos danos pretéritos em relação aos negros, e, assim, preconizando uma

¹²⁹⁰ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 263.

¹²⁹¹ A ADIN 595 discutia a iniciativa legislativa do Ministério Público estadual, para projeto de lei versando sobre a fixação de vencimentos dos membros do Ministério Público e dos seus serventuários. A ADIN foi extinta, sem resolução de mérito, por perda superveniente de objeto, uma vez que após o ajuizamento da ADIN, a EC 19/98, alterou substancialmente o parâmetro do controle de constitucionalidade. De toda sorte, ao admitir a teoria do bloco de constitucionalidade, o STF, se manifestou nos seguintes termos “A importância de compreender-se, com exatidão, o significado que emerge da noção de bloco de constitucionalidade (...) resultará, em última análise, a determinação do que venha a ser o paradigma de confronto, cuja definição mostra-se essencial, em sede de controle de constitucionalidade, à própria tutela da ordem constitucional”. Ação Direta de Inconstitucionalidade 595. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=595&classe=ADI-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹²⁹² O bloco de constitucionalidade, nesse sentido, representa fator determinante para a incorporação de normas materialmente constitucionais ao texto constitucional, mesmo que não siga os trâmites formais de incorporação à Constituição. MORAES, Guilherme Peña de. **Constitucionalismo multinacional**: uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais. São Paulo: Atlas, 2015, v. 1, p. 25.

¹²⁹³ Segundo o Supremo Tribunal Federal Brasileiro “Foi exatamente a percepção de que a diversidade é componente essencial da formação universitária que pautou as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América nos casos em que ela examinou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa, a exemplo de *Bakke v. Regents of the University of Califórnia* (1978), *Gratz v. Bollinger* (2003) e *Grutter v. Bollinger* (2003). Em tais julgados, a Suprema Corte daquele país avaliou, antes de tudo, a forma pela qual as instituições que adotaram ações afirmativas promoviam a diversidade étnico-racial. O Tribunal não examinou simplesmente se o critério adotado era constitucional ou inconstitucional em si mesmo. Exigiu, em cada caso, a demonstração de que o fundamento da discriminação positiva adotado pela instituição levaria a uma maior integração e igualdade entre as pessoas, segundo o critério denominado *narrowly tailored*”. Para maiores detalhes acerca do caso, vide notas 185 e 186. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹²⁹⁴ Caso *Bakke v. Regentes of the University of Califórnia*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/438/265/>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹²⁹⁵ Caso *Gratz v. Bollinger*. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/539bv.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹²⁹⁶ Caso *Grutter v. Bollinger*. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/539bv.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

sociedade solidária, a erradicação da situação de marginalidade e de desigualdade, além da promoção do bem de todos, sem preconceito de cor.

Da mesma maneira, o Supremo Tribunal Federal, na Medida Cautelar da ADPF 347¹²⁹⁷, ao analisar o quadro de violação sistemática, massiva e generalizada de direitos fundamentais dos presos, e, diante da “falha estrutural”¹²⁹⁸ na atuação estatal na questão carcerária, decorrente da omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais, se valeu da visão do Tribunal Constitucional

¹²⁹⁷ O STF na Medida Cautelar na ADPF 347, declarou o “Estado de Coisas Inconstitucional” das prisões brasileira, declarando a necessidade de realização de audiências de custódia e do descontingenciamento das verbas do Fundo Penitenciário Nacional, para utilização na finalidade para a qual foi criado. O Supremo Tribunal Federal, na linha do Tribunal Constitucional da Colômbia, entendeu que o estado de coisas inconstitucional, possui “três pressupostos principais: situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades”. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹²⁹⁸ Os pressupostos do ECI revelam conexão com a figura do “litígio estrutural”, caracterizado pelo alcance a número amplo de pessoas e por implicar ordens de execução complexa. A ideia de “litígio estrutural”, por sua vez, vincula o ECI à fixação de *structural remedeis* (remédios estruturais), ou seja, o juiz deve interferir nas escolhas orçamentárias e nos ciclos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, lançando mão de ordens que, ao mesmo tempo, redimensionem esses ciclos e permitam melhor coordenação estrutural. Importante destacar que o juiz não chega a detalhar as políticas, e sim a formular ordens flexíveis, cuja execução será objeto de monitoramento contínuo, por exemplo, por meio de audiências públicas periódicas, com a participação de setores da sociedade civil e das autoridades públicas responsáveis. Assim, sem chegar a ser um “elaborador” de políticas públicas, o juiz comporta-se como um “coordenador institucional”. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigioestrutural#_ftn7>. Acesso em: 6 fev. 2016.

da Colômbia na *Sentencia de Tutela* 153 de 1998¹²⁹⁹, ao declarar o “Estado de Coisas Inconstitucional”¹³⁰⁰, relativo ao quadro de superlotação das penitenciárias do país¹³⁰¹.

Também percebemos esta mesma tendência, ao analisar a garantia processual do duplo grau de jurisdição, no julgamento dos embargos infringentes da Ação Penal 470 em 2013¹³⁰², em que o Supremo Tribunal Federal, especialmente pelo teor do voto do Ministro

¹²⁹⁹ Na *Sentencia* T-153/98, estava em jogo o problema da superlotação e das condições desumanas das Penitenciárias Nacionais de Bogotá e de Bellavista de Medellín. A Corte, apoiada em dados e estudos empíricos, constatou que o quadro de violação de direitos era generalizado na Colômbia, presente nas demais instituições carcerárias do país. Os juízes enfatizaram que a superlotação e o império da violência no sistema carcerário eram problemas nacionais, de responsabilidade de um conjunto de autoridades. O TCC apontou a violação massiva dos direitos dos presos à dignidade humana e a um amplo conjunto de direitos fundamentais, o que chamou de “tragédia diária dos cárceres”. Assim, ante a mais absoluta ausência de políticas públicas voltadas, ao menos, a minimizar a situação, o TCC ordenou a elaboração de um plano de construção e reparação das unidades carcerárias, determinou que o Governo nacional providenciasse os recursos orçamentários necessários, exigiu aos Governadores que criassem e mantivessem presídios próprios, e requereu, ao Presidente da República, medidas necessárias para assegurar o respeito dos direitos dos internos nos presídios do país. A execução dessas ordens não alcançou, todavia, grande sucesso ante a falta de monitoramento, pelo próprio TCC, na fase de implementação da decisão. *Sentencia* T-153/1998. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹³⁰⁰ O ECI é sempre o resultado de situações concretas de paralisia parlamentar ou administrativa sobre determinadas matérias. O ECI revela-se, assim, o único instrumento, ainda que longe do ideal em uma democracia, para superar esses bloqueios e fazer a máquina estatal funcionar. Além de superar bloqueios políticos e institucionais, a intervenção judicial estrutural pode ter o efeito de aumentar a deliberação e o diálogo sobre causas e soluções do ECI. Adotadas ordens flexíveis e sob monitoramento, mantêm-se a participação e as margens decisórias dos diferentes atores políticos e sociais sobre como superar os problemas estruturais. Ao atuar assim, em vez de supremacia judicial, as cortes fomentam o diálogo entre as instituições e a sociedade, promovendo ganhos de efetividade prática e democráticos das decisões. CAMPOS, loc. cit.

¹³⁰¹ A Corte Interamericana de Direitos Humanos também se manifestou sobre a questão das condições degradantes dos presídios, no caso *López Álvarez v. Honduras*, ao dispor que “*Los organismos internacionales de protección de los derechos humanos han establecido que los detenidos tienen derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y que el Estado debe garantizarles el derecho a la integridad personal.(...) Las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control sobre las personas sujetas a su custodia. Por ello, el Estado debe garantizar la existencia de condiciones adecuadas para que la persona privada de libertad desarrolle una vida digna, asegurándole el ejercicio de los derechos cuya restricción no es consecuencia necesaria de la privación de libertad, conforme a las reglas características de una sociedad democrática.(...) Está probado que durante la detención del señor Alfredo López Álvarez en los centros penales de Tela y de Támara había sobrepoblación carcelaria.(...) Este Tribunal considera que los actos cometidos por los agentes del Estado en contra del señor Alfredo López Álvarez con motivo de su detención y custodia a los que se alude en el capítulo de hechos probados de la presente Sentencia no se ajustaron a las previsiones contenidas en los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención*”. Caso *López Álvarez v. Honduras*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_ing.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹³⁰² O Supremo Tribunal Federal na Ação Penal 470 em 2013, se valeu dos argumentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos em *Barreto Leiva v. Venezuela*, nos seguintes termos “a propósito do duplo grau de jurisdição no sistema interamericano de direitos humanos, notadamente após a Sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, vale rememorar: As duas exceções ao direito ao duplo grau, que vêm sendo reconhecidas no âmbito dos órgãos jurisdicionais europeus, são as seguintes: (a) caso de condenação imposta em razão de recurso contra sentença absolutória; (b) condenação imposta pelo tribunal máximo do país. Mas a sistemática do direito e da jurisprudência interamericana é distinta. Diferentemente do que se passa com o sistema europeu, vem o sistema interamericano afirmando que o respeito ao duplo grau de jurisdição é absolutamente indispensável, mesmo que se trate de condenação pelo órgão máximo do país”. Ação Penal 470. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/ap_470__embargos_infringentes.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2016.

Celso de Mello, levou em consideração os argumentos utilizados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em *Barreto Leiva v. Venezuela* de 2009¹³⁰³.

De igual modo, em outros países sul-americanos, observa-se, em algumas oportunidades, a referência à jurisprudência internacional e estrangeira, expressão da tendência de inclusão de precedentes jurisdicionais transnacionais no diálogo entre cortes¹³⁰⁴.

Assim, por exemplo, na Argentina, no caso *Simón Julio Hector y Otros s/Privacion Ilegítima de la Libertad etc (Simón)* de 2005¹³⁰⁵, em que a Suprema Corte de Justiça determinou que a *Ley de Punto Final* e a *Ley de Obediencia Debida* seriam inconstitucionais, também se travou um claro intercâmbio transnacional com as cortes sul-americanas, em especial com a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Barrios Altos*, e com as normas internacionais de Direitos Humanos, em especial a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU¹³⁰⁶.

Da mesma forma, na Colômbia, o Tribunal Constitucional, na recentíssima *Sentencia* SU-214/2016¹³⁰⁷, se valeu dos argumentos utilizados pela Suprema Corte norte-americana em *Obergefell v. Hodges* de 2015¹³⁰⁸, para eliminar o tratamento discriminatório entre casais homossexuais e heterossexuais¹³⁰⁹.

¹³⁰³ Caso *Barreto Leiva v. Venezuela*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_ing.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹³⁰⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 178.

¹³⁰⁵ Julio Héctor Simón era membro da Polícia Federal argentina, e atuou como repressor e torturador durante a ditadura argentina. Em 2006, ele foi condenado pela justiça argentina a 25 anos de prisão, por crimes contra a humanidade. O processo foi iniciado por uma queixa da Associação de Avós da *Plaza de Mayo*, sob o argumento de que as forças de repressão sequestraram Hlaczik e Claudia Poblete. No caso, a Suprema Corte de Justiça argentina, entendeu que a *Ley de Punto Final* e a *Ley de Obediencia Debida* seriam inconstitucionais, o que permitiu a abertura de processo penal contra Julio Simón e sua posterior condenação. Caso *Simón Julio Hector y Otros s/Privacion Ilegítima de la Libertad etc*. Disponível em: <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumento.html?idAnálisis=586338>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹³⁰⁶ A Suprema Corte de Justiça argentina no caso *Simón Julio Hector y Otros s/Privacion Ilegítima de la Libertad etc (Simón)* de 2005, se valeu dos argumentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Barrios Altos*, no sentido de que “*el caso ‘Barrios Altos’ estableció severos límites a la facultad del Congreso para amnistiar, que le impiden incluir hechos como los alcanzados por las leyes de punto final y obediencia debida. Del mismo modo, toda regulación de derecho interno que, invocando razones de ‘pacificación’ disponga el otorgamiento de cualquier forma de amnistía que deje impunes violaciones graves a los derechos humanos perpetradas por el régimen al que la disposición beneficia, es contraria a claras y obligatorias disposiciones de derecho internacional, y debe ser efectivamente suprimida*”. Caso *Simón Julio Hector y Otros s/Privacion Ilegítima de la Libertad etc (Simón)*. Disponível em: <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumento.html?idAnálisis=586338>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹³⁰⁷ O Tribunal Constitucional da Colômbia decidiu que os princípios da dignidade humana, da liberdade individual e da igualdade, implicam que todo ser humano possa contrair um casamento civil, de acordo com a sua orientação sexual. *Sentencia de Unificación* 214/2016. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/su214%2D16.htm>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹³⁰⁸ Caso *Obergefell v. Hodges*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/14-556/>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹³⁰⁹ Segundo o Tribunal Constitucional da Colômbia na *Sentencia* SU-214/2016 “*La competencia de este Tribunal Constitucional se funda en el principio de protección de los derechos fundamentales de grupos minoritarios, en*

É também o que se observa em outros países do novo mundo, em que podemos perceber alguns exemplos de diálogo transnacional, como na Nova Zelândia, Austrália, Canadá e África do Sul.

Assim, por exemplo, em *Hopkinson v. Police* de 2004¹³¹⁰, julgado pela Corte de Apelação da Nova Zelândia, o Justice France, se valeu dos argumentos usados pelos juízes da Suprema Corte norte-americana, em *Texas v. Johnson* de 1989¹³¹¹ e em *United States v. Eichman* de 1990¹³¹², ao afirmar que “*obviously, the flag is important. However, even in the United States where the flag is such a dominant symbol (...) its protection did not warrant the interference of the criminal law. Freedom of expression comes at a cost in the sense that one must accept the ability to say and act in a way that annoys or upsets*”.

Também na Austrália, no caso *D’Emden v. Pedder* de 1904¹³¹³, ao se discutir a possibilidade de uma lei estatal interferir em uma agência federal, a *Australian High Court* se baseou na teoria dos *implied powers* da Suprema Corte norte-americana no caso *McCulloch v. Maryland* de 1819¹³¹⁴, para entender que qualquer tentativa legislativa de interferir no exercício federal de poderes constitucionais seria inválida, salvo se expressamente previsto na Constituição¹³¹⁵.

este caso, las parejas del mismo sexo accionantes, quienes en una sociedad democrática no pueden supeditar indefinidamente el ejercicio de sus derechos individuales a las injusticias derivadas del principio mayoritario. Estas circunstancias se han verificado en otras latitudes y sistemas jurídicos con la misma solución aquí dispensada. Viene al punto, precisamente, la decisión adoptada por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, de 26 de junio de 2015, en el caso Obergefell vs. Hodges, 576 U.S. (2015), por la cual se determinó que el derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio es de rango constitucional”. Sentencia SU-214/2016. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/su214%2D16.htm>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹³¹⁰ Em 2003, Paul Hopkinson, ateou fogo a uma bandeira da Nova Zelândia e foi preso, acusado e condenado por ofensa à *Flags, Emblems, and Names Protection Act* de 1981, que pune a destruição da bandeira da Nova Zelândia, com a intenção de desonrá-la. Hopkinson apelou, alegando que a queima de uma bandeira em sinal de protesto, não seria uma maneira de desonrar a bandeira, além de estar amparado pela seção 14 do *Bill of Rights* da Nova Zelândia, que trata da liberdade de expressão. A Corte entendeu que “desonra”, para os fins do *Flags, Emblems, and Names Protection Act*, deve ser lida como “difamar”, o que não ocorrera no caso. Caso *Hopkinson v. Police*. Disponível em: <<http://www.lawreports.nz/hopkinson-v-police-2004-3-nzlr-704/>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹³¹¹ Caso *Texas v. Johnson*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/491/397/>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹³¹² Caso *United States v. Eichman*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/496/310/>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹³¹³ Em *D’Emden v. Pedder*, a *Australian High Court* se baseou na teoria dos *implied powers* da Suprema Corte norte-americana no caso *McCulloch v. Maryland*, nos seguintes termos “*the powers implied in the United States Constitution are expressed in ours (...) In one of the most importante of these, McCulloch v. The State of Maryland (...) in applying the Constitution to cases not expressly provided for, we must have recourse to the interpretation of the Constitution as a whole.*” Caso *D’Emden v. Pedder*. Disponível em: <<https://jade.io/article/61502/section/140073>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹³¹⁴ Caso *McCulloch v. Maryland*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/case.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹³¹⁵ FOLEY, Kathleen E. *Australian Judicial Review. Washington University Global Studies Law Review*, v. 6, n. 2, 2007, p. 281-338.

No Canadá, também notamos tal fenômeno, como se percebe em *Health Services & Support Facilities Subsector Bargaining Assn v. British Columbia* de 2007¹³¹⁶ e em *United Food and Commercial Workers, Local 1518 v. KMart Canada Ltd.* de 1999^{1317,1318} — em que a Suprema Corte canadense se baseou na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, para garantir direitos trabalhistas —, e, em *Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)* de 2002¹³¹⁹ —, em que a Suprema Corte canadense se baseou na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, para negar que invenções biotecnológicas sejam patenteáveis¹³²⁰.

A Suprema Corte canadense, da mesma forma, se valeu de decisões tomadas por diversos países do *commonwealth*, especialmente dos argumentos usados pelo *Privy Council* britânico¹³²¹, em *Attorney General (Que.) et al. v. Farrah* de 1978¹³²² — que envolvia a fixação

¹³¹⁶ Em *Health Services & Support Facilities Subsector Bargaining Assn v. British Columbia* de 2007, a Suprema Corte canadense, trabalhou em claro intercâmbio transnacional, para garantir o direito à negociação coletiva. A Corte canadense, ao analisar a *Health and Social Services Delivery Improvement Act*, entendeu que o direito de negociação coletiva, seria um direito fundamental garantido pela liberdade de associação, valendo-se, como um dos seus pilares de sustentação, do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e das Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a liberdade sindical e proteção do direito de sindicalização. Caso *Health Services & Support Facilities Subsector Bargaining Assn v. British Columbia*. Disponível em: <<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/2366/1/document.do>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹³¹⁷ Em *United Food and Commercial Workers, Local 1518 v. KMart Canada Ltd.* de 1999, a Suprema Corte canadense se valeu da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, quanto ao direito de greve. No caso, o ponto de discórdia, era se a definição do *Canadian Labour Relations Code* de piquetes — que incluiu o ato de panfletagem —, seria uma violação do direito de liberdade de expressão, garantido pela *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. A Suprema Corte do Canadá adotou a posição da Suprema Corte norte-americana, de que os piquetes convencionais podem e devem ser diferenciados de panfletagem. Caso *United Food and Commercial Workers, Local 1518 v. KMart Canada Ltd.* Disponível em: <<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/1722/1/document.do>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹³¹⁸ Segundo a Suprema Corte do Canadá “*The American jurisprudence supports a conceptual distinction between conventional picketing and consumer leafleting and accepts that these two classique forms of expression raise significantly different matters, constitutional issues. The United States Supreme Court has taken a different approach to freedom of expression and care must be taken not to blindly apply their decisions. However, it is helpful to review the American experience and learning on the subject. (...) The United States Supreme Court, strongly suggested that restrictions on leafleting might violate the First Amendment*”. Caso *United Food and Commercial Workers, Local 1518 v. KMart Canada Ltd.* Disponível em: <<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/1722/1/document.do>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹³¹⁹ No caso, a Suprema Corte canadense se baseou na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, em *Diamond v. Chakrabarty* de 1980, para negar que invenções biotecnológicas são patenteáveis, nos termos da Lei Canadense de Patente. Segundo a Suprema Corte do Canadá “*The majority of the Federal Court of Appeal in this case found persuasive the interpretative principles applied by the United States Supreme Court in Diamond v. Chakrabarty (...) it is, of course, correct that Congress, not the courts, must define the limits of patentability; but it is equally true that once Congress has spoken it is ‘the province and duty of the judicial department to say what the law is’*”. Caso *Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)*. Disponível em: <<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/2019/1/document.do>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹³²⁰ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 170.

¹³²¹ MORAES, Guilherme Peña de. **Constitucionalismo multinacional**: uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais. São Paulo: Atlas, 2015, v. 1, p. 54-55.

¹³²² No caso *Attorney General (Que.) et al. v. Farrah*, a Suprema Corte canadense se valeu dos argumentos usados pelo *Privy Council* britânico em *Shell of Australia v. Federal Commissioner of Taxation*. Segundo a Suprema Corte do Canadá “*It is clear from Reading them that all the tribunals that were administrative agencies, not courts*

da atribuição de tribunais administrativos, para analisar questões relacionada à Comissão de Transporte — e *Greenwood Shopping Plaza Ltd. v. Beattie et al.* de 1980¹³²³ — que envolvia a questão de cobertura securitária de contrato de locação, especialmente, no caso de incêndios.

Já em *Yukon Francophone School Board, Education Area #23 v. Attorney General of the Yukon Territory* de 2015¹³²⁴, a Suprema Corte do Canadá, ao tratar do argumento da neutralidade na garantia ao acesso de minorias linguísticas à educação, no seu próprio idioma, em países com mais de uma língua oficial, usou como base de seu julgamento, a argumentação do Tribunal Constitucional sul-africano em *South African Commercial Catering and Allied Workers Union v. Irvin & Johnson Ltd. (Seafoods Division Fish Processing)* de 2000¹³²⁵.

entrusted exclusively with the duty of deciding questions of law. This conclusion is consistent with the remarks of the Privy Council in Shell Co. of Australian v. Federal Commissioner of Taxation, an Australian case cited in various Canadian cases”. Caso *Attorney General (Que.) et al. v. Farrah*. Disponível em: <<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/6085/1/document.do>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹³²³ No caso *Greenwood Shopping Plaza Ltd. v. Beattie et al.*, a Suprema Corte canadense se valeu dos argumentos usados pelo *Privy Council* britânico em *New Zealand Shipping Co. Ltd. v. A.M. Satterthwaite & Co. Ltd.* Segundo a Suprema Corte do Canadá “*I need not to try to analyze whether the Midland silicones principle has been diluted by New Zealand Shipping Co. Ltd. v. A.M. Satterthwaite & Co. Ltd [1975] A. C. 154(P.C.), and other recent cases, although I have read with profit comments, generally critical of the principle in (1977) 55 Can. Bar Ver. 327 (SM Waddams)*”. Caso *Greenwood Shopping Plaza Ltd. v. Beattie et al.* Disponível em: <<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/5715/1/document.do>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

¹³²⁴ *Yukon Francophone School Board, Education Area #23 v. Attorney General of the Yukon Territory*, discutia o direito do conselho escolar, de gerir as admissões e fundos para escolas de minoria linguística francesa do governo de Yukon. A *commission scolaire francophone du Yukon*, era o único conselho escolar do território de Yukon, responsável pela única escola francófona, a *École Émilie-Tremblay* em Whitehorse. A Suprema Corte do Canadá, apesar de negar o argumento da neutralidade, usou a argumentação do Tribunal Constitucional sul-africano em *South African Commercial Catering and Allied Workers Union v. Irvin & Johnson Ltd. (Seafoods Division Fish Processing)* de 2000, no seguinte sentido “*absolute neutrality is something of a chimera in the judicial context. This is because Judges are human. They are unavoidably the product of their own life experiences and the perspective thus derived inevitably and distinctively informs each Judge’s performance of his or her judicial duties. But colourless neutrality stands in contrast to judicial impartiality . . . Impartiality is that quality of open-minded readiness to persuasion — without unfitting adherence to either party or to the Judge’s own predilections, preconceptions and personal views — that is the keystone of a civilised system of adjudication. Impartiality requires, in short, a mind open to persuasion by the evidence and the submissions of counsel; and, in contrast to neutrality, this is an absolute requirement in every judicial proceeding*”. Caso *Yukon Francophone School Board, Education Area #23 v. Attorney General of the Yukon Territory*. Disponível em: <<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/15357/1/document.do>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹³²⁵ Caso *South African Commercial Catering and Allied Workers Union v. Irvin & Johnson Ltd. (Seafoods Division Fish Processing)*. Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/10.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

Da mesma forma, na África do Sul, em *President of the Republic v. Hugo* de 1997¹³²⁶ e em *State v. Makwanyane* de 1995¹³²⁷, julgados pelo Tribunal Constitucional, há ampla referência à jurisprudência norte-americana, alemã, irlandesa, canadense e da *commonwealth*, o que na verdade decorre fundamentalmente do permissivo constitucional previsto no artigo 39 da Carta sul-africana, que dispõe que na interpretação da Declaração de Direitos, o Tribunal deverá, se for o caso, ter em conta o Direito Internacional público e a jurisprudência estrangeira¹³²⁸.

Ou seja, de uma maneira geral, podemos observar que diversos países do novo mundo vêm se valendo de precedentes estrangeiros e internacionais, na busca de uma maior consistência argumentativa nos diálogos transnacionais, com o aproveitamento das decisões de outras cortes congêneres, mas considerando as particularidades do caso¹³²⁹.

Até mesmo no modelo norte-americano, em que a jurisprudência historicamente nega a influência das fontes jurídicas externas nas decisões locais¹³³⁰, já se admitiu, em algumas

¹³²⁶ Segundo o Tribunal Constitucional da África do Sul “*The approach of the English courts whereby the jurisdiction of the courts to review the exercise of prerogative powers depends upon the subject-matter of the power is one that is not open to us. The interim Constitution obliges us to test impugned action by any organ of state against the discipline of the interim Constitution and, in particular, the Bill of Rights. That is a fundamental incidence of the constitutional state which is envisaged in the Preamble to the interim Constitution, namely: ‘... a new order in which all South Africans will be entitled to a common South African citizenship in a sovereign and democratic constitutional state in which there is equality between men and women and people of all races so that all citizens shall be able to enjoy and exercise their fundamental rights and freedoms;...’ In my view, it would be contrary to that promise if the exercise of presidential power is above the interim Constitution and is not subject to the discipline of the Bill of Rights*”. Para maiores detalhes sobre o caso, vide nota 229. Caso *President of the Republic v. Hugo*. Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1997/4.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹³²⁷ Segundo o Tribunal Constitucional da África do Sul “*Our Constitution expresses the right to life in an unqualified form, and prescribes the criteria that have to be met for the limitation of entrenched rights, including the prohibition of legislation that negates the essential content of an entrenched right. In dealing with comparative law, we must bear in mind that we are required to construe the South African Constitution.... We can derive assistance from public international law and foreign case law, but we are in no way bound to follow it (...). In interpreting the rights contained in section 25, those common law principles will be useful guides*”. Para maiores detalhes sobre o caso, vide nota 321. Caso *State v. Makwanyane*. Disponível em: <<http://www.constitutionalcourt.org.za/uhtbin/hyperion-image/J-CCT3-94>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹³²⁸ A seção 35 da Constituição Provisória sul-africana, estabelecia que na interpretação das disposições da declaração de direitos, o Tribunal deveria, se for o caso, ter em conta o Direito Internacional público e a jurisprudência estrangeira. Tal dispositivo foi repetido na atual Constituição, no artigo 39. Lembra-se de que a seção 11.2 da Constituição da República do Malawi de 1994 traz dispositivo similar. GROPPPI, Tania; PONTTHOREAU, Marie-Claire. Introduction. The Methodology of the Research: How to Assess the Reality of Transjudicial Communication? In: GROPPPI, Tania; PONTTHOREAU, Marie-Claire. **The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges**. Oxford: Hart Publishing, 2014, p. 2.

¹³²⁹ JACKSON, Vicki C. **Constitutional Engagement in a Transnational Era**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 71-102.

¹³³⁰ Inclusive o *Constitution Restoration Act* de 2004, na seção 201 dispunha que: “*In interpreting and applying the Constitution of the United States, a court of the United States may not rely upon any constitution, law, administrative rule, Executive order, directive, policy, judicial decision, or any other action of any foreign state or international organization or agency, other than English constitutional and common law up to the time of the adoption of the Constitution of the United States.*” *Constitution Restoration Act* de 2004. Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/108th-congress/house-bill/3799>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

situações, o uso dos diálogos transnacionais, constatando uma pretensão de as cortes comecem a considerar outros ordenamentos jurídicos, como forma de complementar o raciocínio dos juízes em suas decisões^{1331,1332}.

Assim, por exemplo, em *Thompson v. Oklahoma* de 1988¹³³³, *Roper v. Simmons* de 2005¹³³⁴ e *Graham v. Florida* de 2010¹³³⁵, a Suprema Corte entendeu pela abolição da pena de

¹³³¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 251-293.

¹³³² Até mesmo o antigo *Chief Justice* William Rehnquist e o *Justice* Antonin Scalia, os quais, de maneira vigorosa, rechaçavam a influência do direito transnacional, em algumas oportunidades reconheceram a utilidade e a importância da referência ao Direito estrangeiro. O *Chief Justice* Rehnquist, inclusive, asseverou que: “Por mais de um século e meio, o judiciário norte-americano, em sua tarefa de exercer o controle de constitucionalidade, não tinha à disposição quaisquer precedentes que pudessem auxiliá-lo em suas atividades, afinal, apenas as nossas cortes exerciam este tipo de autoridade. Quando diversas novas Cortes Constitucionais foram criadas, após a Segunda Grande Guerra, estas cortes, naturalmente, dirigiram sua atenção para as decisões da Suprema Corte dos EUA, dentre outras fontes, quando do desenvolvimento de seus próprios direitos. Mas, agora que o direito constitucional está profundamente enraizado em diversos países, é tempo de o judiciário estadunidense começar a levar em consideração as decisões proferidas por outras cortes constitucionais, auxiliando-nos em nosso próprio processo decisório”. Rehnquist também mencionou, em *Washington v. Glucksberg* de 1997, a experiência holandesa que rejeitara a existência do direito ao suicídio assistido. O próprio *Justice* Scalia, apesar de seus protestos em seus votos vencidos, invocou o direito da Austrália, Canadá e Inglaterra, em *McIntyre v. Ohio Elections Commission* de 1995. REHNQUIST, William H. Constitutional courts: comparative remarks (1989). Reprinted in: KIRCHHOF, Paul; KOMMERS, Donald P (Eds.). **Germany and its best law: past, present, and future** — A German-American Symposium. Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 411-412.

¹³³³ Em *Thompson v. Oklahoma*, William Wayne Thompson, com 15 anos no momento do crime, foi julgado como adulto por assassinato, considerado culpado e condenado à morte. A Suprema Corte dos Estados Unidos invalidou a pena de morte do menor, em razão de ser considerada uma punição cruel e incomum, além de violar a Oitava Emenda. O parâmetro estabelecido em *Thompson v. Oklahoma*, foi ampliado em *Roper v. Simmons* em 2005, em que a Suprema Corte estendeu tais padrões para menores de 18 anos. Segundo a Suprema Corte norte-americana “*The conclusion that it would offend civilized standards of decency to execute a person who was less than 16 years old at the time of his or her offense is consistent with the views that have been expressed by respected professional organizations, by other nations that share our Anglo-American heritage, and by the leading members of the Western European community. In the following year, this Court observed that this ‘whole country has traveled far from the period in which the death sentence was an automatic and commonplace result of convictions.’ (...) The road we have traveled during the past four decades - in which thousands of juries have tried murder cases -- leads to the unambiguous conclusion that the imposition of the death penalty on a 15-year-old offender is now generally abhorrent to the conscience of the community. We have previously recognized the relevance of the views of the international community in determining whether a punishment is cruel and unusual*”. Caso *Thompson v. Oklahoma*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/815/>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹³³⁴ Segundo a Suprema Corte norte-americana “*The overwhelming weight of international opinion against the juvenile death penalty is not controlling here, but provides respected and significant confirmation for the Court’s determination that the penalty is disproportionate punishment for offenders under 18. See, e.g., Thompson, supra, at 830–831, and n. 31. The United States is the only country in the world that continues to give official sanction to the juvenile penalty. It does not lessen fidelity to the Constitution or pride in its origins to acknowledge that the express affirmation of certain fundamental rights by other nations and peoples underscores the centrality of those same rights within our own heritage of freedom*”. Para mais detalhes do caso *Roper v. Simmons*, vide nota 317. Caso *Roper v. Simmons*. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/543bv.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹³³⁵ Em *Graham v. Florida*, a Suprema Corte dos Estados Unidos, analisou se jovens infratores podem ser condenados à prisão perpétua, sem a possibilidade de que seja concedida liberdade condicional (*parole*), durante o curso da pena, em crimes que não sejam de homicídio. A Corte entendeu que o parâmetro estabelecido em *Roper v. Simmons*, também deve se aplicar nos casos de prisão perpétua, permitindo a concessão de liberdade condicional (*parole*). Segundo a Suprema Corte “*The United States is the only Nation that imposes this type of sentence. While the judgments of other nations and the international community are not dispositive as to the meaning of the Eighth Amendment, the Court has looked abroad to support its independent conclusion that a particular punishment is cruel and unusual. This observation does not control our decision. The judgments of other nations and the international community are not dispositive as to the meaning of the Eighth Amendment. But [t]he climate of*

morte em crimes praticados por crianças e adolescentes, com base na visão anglo-americana e internacional sobre a pena de morte juvenil¹³³⁶. Da mesma forma, em decisão similar, a Suprema Corte norte-americana em *Atkins v. Virginia* de 2002^{1337,1338}, negou a aplicação de pena de morte a um condenado portador de deficiência mental, destacando que, dentro da comunidade global, rejeita-se claramente a imposição da pena de morte aos crimes cometidos por pessoas portadoras dessa condição mental.

Também a Suprema Corte estadunidense, ao analisar a questão do direito à vida e à morte digna¹³³⁹ no caso *Washington v. Glucksberg* de 1997¹³⁴⁰, tratou da regulação do suicídio assistido e da eutanásia na Holanda, consignando, na oportunidade, que o suicídio assistido na Holanda não se limita a adultos com doenças terminais que estejam passando por grave sofrimento físico¹³⁴¹.

Da mesma maneira, esta posição dialógica das cortes norte-americanas, é observada em alguns outros julgados, como a da Suprema Corte em *The Antelope* de 1825¹³⁴² e *Trop v. Dulles*

international opinion concerning the acceptability of a particular punishment' is also 'not irrelevant' (...) The Court has looked beyond our Nation's borders for support for its independent conclusion that a particular punishment is cruel and unusual. (...) A recent study concluded that only 11 nations authorize life without parole for juvenile offenders under any circumstances; and only 2 of them, the United States and Israel, ever impose the punishment in practice". Caso *Graham v. Florida*. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/560bv.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹³³⁶ WALDRON, Jeremy. Foreign law and the modern Ius gentium. *Harvard Law Review*, 2005, p. 129.

¹³³⁷ Em *Atkins v. Virginia*, a Suprema Corte norte-americana, se manifestou no seguinte sentido “*other countries have disapproved imposition of the death penalty for crimes committed by mentally retarded offenders (...) share a conviction that the execution of persons with mental retardation cannot be morally justified*”. Caso *Atkins v. Virginia*. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/536bv.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹³³⁸ Para maiores detalhes sobre o caso, vide nota 319. Vide também JACKSON, Vicki. Progressive constitutionalism and transnational Legal Discourse. In: BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. (Eds.). **The Constitution in 2020**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

¹³³⁹ DWORKIN, Ronald. **O domínio da vida**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 251-307.

¹³⁴⁰ Em *Washington v. Glucksberg* de 1997, a Suprema Corte norte-americana entendeu que o direito ao suicídio assistido, não estaria protegido pela cláusula do devido processo legal. Segundo a Suprema Corte “*This concern is further supported by evidence about the practice of euthanasia in the Netherlands (...) despite the existence of various reporting procedures, euthanasia in the Netherlands has not been limited to competent, terminally ill adults who are enduring physical suffering, and that regulation of the practice may not have prevented abuses in cases involving vulnerable persons, including severely disabled neonates and elderly persons suffering from dementia*”. Caso *Washington v. Glucksberg*. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/521bv.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹³⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. In: GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo (Org.). **Bioética e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 21-62.

¹³⁴² O juiz norte-americano John Marshall, no caso *The Antelope* de 1825, que cuidava do tráfico de escravos, afirmou que o costume seguido por todos os países civilizados, não poderia ser considerado contrário ao direito das nações, na medida em que a observância do costume era sua pedra de toque. Segundo a Suprema Corte “*The African slave trade is contrary to the law of nature, but is not prohibited by the positive law of nations. Although the slave trade is now prohibited by the laws of most civilized nations, it may still be lawfully carried on by the subjects of those nations who have not prohibited it by municipal acts or treaties. The Christian and civilized*

de 1958^{1343,1344}, e do Tribunal de Apelação de Nova York em *Riggs v. Palmer* de 1889¹³⁴⁵, ao citarem, como base para suas decisões, os costumes e as leis universais das Nações civilizadas¹³⁴⁶.

Já em *Lawrence v. Texas* de 2003^{1347,1348}, a Suprema Corte se referiu à jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, em especial em *Dudgeon v. The United Kingdom* de 1981¹³⁴⁹, para rejeitar a criminalização de atividade sexual praticada, consentidamente, entre dois adultos do mesmo sexo.

Em verdade, como afirma Vicki Jackson¹³⁵⁰, apesar da postura supostamente refratária, os Estados Unidos possuem uma longa trajetória de usar precedentes e leis estrangeiras para

nations of the world with whom we have most intercourse have all been engaged in it". Caso *The Antelope*. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/23/66.html>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

¹³⁴³ Em *Trop v. Dulles*, a Suprema Corte decidiu que privar um indivíduo de sua cidadania por força de uma condenação criminal, seria um castigo inadmissível e que *"the civilized nations of the world are in virtual unanimity that statelessness is not to be imposed as punishment for crime (...) The United Nations' survey of the nationality laws of 84 nations of the world reveals that only two countries, the Philippines and Turkey, impose denationalization as a penalty for desertion"*. Caso *Trop v. Dulles*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/356/86/case.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹³⁴⁴ Cabe destacar que, pouco depois, no caso *Schneider v. Rusk* de 1964, a Suprema Corte norte-americana declarou a inconstitucionalidade da seção 352 (a) do *Immigration and Nationality Act* de 1952, que estabelecia diferenciação de tratamento entre os americanos natos e naturalizados, em face da cláusula do devido processo legal. Caso *Schneider v. Rusk*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/377/163/case.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹³⁴⁵ No caso de *Riggs v. Palmer*, um jovem envenenou seu avô e foi enviado para a prisão. Contudo, sob os termos do testamento do avô, o assassino herdaria uma grande propriedade, e a legislação civil de regência, não trazia qualquer tipo de consequência jurídica pelo fato. Ainda assim, o Tribunal de Apelação de Nova York decidiu que *"[A]ll laws, as well as all contracts, may be controlled in their operation and effect by general, fundamental maxims of the common law. No one shall be permitted to profit by his own fraud, or to take advantage of his own wrong, or to found any claim upon his own iniquity, or to acquire property by his own crime. These maxims are dictated by public policy, have their foundation in universal law administered in all civilized countries, and have nowhere been superseded by statutes"*. Caso *Riggs v. Palmer*. Disponível em: <http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹³⁴⁶ WALDRON, Jeremy. Is the rule of law an essentially contested concept (in Florida)? **Law and Philosophy**, v. 21, 2002, p. 137-164.

¹³⁴⁷ Segundo a Suprema Corte norte-americana *"the European Court of Human Rights considered a case with parallels to Bowers and to today's case. An adult male resident in Northern Ireland alleged he was a practicing homosexual who desired to engage in consensual homosexual conduct. The laws of Northern Ireland forbade him that right. He alleged that he had been questioned, his home had been searched, and he feared criminal prosecution. The court held that the laws proscribing the conduct were invalid under the European Convention on Human Rights in Dudgeon v. United Kingdom"*. Caso *Lawrence v. Texas*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558/case.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹³⁴⁸ JACKSON, Vicki. Progressive constitutionalism and transnational Legal Discourse. In: BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. (Eds.). **The Constitution in 2020**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 285-295.

¹³⁴⁹ Para maiores detalhes sobre o caso vide nota 219. Caso *Dudgeon v. The United Kingdom*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-57473>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

¹³⁵⁰ Segundo Vicki Jackson *"From the founding case on judicial review, the Court has drawn comparisons between our constitution and the approaches of foreign governments. In Marbury v. Madison, the Court emphasized the distinction between governments of limited and of unlimited powers, implicitly distinguishing our Constitution from Britain's tradition of parliamentary sovereignty. The Court also referred to British tradition as a positive example in defining the 'essence of civil liberty', nothing that, in England, the 'king himself' could be sued. In several other early cases, justices referred to the 'law of nations' — analogous to what might today be called customary international law — in deciding constitutional issues. Perhaps the most infamous U.S. constitutional*

justificativa de suas decisões judiciais, que remonta à citação da tradição britânica em *Marbury v. Madison* em 1803¹³⁵¹, passa por *Cummings v. Missouri* em 1867¹³⁵² e *Wilkerson v. Utah* em

case. Dred Scott v. Sandford, involved extensive discussions of foreign law. While Chief Justice Roger Taney referred to foreign views at the time of the framing and deplored any effort to look to contemporary foreign law, the two dissenters — John McLean and Benjamin Curtis — discussed contemporary foreign law in arguing against the Taney Court’s racist and disastrous conclusions.

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

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

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

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

*In more recent decades, international and foreign law has been referred to in deciding the constitutionality of the death penalty as a punishment for particular defendants or particular crimes, and foreign practices have been noted — by majorities and dissenters — in a significant number of cases in other areas, including abortion, assisted suicide, and gay rights.” JACKSON, Vicki C. Progressive Constitutionalism and Transnational Legal Discourse. In: BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. (Eds.). **The Constitution in 2020**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 286-288.*

¹³⁵¹ Para maiores detalhes sobre o caso vide nota 437. Vide também, BARROSO, Luís Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25-32.

¹³⁵² *Cummings v. Missouri*, envolvia a obrigatoriedade de que religiosos e algumas outras profissões, fizessem juramento de que não tinham cometido determinados crimes, para que pudessem exercer a sua profissão. Na verdade, havia a ideia subjacente de punição dos ex-confederados, com a criação de leis com punição *ex post facto*, ou seja, de atos que não eram puníveis no momento em que foram cometidos. A Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que o juramento seria inconstitucional, porque violara as proibições constitucionais contra o *bills of attainder* — ao declarar uma pessoa culpada de crime sem o privilégio de um processo judicial — e de *leis ex post facto*. Para fundamentar sua decisão, a Suprema Corte se valeu de diversos casos similares ocorridos na

1879¹³⁵³, prossegue na alusão à lei australiana em *Lochner v. New York* em 1905¹³⁵⁴, e, dentre outros inúmeros casos, atinge seu *highpoint*, segundo Austen L. Parrish¹³⁵⁵, ao debater temas extremamente controvertidos, como a pena de morte e os direitos dos homossexuais, nos já citados *Atkins v. Virginia* de 2002, *Lawrence v. Texas* de 2003 e *Roper v. Simmons* de 2005, e, da mesma forma, ao tratar das políticas de ações afirmativas, em *Grutter v. Bollinger* e *Gratz v. Bollinger* de 2003¹³⁵⁶.

De toda sorte, esta posição também pode ser observada em alguns países europeus, em que a referência cruzada e o diálogo transnacional entre decisões judiciais têm sido frequente

Inglaterra e França. Caso *Cummings v. Missouri*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/71/277/case.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹³⁵³ Em *Wilkerson v. Utah*, a Suprema Corte norte-americana, confirmou a decisão tomada pela Suprema Corte de Utah, afirmando que a execução por um pelotão de fuzilamento, como prescrito pelo estatuto de Utah, não era uma punição cruel e incomum, e, para tanto, valeu-se de casos similares ocorridos na Inglaterra. Caso *Wilkerson v. Utah*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/99/130/case.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹³⁵⁴ Para maiores detalhes sobre o caso vide nota 1200. Vide também, BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 228-229.

¹³⁵⁵ Segundo Austen L. Parrish: “*The debate reached a highpoint after the U.S. Supreme Court cited to foreign law in four well-publicized, controversial decisions in ‘hotly contested areas of constitutional law’ involving capital punishment, gay rights, and affirmative action. First, in Atkins v. Virginia, the Court held that executing mentally disabled persons violates the Eighth Amendment’s prohibition against cruel and unusual punishment. In so doing, Justice Stevens, writing for the Court, referred to the ‘world community’ and its “overwhelming[]” disapproval of imposing the death penalty on mentally disabled offenders.*

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

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

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

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

Lastly, and most recently, came Roper v. Simmons. In Roper, Justice Kennedy, again writing for the Court, struck down state laws that permitted the execution of juvenile offenders. In so holding, the Court acknowledged that other countries and international conventions have banned the execution of juvenile murderers. Justice Kennedy cited to the United Nations Convention on the Rights of the Child and the International Convention on Civil and Political Rights. In her dissent, Justice O’Connor similarly acknowledged that foreign sources of law were relevant to the issues before the Court. Commentators concluded that Roper’s reliance on foreign sources ‘portend[ed] a sea change in the Court’s doctrine’. PARRISH, Austen L. Storm in a teacup: the U.S. Supreme Court’s use of foreign law. **University of Illinois Law Review**, 2007.

¹³⁵⁶ Em *Grutter v. Bollinger* e em *Gratz v. Bollinger* de 2003, a Suprema Corte norte-americana fez ampla referência à experiência da África do Sul, Canadá e União Europeia. PARRISH, loc. cit.

na relação entre cortes, como na Suíça, Áustria, Hungria, Noruega, Dinamarca, Suécia, Finlândia, Itália¹³⁵⁷, República Checa e Eslováquia¹³⁵⁸, entre outras, o que possibilita o entrelaçamento de casos relevantes para mais de uma ordem jurídica.

Particularmente, é o que se percebe na posição da *House of Lords* britânica¹³⁵⁹ que, no caso *The Queen on the Application of Mrs Dianne Pretty (Appellant) v. Director of Public Prosecutions (Respondent) and Secretary of State for the Home Department (Interested Party)* de 2001¹³⁶⁰, antes do envio da questão à Corte Europeia de Direitos Humanos, se valeu do acórdão do Supremo Tribunal do Canadá no caso *Rodriguez v. British Columbia* de 1993¹³⁶¹, para vedar a possibilidade do auxílio ao suicídio.

Também no caso *R. (Ullah) v. Special Adjudicator* de 2004¹³⁶², a *House of Lords* britânica entendeu que é dever dos tribunais nacionais acompanhar a jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo, uma vez que a adoção de interpretações contrárias por tribunais nacionais pode colocar o Reino Unido em violação das suas obrigações convencionais¹³⁶³.

¹³⁵⁷ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 178.

¹³⁵⁸ BOBEK, Michal. **Comparative reasoning in European Supreme Courts**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 152-191.

¹³⁵⁹ BOBEK, op. cit., p. 75-96.

¹³⁶⁰ O caso envolvia o pedido de Diane Pretty, que estava sofrendo de doença degenerativa, de assistência ao suicídio. A *Lords of Appeal in Ordinary* se valeu de acórdão do Supremo Tribunal do Canadá, proferido no âmbito de um processo semelhante, para negar o pedido. Segundo a *House of Lords* “*The most detailed and erudite discussion known to me of the issues in the present appeal is to be found in the judgments of the Supreme Court of Canada in Rodriguez v. Attorney General of Canada (...). The appellant in that case suffered from a disease legally indistinguishable from that which afflicts Mrs Pretty; she was similarly disabled; she sought an order which would allow a qualified medical practitioner to set up technological means by which she might, by her own hand but with that assistance from the practitioner, end her life at a time of her choosing. While suicide in Canada was not a crime, section 241(b) of the Criminal Code was in terms effectively identical to section 2(1) of the 1961 Act*”. Para maiores detalhes acerca do caso vide nota 267. Caso *The Queen on the Application of Mrs Dianne Pretty (Appellant) v. Director of Public Prosecutions (Respondent) and Secretary of State for the Home Department (Interested Party)*. Disponível em:

<<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd011129/pretty-1.htm>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹³⁶¹ Para maiores detalhes sobre o caso, vide nota 266. Caso *Rodriguez v. British Columbia*. Disponível em: <<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/1054/1/document.do>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹³⁶² Segundo a *House of Lords* “*In determining the present question, the House is required by section 2(1) of the Human Rights Act 1998 to take into account any relevant Strasbourg case law. While such case law is not strictly binding, it has been held that courts should, in the absence of some special circumstances, follow any clear and constant jurisprudence of the Strasbourg court*”. Caso *R. (Ullah) v. Special Adjudicator*. Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldjudgmt/jd040617/ullah-1.htm>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹³⁶³ É bem verdade que em algumas situações, as cortes do Reino Unido têm prejudicando a aprendizagem recíproca, em casos ou problemas constitucionais comuns, e se negado a aplicar a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, como, por exemplo, em *Horncastle R. v. Horncastle* julgado pela Suprema Corte em 2009, em que a Corte se recusou a seguir a jurisprudência da CEDH em *Al-Khawaja v. The United Kingdom* de 2009, sobre a proibição do uso de rumores (*hearsay vidence*), como evidência processual, uma vez que incompatível com o direito a um julgamento justo. Da mesma forma, a Suprema Corte do Reino Unido em *R. (Chester) v. Secretary of State for Justice* e *McGeoch v. Lord President*, ambos de 2013, apesar da decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos em *Hirst v. The United Kingdom* de 2006, negou o pedido de George McGeoch e Peter Chester, ambos prisioneiros condenados à prisão perpétua por assassinato, ao direito ao voto. CRAIG, Paul. *Constitutionalizing Constitutional Law: HS2, [2014] Public Law 373, Oxford Legal Studies Research Paper*, n. 45, 2014.

Da mesma forma, a posição da *House of Lords* no caso *Derbyshire County Council v. Times Newspaper Ltd. and others* de 1993, aponta na mesma direção de um diálogo transfronteiriço, ao rejeitar ação de difamação, com base na jurisprudência norte-americana sobre a liberdade de expressão^{1364,1365}.

A Suprema Corte do Reino Unido, ainda em *McGowan (Procurator Fiscal, Edinburgh) v. B (Scotland)* de 2011¹³⁶⁶, *Ambrose v. Harris (Procurator Fiscal, Oban)* também de 2011¹³⁶⁷, e, *Jude, Hodgson, and Birnie v. Her Majesty's Advocate* igualmente de 2011¹³⁶⁸, ao tratar da

¹³⁶⁴ Segundo a *House of Lords* “*If there is a legitimate need for a local authority to protect its reputation, why should its ability to do so depend on whether, fortuitously, it could prove malice. A non-malicious publication may cause just as much damage as a malicious one. If a local authority has a right to sue for libel at common law, only Parliament, not the courts, can take away that right: see Dennis v. United States of America*”. Caso *Derbyshire County Council v. Times Newspaper Ltd. and others*. Disponível em: <https://is.muni.cz/el/1422/jaro2007/CM218Zk/um/3479707/Derbyshire_County_Council_v_Times_Newspaper_s_Ltd.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹³⁶⁵ Segundo Marcelo Neves “Isso aponta para uma crescente tendência do alto judiciário britânico a concordar com a autoridade persuasiva dos valores constitucionais de outras nações democráticas, quando se tratar de disposições ambíguas de leis ou do *common law* que tenham impacto sobre temas de liberdades civis. Essa maneira de — ao confrontar-se com problemas jurídico-constitucionais, como destacadamente a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa — invocar dispositivos constitucionais e a respectiva jurisprudência de outro país como base para suas próprias decisões, no âmbito de um judiciário enraizado em uma forte tradição jurídica e em uma ordem jurídica que não conta com uma Constituição escrita, é um forte indício do desenvolvimento de um transconstitucionalismo. Nesse contexto, embora a opção da ordem jurídica britânica tenha sido pela não adoção de um documento constitucional, tribunais superiores dessa ordem recorrem a textos constitucionais de outros ordenamentos e, inclusive, às respectivas jurisprudências estrangeiras que se dedicam à exegese desses diplomas normativos”. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 177-178.

¹³⁶⁶ Segundo a Suprema Corte do Reino Unido “*In other words, does article 6(1) read with article 6(3)(c) of the Convention require, as a rule, that a person must have had legal advice before he can be taken to have waived that right? It does not say so expressly. But, as is abundantly clear from the jurisprudence of the Strasbourg court, the article is to be interpreted broadly by reading into it a variety of other rights to which the accused person is entitled to give effect, in a practical way, to the right to a fair trial (...). As those rights are not set out in absolute terms in the article, they are open to modification or restriction so long as they are not incompatible with the right to a fair trial. The ruling by the Grand Chamber in Salduz v Turkey illustrates how this is done*”. Caso *McGowan (Procurator Fiscal, Edinburgh) v. B (Scotland)*. Disponível em: <<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2011-0201-judgment.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹³⁶⁷ Segundo a Suprema Corte do Reino Unido “*There is no rule in domestic law that says that police questioning of a person without access to legal advice who is suspected of an offence but is not in custody must always be regarded as unfair. The question is whether a rule to that effect is to be found, with a sufficient degree of clarity, in the jurisprudence of the Strasbourg court. The starting point for an examination of this question must be the reasoning of the Grand Chamber (...) in Salduz v Turkey held that ‘the rights of the defense will in principle be irretrievably prejudiced when incriminating statements made during police interrogation without access to a lawyer are used for a conviction’*”. Caso *Ambrose v. Harris (Procurator Fiscal, Oban)*. Disponível em: <<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2011-0101-judgment.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹³⁶⁸ A Suprema Corte do Reino Unido em *Jude, Hodgson, and Birnie v. Her Majesty's Advocate*, ao tratar da questão da legalidade do interrogatório policial de suspeito, sob custódia da polícia, que renunciou o direito à assistência de advogado, além de se remeter a *Salduz v. Turkey*, também teve em conta a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, nos seguintes termos “*US Supreme Court, observed that some courts had applied that court's precedents, including Miranda v State of Arizona (...) relating to confessions obtained under coercive circumstances to situations involving wholly voluntary admissions, requiring a passage of time or break in events before a second, fully warned statement can be deemed voluntary. She went on to add these words: ‘Far from establishing a rigid rule, we direct courts to avoid one; there is no warrant for presuming coercive effect where the suspect's initial inculpatory statement, though technically in violation of Miranda, was voluntary. The relevant inquiry is whether, in fact, the second statement was also voluntarily made’*”. Caso *Jude, Hodgson, and Birnie v.*

questão da legalidade do interrogatório policial de suspeito, sob custódia da polícia, que renunciou o direito à assistência de advogado, seguiu a posição da Corte Europeia de Direitos Humanos em *Salduz v. Turkey* de 2008^{1369,1370}.

Já na França, o *Conseil Constitutionnel*, da mesma maneira¹³⁷¹, baseou-se na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, o *Bundesverfassungsgericht*, ao analisar a *loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénal pour cause de trouble mental*, na *Décision 2008-562 DC* de 2008¹³⁷², prática iniciada na *Décision 74-54 DC* de 1975¹³⁷³, quando o Conselho Constitucional, pela primeira vez, se valeu da jurisprudência de outros tribunais estrangeiros, ao examinar a *loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*.

Já o Tribunal Constitucional espanhol na *Sentencia 12/2008*, ao discutir o *Régimen Electoral General*, com a redação que lhe foi conferida pela *Ley Orgánica 3/2007*, de 22 de março de 2007, que reservava um percentual na composição das candidaturas eleitorais em razão do gênero, com o objetivo de reduzir a desigualdade no processo eleitoral, posicionou-se

Her Majesty's Advocate. Disponível em: <<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2011-0150-judgment.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹³⁶⁹ Caso *Salduz v. Turkey*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-89893>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

¹³⁷⁰ BJORGE, Eirik. National supreme courts and the development of ECHR rights. **International Journal of Constitutional Law**, v. 9, 2011, p. 5-31.

¹³⁷¹ BOBEK, Michal. **Comparative reasoning in European Supreme Courts**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 97-119.

¹³⁷² Segundo o *Conseil Constitutionnel* francês “*Eu égard à la nature exceptionnelle de la rétention de sûreté qui conduit à une privation totale de liberté, et à la protection particulière de la liberté individuelle qui résulte de l'article 66 de la Constitution, le Conseil a mis en oeuvre la plénitude des techniques de contrôle susceptibles d'être opérées sur cette mesure. A l'instar de la pratique d'autres cours constitutionnelles, notamment la Cour constitutionnelle allemande, il a vérifié que la rétention de sûreté, pour être proportionnée, satisfaisait à une triple exigence d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité au sens strict. Une telle mesure doit être adéquate*”. *Décision 2008-562 DC*. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2008562DCccc_562dc.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹³⁷³ Na *Decisão 74-54 DC* de 1975, o Conselho Constitucional, pela primeira vez, teve em conta a jurisprudência de outros tribunais estrangeiros para entender que o aborto, nos termos da *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, seria válido. Segundo o *Conseil Constitutionnel* “*La supériorité des traités sur les lois, dont le principe est posé à l'article 55 précité, présente un caractère à la fois relatif et contingent, tenant, d'une part, à ce qu'elle est limitée au champ d'application du traité et, d'autre part, à ce qu'elle est subordonnée à une condition de réciprocité dont la réalisation peut varier selon le comportement du ou des Etats signataires du traité et le moment où doit s'apprécier le respect de cette condition (...). Considérant, en effet, que les décisions prises en application de l'article 61 de la Constitution revêtent un caractère absolu et définitif, ainsi qu'il résulte de l'article 62 qui fait obstacle à la promulgation et à la mise en application de toute disposition déclarée inconstitutionnelle; qu'au contraire, la supériorité des traités sur les lois, dont le principe est posé à l'article 55 précité, présente un caractère à la fois relatif et contingent, tenant, d'une part, à ce qu'elle est limitée au champ d'application du traité et, d'autre part, à ce qu'elle est subordonnée à une condition de réciprocité dont la réalisation peut varier selon le comportement du ou des Etats signataires du traité et le moment où doit s'apprécier le respect de cette condition*”. *Décision 74-54 DC*. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1975/74-54-dc/decision-n-74-54-dc-du-15-janvier-1975.7423.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

no sentido de que, embora a jurisprudência estrangeira não seja vinculante, ao menos possui a autoridade de despertar dúvidas intelectuais na sua compreensão do juízo de igualdade¹³⁷⁴.

Na Alemanha, apesar de se observar certa postura refratária ao uso de decisões estrangeiras e internacionais pelas cortes domésticas^{1375,1376}, há também um histórico de decisões tomadas com base em precedentes estrangeiros, como na construção jurisprudencial do *Bundesverfassungsgericht* no caso *Caroline de Mônaco II* de 1999^{1377,1378}, que ao conferir maior peso à liberdade de imprensa na questão da divulgação de fotos da Princesa Caroline de Mônaco, impondo restrições à proteção da intimidade de pessoas proeminentes, analisou o

¹³⁷⁴ MORAES, Guilherme Peña de. **Constitucionalismo Multinacional**: uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais. São Paulo: Atlas, 2015, v. 1, p. 60.

¹³⁷⁵ A ideia de vinculação aos precedentes transnacionais, ainda é um tema bastante caro para a jurisdição alemã. Todavia, sem sombra de dúvida, não há como se negar o devido peso argumentativo ao direito transnacional, na interpretação jurisdicional local. Tal ponto foi debatido em alguns casos julgados pelo *Bundesverfassungsgericht* alemão. Assim, por exemplo, no caso *Gorgülü* de 2004 se discutiu se as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos, vinculariam ou não aos juízes alemães, tendo se entendido que, embora as decisões da CEDH não sejam vinculantes para os tribunais alemães, estes têm a obrigação de levar em consideração os seus argumentos. O caso se originou do pedido do Sr. Kazim Gorgülü, para obter a guarda e pátrio poder do seu filho (fruto de relacionamento não matrimonial), que havia sido adotado sem a sua anuência. A mãe havia omitido seu nome do certificado de nascimento, e anuído imediatamente após o nascimento do bebê com a adoção. Logo após ter tido ciência do nascimento, o Sr. Gorgülü iniciou procedimento para obter a guarda e pátrio poder do seu filho. Contudo, as Cortes alemãs decidiram a favor dos pais adotivos, em nome da convivência familiar já estabelecida. A questão foi levada à Corte Europeia de Direitos Humanos, que no caso *Gorgülü v. Germany* de 2004, ao detectar a violação ao direito à vida familiar, estabeleceu que a Alemanha deveria, ao menos, possibilitar o acesso do Sr. Kazim ao seu filho. Da mesma forma, em *Solange I* de 1974, ao destacar a primazia da ordem jurídico-constitucional alemã de direitos fundamentais perante o direito comunitário, o *Bundesverfassungsgericht* alemão se afirmou como última instância decisória, em matérias de direitos fundamentais. Já em *Solange II* de 1986, o *Bundesverfassungsgericht* alemão entendeu que enquanto os tribunais europeus garantissem a proteção efetiva dos direitos fundamentais, o Tribunal Constitucional Federal não mais exerceria a sua competência jurisdicional sobre o direito comunitário derivado, que fosse invocado nos tribunais alemães, contudo, caso os tribunais comunitários deixassem de exercer esta proteção, o *Bundesverfassungsgericht* alemão poderia passar a exercer, novamente, o papel de avaliador último da legitimidade da internalização das decisões comunitárias no direito alemão. Também no caso *Maastricht* de 1993, o *Bundesverfassungsgericht* alemão entendeu que, apesar da República Federal da Alemanha poder integrar a União Europeia, caberá ao Tribunal Constitucional Federal alemão controlar se os atos jurídicos comunitários mantêm-se nos limites das suas competências. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 139, 156- 158.

¹³⁷⁶ Segundo Marcelo Neves “O Tribunal Constitucional Federal alemão (o *Bundesverfassungsgericht* ou BvG), em particular, tem uma longa história de engajar e desafiar o TJCE como uma corte co-igual antes que superior (...) O BvG tem sido o mais franco e, talvez, o mais peremptório na sua relação com o TJCE, mas não está sozinho, contando com o apoio das cortes superiores da Itália, França e Bélgica”. NEVES, op. cit., p. 161.

¹³⁷⁷ NEVES, op. cit., p. 138-139.

¹³⁷⁸ A decisão do *Bundesverfassungsgericht* no caso *Caroline de Mônaco II* de 1999, foi oposta à posição da Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Caroline von Hannover v. Germany* de 2004, favorável à proteção da intimidade da autora em detrimento da liberdade de imprensa. Caso *Caroline von Hannover v. Germany*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61853>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

“direito de estar só”, como componente do direito de privacidade, discutido pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Katz v. United States* de 1967^{1379,1380}.

Da mesma maneira, no caso *Geschwisterbeischlaf* de 2006, o *Bundesverfassungsgericht*, ao rejeitar queixa constitucional de condenado pelo crime de incesto, analisou a proibição penal de que trata o §173 (2) do *Strafgesetzbuch*, usando como fundamento a *Sentenza* 518/2000 do Tribunal Constitucional da Itália e a *Határozat* 20/1999 do Tribunal Constitucional da Hungria¹³⁸¹.

Até mesmo no sistema asiático, que muitas vezes se mostra pouco aberto a modelos externos, especialmente os ocidentais, observamos o diálogo transnacional, na busca de uma maior consistência argumentativa entre cortes na ordem jurídica mundial.

Assim, por exemplo, na Coreia do Sul, o Tribunal Constitucional, no caso *National Security* de 1992¹³⁸², ao considerar o *National Security Act* de 1948 incompatível com as garantias constitucionais, tomou por base o “*clear and present danger test*” instituído pela Suprema Corte norte-americana no caso *Schenck v. United States* de 1919¹³⁸³.

Também, ao se discutir o ativismo judicial praticado em casos relacionados à política econômica, o Tribunal Constitucional sul-coreano, mencionou o caso *Lochner v. New York* de 1905, julgado pela Suprema Corte norte-americana, para justificar a proteção ao devido processo legal substantivo¹³⁸⁴.

Da mesma forma, em Taiwan, o Tribunal Constitucional (*Council of Grand Justices of the Judicial Yuan*), vem permanentemente importando decisões e normas transnacionais, para

¹³⁷⁹ Em *Katz v. United States* de 1967, Charles Katz usou um telefone público para transmitir apostas ilegais, gravadas pelo FBI, através de um dispositivo ligado ao exterior da cabine de telefone, o que levou a sua condenação. A Suprema Corte invalidou a condenação, entendendo que a proteção da Quarta Emenda se estende a todas as áreas onde uma pessoa tem uma “razoável expectativa de privacidade”. Caso *Katz v. United States*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/case.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹³⁸⁰ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 251-293.

¹³⁸¹ Segundo, Guilherme Peña “A última remissão à jurisprudência estrangeira é obtida no caso *Geschwisterbeischlaf*, em que se discutia a proibição penal do incesto de que trata o §173 (2) do *Strafgesetzbuch*. Na decisão de 26 de fevereiro de 2006, que concluiu pela rejeição de queixa constitucional de condenação por relação sexual entre parentes, foram examinadas a *Sentenza* 518/2000, do Tribunal Constitucional da Itália, ‘pela qual o objetivo da norma penal seria a proteção da vida familiar pela exclusão de contato sexual entre seus membros, exceto os cônjuges’, e *Határozat* n. 20/1999, da Corte Constitucional da Hungria, ‘pela qual a constitucionalidade da criminalização das relações sexuais entre irmãos foi reconhecida’”. MORAES, Guilherme Peña de. **Constitucionalismo multinacional**: uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais. São Paulo: Atlas, 2015, v. 1, p. 57.

¹³⁸² GINSBURG, Tom. Confucian Constitutionalism? Globalization and Judicial Review in Korea and Taiwan. **Law and Social Inquiry**, v. 27, n. 4, 2002, p. 763-800.

¹³⁸³ Em *Schenck v. United States*, que envolvia a aplicação do *Espionage Act* de 1917, a Suprema Corte norte-americana criou o “*clear and present danger test*”, para determinar quando o Estado poderia limitar constitucionalmente os direitos de liberdade de expressão de um indivíduo sob a Primeira Emenda, mantendo a condenação de um homem acusado de causar insubordinação, ao distribuir panfletos para recrutas da I Guerra Mundial. GINSBURG, loc. cit.

¹³⁸⁴ GINSBURG, loc. cit.

ampliar jurisprudencialmente a proteção aos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, como na declaração da inconstitucionalidade de partidos políticos que sejam criados em discordância com o projeto de democratização de Taiwan — aproximando-se da previsão contida no artigo 21 da *German Basic Law*, que prevê a possibilidade de o Tribunal Constitucional alemão abolir partidos políticos dissonantes do projeto democrático da República¹³⁸⁵.

Já no sistema internacional de proteção de direitos humanos, também observamos esta posição de diálogo, como no julgamento de *Germany v. Italy: Greece intervening (Ferrini and Distomo case)* de 2008, em que a Corte Internacional de Justiça (CIJ), ao fundamentar a imunidade da Alemanha, mesmo em situações de crimes de guerra que implicassem violações de normas *ius cogens*, citou diversos casos extremamente relevantes para compreensão da temática da imunidade estatal, como *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia)* de 2006^{1386,1387} e *Pinochet* de 1999¹³⁸⁸, julgados pela

¹³⁸⁵ GINSBURG, loc. cit.

¹³⁸⁶ O caso *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia)*, iniciou-se pela alegação da prática de atos de terrorismo, pelos britânicos Ron Jones, Alexander Mitchell, William Sampson e Leslie Walker, na Arábia Saudita, e a consequente prisão dos cidadãos britânicos. Após a liberação dos acusados, sem qualquer tipo de acusação formal, todos sustentaram que sofreram tortura sistemática no território da Arábia Saudita. Assim, houve a discussão nos tribunais britânicos, sobre a competência para apreciar questões que envolvessem um Estado estrangeiro e os seus funcionários. Em 2004, a *Court of Appeal of England and Wales* confirmou a imunidade do Estado, mas negou a imunidade dos agentes estatais. Em 2006, o *Appellate Committee of the House of Lords*, no entanto, confirmou tanto a imunidade do Estado, como a dos agentes, apesar da alegação da incompatibilidade da Parte 1 do *State Immunity Act* britânico de 1978, com o artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Caso *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia)*. Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060614/jones.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2015.

¹³⁸⁷ A questão, posteriormente, foi levada à Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Jones and Others v. The United Kingdom* de 2006, que confirmou a decisão da *Appellate Committee of the House of Lords*. A Corte Europeia de Direitos Humanos, decidiu que a concessão de imunidade aos funcionários da Arábia Saudita, reflete regras de Direito Internacional público, e, não correspondia a uma violação do artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que garante o direito de acesso ao tribunal. Caso *Jones and Others v. The United Kingdom*. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-140005#{"itemid":\["001-140005"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-140005#{)>. Acesso em: 26 jun. 2015.

¹³⁸⁸ Em outubro de 1998, Pinochet foi preso no Reino Unido, enquanto estava em um hospital em Londres. No caso, o juiz espanhol Garzon e o governo espanhol, expediram dois mandados internacionais de prisão e de extradição de Pinochet. O primeiro mandado de prisão tratava do assassinato de nacionais espanhóis no Chile, enquanto o segundo era relativo a alegações de tortura, sequestro e assassinato. De acordo com esses dois mandados de prisão, os magistrados britânicos expediram dois mandados provisórios de prisão de Pinochet. Assim, no caso, a *House of Lords* teve que analisar se Pinochet, chefe de Estado quando supostamente havia cometido esses crimes, poderia invocar a regra da imunidade de jurisdição funcional contra essas acusações. A Câmara dos Lordes teve de julgar esse caso duas vezes. A primeira decisão de 1998 foi anulada por causa da relação de um Lorde com a Anistia Internacional. Na segunda decisão de 1999, se entendeu que o ex-chefe de Estado somente se beneficia da imunidade, por atos que tenha realizado durante as suas funções e no exercício das mesmas, todavia, não poderia haver imunidade para ex-chefes de Estado por acusações de tortura. GOUVEIA, João Carlos Bertola Franco de. A judicialização da política e o caso Pinochet: O reconhecimento da nova exceção à imunidade de jurisdição do Estado no caso de violação dos Direitos Humanos. In: MOTTA, Luiz Eduardo; MOTA, Maurício. (Org.). **O Estado Democrático de Direito em questão: teorias críticas da judicialização da política**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, v. 1, p. 210-243.

House of Lords britânica; *Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany* de 2002¹³⁸⁹ e *McElhinney v. Irlanda* de 2001¹³⁹⁰ julgados pela Corte Europeia de Direitos Humanos; e, *Bouzari v. Islamic Republic of Iran* julgado pela *Ontario Court of Appeal* de 2004¹³⁹¹.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, também nos casos *Kimel v. Argentina* de 2008¹³⁹² e *Herrera Ulloa v. Costa Rica* de 2005¹³⁹³, ao afirmar que a liberdade de expressão é fundamental para a reconstrução histórica do passado e para a formação de uma opinião pública crítica, usou como fundamento a posição da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, no sentido de que a pena de prisão contra jornalistas só pode ser aplicada em circunstâncias excepcionais, quando outros direitos fundamentais tenham sido seriamente violados, nos casos *Mamère v. France* de 2006¹³⁹⁴, *Castells v. Spain* de 1992¹³⁹⁵ e *Cumpănă and Mazăre v. Romania* de 2004¹³⁹⁶.

¹³⁸⁹ Caso *Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-23539>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

¹³⁹⁰ Caso *McElhinney v. Ireland*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59887>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

¹³⁹¹ No caso, Houshang Bouzari, estava a negócios em Teerã, quando foi sequestrado e torturado por agentes do Estado do Irã. Posteriormente, Bouzari emigrou para o Canadá, e ingressou com uma ação contra a República Islâmica do Irã, para a compensação por seu sequestro, cárcere privado, agressão, tortura e ameaças de morte. A *Ontario Superior Court of Justice* e a *Ontario Court of Appeal*, entenderam que a situação não poderia ser julgada pelas cortes do Canadá, uma vez que, no caso, não havia conexão real e substancial do fato praticado contra Bouzari e o Estado do Canadá. Além disso, de acordo com o *State Immunity Act (SIA)* canadense de 1982, um país estrangeiro não poderia ser processado, em regra, em um tribunal canadense. Contudo, a grande importância do caso, deve-se ao fato de que, a *Ontario Court of Appeal* afirmou que, em tese, caso houvesse a conexão real e substancial do fato praticado com o Estado canadense, poderia ser possível processar um país estrangeiro em Ontário, pela tortura infligida por agentes de um país estrangeiro. Caso *Bouzari v. Islamic Republic of Iran*. Disponível em: <<http://www.ontariocourts.ca/decisions/2004/june/bouzariC38295.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2015.

¹³⁹² Segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos “*In the Case of Mamere the European Court of Human Rights considered that ‘the eminent value of freedom of expression, especially in debates on subjects of general concern, cannot take precedence in all circumstances over the need to protect the honor and reputation of others, be they ordinary citizens or public officials’.* Furthermore, in the Case of Castells the European Court stated that ‘it remains open to the competent State authorities to adopt, in their capacity as guarantors of public order, measures, even of a criminal law nature, intended to react appropriately and without excess to defamatory accusations devoid of foundation or formulated in bad faith’”. Para maiores detalhes sobre o caso, vide nota 343. Caso *Kimel v. Argentina*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_ing.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2016.

¹³⁹³ Segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos “*The European Court ruled that: [...] freedom of expression [...] is applicable not only to ‘information’ or ‘ideas’ that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb. [...] The limits of permissible criticism are wider with regard to the Government than in relation to a private citizen, or even a politician. In a democratic system the actions or omissions of the Government must be subject to the close scrutiny not only of the legislative and judicial authorities but also of the press and public opinion. Cf. Eur. Court H.R., Case of Castells v. Spain*”. Para maiores detalhes sobre o caso, vide nota 347. Caso *Herrera Ulloa v. Costa Rica*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_ing.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹³⁹⁴ Caso *Mamère v. France*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77843>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

¹³⁹⁵ Caso *Castells v. Spain*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57772>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

¹³⁹⁶ Caso *Cumpănă and Mazăre v. Romania*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67816>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

Da mesma forma, a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH)¹³⁹⁷, por exemplo, em *Ireland v. The United Kingdom* de 1978¹³⁹⁸, se reporta à Corte Internacional de Justiça no julgado *Northern Cameroons* de 1963¹³⁹⁹, para afirmar que a Convenção Europeia de Direitos Humanos, não se confunde com os tradicionais tratados internacionais, ao criar uma categoria diferenciada de direitos, que compele, diretamente, as autoridades nacionais, a tomar medidas assecuratórias para garantia dos direitos assegurados na Convenção. Ainda, em *Al-Adsani v. The United Kingdom* de 2001¹⁴⁰⁰, ao entender que a proibição de tortura consiste em *ius cogens*¹⁴⁰¹, norma imperativa de Direito Internacional, a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) se remete, dentre outros casos, ao Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia em *Prosecutor v. Anto Furundzija* de 1998¹⁴⁰².

Ademais, o debate supranacional europeu entre a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), também coloca em evidência os pontos de convergência entre as Cortes, como pode ser extraído da posição do TJUE, externada no Parecer 02/2013¹⁴⁰³ de 18 de dezembro de 2014, concluindo que a adesão da União Europeia

¹³⁹⁷ CRAIG, Paul. EU Accession to the ECHR: Competence, Procedure and Substance. **Fordham International Law Journal**, v. 36, 2013, p. 1115-1150.

¹³⁹⁸ *Ireland v. The United Kingdom* de 1978, envolvia a prática de tratamento desumano e degradante, decorrente do método de interrogação conhecido por “*the five techniques*”. Para maiores detalhes acerca do caso, vide nota 331. Caso *Ireland v. The United Kingdom*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57506>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

¹³⁹⁹ Caso *Cameroon v. The United Kingdom (Northern Cameroons)*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/48/5207.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹⁴⁰⁰ *Al-Adsani v. The United Kingdom*, envolvia a discussão sobre acesso a justiça e imunidade de jurisdição, nos casos de tortura praticados pelo Estado. No caso, *Al-Adsani* ingressou, inicialmente, com uma demanda no judiciário britânico, com o objetivo de obter uma reparação, por conta de supostos atos de tortura sofridos no Kuwait, valendo-se do *State Immunity Act* britânico de 1978. Apesar da *Court of Appeal*, ter se manifestado no sentido de que a imunidade do Kuwait deveria ser afastada em casos de tortura, por força da seção 1(1) do *State Immunity Act* de 1978, a demanda acabou não sendo admitida, com base na imunidade de jurisdição do Estado. Posteriormente, o caso foi levado à CEDH, que decidiu em 2001, que a Inglaterra, ao reconhecer a imunidade do Kuwait, não violou o direito de acesso à justiça. No caso *Al-Adsani*, a CEDH se remeteu ao julgamento do caso *Anto Furundzija*, para afirmar a regra da proibição da tortura. Caso *Al-Adsani v. The United Kingdom*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59885>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

¹⁴⁰¹ A Corte Europeia de Direitos Humanos, também no caso *Soering v. The United Kingdom* de 1989, afirmou o caráter de *ius cogens* da proibição da pena de morte, que consiste em norma imperativa do Direito Internacional moderno, e norma superior aos ordenamentos jurídicos internos e do direito consuetudinário geral. Caso *Soering v. The United Kingdom*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57619>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

¹⁴⁰² Caso *Prosecutor v. Anto Furundzija*. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹⁴⁰³ O Parecer 02/2013, originou-se de um processo que teve início na década de 70, quando a Comissão Europeia em 1979, pela primeira vez, introduziu a ideia da adesão da União Europeia à ConEDH. Pelo parecer anterior (02/1994), o TJUE estabeleceu que a tal adesão, implicaria várias mudanças na legislação da União Europeia, visto que, seria a primeira vez que uma organização supranacional — a União Europeia —, com o seu próprio quadro jurídico e institucional, estaria aderindo à ConEDH e se sujeitando ao escrutínio da CEDH. Contudo, à dificuldade inerente ao entrelaçamento formal entre os sistemas da UE e da CEDH, composto por todos os Estados-membros da EU, que já são partes contratantes da ConEDH, se somou as imensas complexidades legais e institucionais inerentes do sistema da UE. A fim de compreender o conteúdo do Parecer 02/2013 e suas implicações, deve-se ter em conta que, na sequência da entrada em vigor do Tratado de Lisboa em 1º de dezembro de 2009, a Carta dos

(UE) à Convenção Europeia de Direitos Humanos (ConEDH), seria incompatível com os Tratados da União Europeia¹⁴⁰⁴, em uma abordagem mais autônoma da UE na adjudicação dos direitos fundamentais na Europa, a partir da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia^{1405,1406}.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a jurisdição de garantias na Europa, atualmente, é realizada pela sobreposição entre normas nacionais, internacionais e supranacionais de Direitos Humanos, o que, se por um lado, oferece oportunidades únicas de uma maior cooperação judicial, interação e enriquecimento mútuo, entre o TJUE e a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), por outro lado, especialmente diante das novas competências outorgadas ao

Direitos Fundamentais da União Europeia, é elevada ao *status* de direito primário da UE. Esta questão suscitou diversas preocupações sobre a eficácia e coerência da proteção dos direitos fundamentais na Europa, sob a perspectiva da UE, caso já tivesse aderido à Convenção Europeia de Direitos Humanos (ConEDH). Parecer 02/2013. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-2/13&language=PT>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹⁴⁰⁴ Assim, a adesão da UE à ConEDH, afetaria negativamente as características específicas da legislação da UE e sua autonomia, pois na sequência de adesão, a ConEDH se integraria ao direito da UE, como uma fonte própria de direitos fundamentais. De toda sorte, no Parecer 02/2013, o TJUE apontou o risco da CEDH impor obrigação a um Estado-membro da UE, suscetível de perturbar o equilíbrio subjacente da UE e prejudicar toda a autonomia de sua legislação. Na opinião do TJUE, o mero risco de que a UE ou um Estado-membro, possa sofrer um processo por violação de um direito da UE em um caso relacionado também à ConEDH, seria extremamente gravoso para o sistema da UE, e, prejudicaria a competência exclusiva TJUE em fiscalizar se a legislação da EU está sendo cumprida, e, equivaleria a dar à CEDH a competência para interpretar toda a jurisprudência do Tribunal de Justiça. STORGAARD, Louise Halleskov. EU Law Autonomy versus European Fundamental Rights Protection—On Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR. **Human Rights Law Review**, v. 15, n. 3, 2015, p. 485-521.

¹⁴⁰⁵ A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, é um documento que contém disposições sobre os Direitos Humanos, “proclamada solenemente” pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho da União Europeia e pela Comissão Europeia, em 7 de dezembro de 2000. Uma versão adaptada da Carta foi proclamada em 12 de dezembro de 2007, em Estrasburgo, com a assinatura do Tratado de Lisboa, que faz com que a Carta se torne juridicamente vinculante em todos os países da UE, exceto na Polônia e no Reino Unido. A atualização da Carta foi assinada pelo presidente do Parlamento Europeu Hans-Gert Pöttering, pelo presidente da Comissão Europeia José Manuel Durão Barroso, e pelo ex-primeiro-ministro Português José Sócrates, à época presidente do Conselho da União Europeia. STORGAARD, loc. cit.

¹⁴⁰⁶ Apesar de as possibilidades da UE aderir à ConEDH serem escassas, em vista da posição do TJUE externada no Parecer 02/2013 — uma vez que o parecer oferece pouco espaço para um diálogo judicial construtivo entre os dois tribunais, ao mostrar nenhuma preocupação em garantir as competências institucionais do sistema de Estrasburgo — a conclusão geral é que, estamos testemunhando o surgimento de duas normas europeias independentes para a proteção dos direitos fundamentais, que são, em grande parte, sobreposições, tanto em termos de conteúdo, como em âmbito de aplicação, competindo em termos não necessariamente coerentes. STORGAARD, loc. cit.

Tribunal de Luxemburgo pelo Tratado de Lisboa¹⁴⁰⁷, conduzem a um aumento de tensão entre o TJUE e a CEDH^{1408,1409}.

Argumento similar, pode ser extraído da visão do Tribunal de Justiça da União Europeia, ao julgar os casos *Kadi I* de 2008¹⁴¹⁰ e *Kadi II* de 2013¹⁴¹¹, que ao assegurar o direito fundamental de defesa, proteção jurisdicional e propriedade de suspeito de terrorismo, reconhece ao TJUE a jurisdição para exercer fiscalização sobre os atos comunitários, que visam

¹⁴⁰⁷ Assim, na verdade, o TJUE hoje também atua como um tribunal europeu de Direitos Humanos, com competências que diretamente se rivalizam e se sobrepõem às competências do CEDH. Por outro lado, apesar da relutância da União Europeia, é possível afirmar que a adesão da UE à ConEDH, além de proteger a avaliação direta do cumprimento de todos os atos da União Europeia com a ConEDH, reforçando assim a credibilidade dos direitos fundamentais, poderia garantir um desenvolvimento harmonioso dos direitos na jurisprudência do TJUE e do CEDH. STORGAARD, loc. cit.

¹⁴⁰⁸ Já no Parecer 01/2000, relativo ao espaço comum de aviação europeu, o TJUE identificou que conceder à CEDH a competência para fiscalizar e interpretar a legislação da UE, teria um forte impacto sobre a sua própria autoridade jurisdicional. Ademais, tal posição interferiria na lógica jurisprudencial que o TJUE adotou no caso *Stefano Melloni v. Ministerio Fiscal (Case 399/2011)*, em que o TJUE, entre outras questões, entendeu que não caberia à CEDH julgar questões afetas ao âmbito de aplicação de direito material da UE para os fins, em particular, de determinar se um Estado-membro tem o dever de respeitar os direitos fundamentais da EU. STORGAARD, loc. cit.

¹⁴⁰⁹ Assim, a relevância do “argumento da harmonização”, não diminuiu com a entrada em vigor da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, e, no contexto de novos direitos fundamentais do TJUE, a adesão da UE à ConEDH, poderia garantir consistência e harmonia entre os regimes da UE e do Tribunal de Estrasburgo. Na verdade, ajustar a abordagem judicial do TJUE, a fim de garantir, de forma transparente, que a interpretação e aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia esteja em conformidade com a ConEDH e com a jurisprudência do CEDH, seria reforçar significativamente a coerência dos direitos fundamentais na União Europeia. STORGAARD, loc. cit.

¹⁴¹⁰ O caso *Kadi I*, deriva, principalmente, das Resoluções do Conselho de Segurança da ONU 1267/99, 1333/2000 e 1390/2002, e, dos Regulamentos (CE) 467/2001 e (CE) 881/2002, que congelaram os bens de pessoas e entidades associadas a Osama Bin Laden, inserindo os nomes de Al-Qadi e da Al Barakaat na lista de pessoas, entidades e grupos sujeitos ao congelamento de fundos. O Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu que a jurisdição comunitária, deve assegurar a legalidade de todos os atos, à luz dos direitos fundamentais que fazem parte integrante dos princípios gerais do direito comunitário, independentemente de sua origem. Assim, o Tribunal entendeu que os direitos de defesa dos recorrentes não foram respeitados, na medida em que não se forneceu garantias quanto à comunicação dos elementos de acusação, caracterizando ainda restrição injustificada ao direito de propriedade. Neste sentido, o Tribunal invalidou os Regulamentos da Comunidade Europeia, mas manteve seus efeitos pelo prazo de três meses, durante o qual as sanções poderiam ser retomadas, desde que as violações reconhecidas fossem sanadas. Caso *Kadi I*. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-402/05&>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹⁴¹¹ Após a decisão do caso, que ficou conhecido como *Kadi I*, foi apresentado a Al-Qadi os motivos da sua inscrição na lista dos indivíduos e entidades reconhecidas como associadas a Osama Bin Laden, e, concedido um prazo para que apresentasse observações e informações. Após este procedimento, o Regulamento 881/2002 foi alterado, reintroduzindo o nome de Al-Qadi à lista de pessoas sancionadas. Assim, Al-Qadi ajuizou nova ação em 2009, conhecida como caso *Kadi II*, sob o fundamento de violação do direito de defesa, proteção jurisdicional efetiva e restrição desproporcional do seu direito de propriedade. Ao apreciar a questão, o Tribunal de Justiça da União Europeia, confirmou e o entendimento de *Kadi I*, e, novamente anulou o Regulamento, embora a essa altura o nome de Al-Qadi já tivesse sido removido da lista por decisão administrativa. Caso *Kadi II*. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-584/10>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

implementar Resoluções do Conselho de Segurança da ONU, analisando, indiretamente, a legalidade destas Resoluções¹⁴¹², em um claro diálogo *supranacional*¹⁴¹³.

Portanto, cada vez mais, novos argumentos e pontos de vista são incorporados ao debate transnacional, que passa a adquirir, assim, uma perspectiva mais ampla, em que a consulta a julgamentos locais e internacionais torna-se inevitável, e questões convergentes passam a ser discutidas pelos intérpretes jurisdicionais, em uma análise não vinculativa, para a viabilidade da construção de um processo deliberativo, de acordo com mecanismos de cooperação, fundamentais para a estabilidade e coerência do sistema global¹⁴¹⁴.

Assim, a jurisdição, embora tenha a sua base originária no Estado, dela se emancipa, tendo em vista que outras ordens jurídicas passam a ser envolvidas diretamente na solução dos problemas comuns, e, nesse sentido, a predisposição ao diálogo como orientação mútua entre ordem transnacional e ordem estatal, leva a que as relações estatais sejam formadas pelo entrelaçamento de conteúdos, com autoridade persuasiva, mas respeitadas as particularidades de cada um dos ordenamentos, o que evita o desgaste da relação cooperativa entre as cortes transnacionais e as cortes nacionais¹⁴¹⁵.

Ademais, a sociedade global multicêntrica e a heterogeneidade de ordenamentos autônomos, permite a emergência de uma nova ordem mundial, baseada em uma rede intrincada de conexões entre instituições estatais desagregadas, que ao mesmo tempo em que compreende processos de tomada de decisão, também fornece mecanismos de estabilização de expectativas, buscando a equalização de sistemas juridicamente diferentes e autônomos, que não dependem de segmentação territorial para se reproduzir¹⁴¹⁶.

Nesse sentido, diante de um sistema jurídico composto de ordens jurídicas distintas, que aspiram por autofundamentação, os entrelaçamentos hierárquicos, acabam por gerar um modelo

¹⁴¹² No caso *Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America (Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie)* de 1999, a Corte internacional de Justiça, em medida cautelar, também entendeu que há a possibilidade de análise da legalidade das decisões do Conselho de Segurança. A Corte, contudo, não apreciou a legalidade de decisão Conselho de Segurança, por entender que a questão seria de mérito, não devendo ser analisada no âmbito de medida cautelar. Ou seja, a restrição para apreciar a legalidade de Resolução do Conselho de Segurança seria de cunho somente procedimental. RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 160.

¹⁴¹³ Cabe lembrar que os diálogos transnacionais, conduzido mediante citações mútuas, independentemente do propósito, contribui para o efeito integrador do sistema transnacional. PETERS, Anne. *The Refinement of International Law: From Fragmentation to Regime Interaction and Politicization*. **Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper N. 2016-19**. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2823512>. Acesso em: 8 set. 2016.

¹⁴¹⁴ SUNSTEIN, Cass. **A Constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before**. Princeton University Press, 2009.

¹⁴¹⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 71-122.

¹⁴¹⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2004, p. 46-306.

que não apenas amplia a conversação entre ordens jurídicas, através da compatibilização do dissenso, mas também que alcance um nível razoável de harmonia entre adequação e consistência jurídica nas decisões de uma corte em sua cadeia de validação¹⁴¹⁷.

Dessa forma, como cada vez mais as cortes nacionais e transnacionais são chamadas a apresentar soluções adequadas para problemas relacionados a direitos fundamentais, Direitos Humanos e a limitação do poder estatal, torna-se urgente a implementação de uma relação permanente entre essas ordens jurídicas, sobretudo porque, na complexa sociedade internacional cosmopolita, os meios juridicamente legítimos de coadjuvação entre cortes locais, estrangeiras, supranacionais e internacionais, devem ser orientados a partir do diálogo, que permita maior uniformidade, legitimidade e racionalidade na atuação das cortes locais¹⁴¹⁸.

Na verdade, pode-se afirmar que existe uma tendência crescente de invocação do diálogo transnacional na tomada de decisões jurisdicionais, em uma positiva troca de experiências, conceitos e teorias entre cortes nacionais, estrangeiras, supranacionais e internacionais, com a possibilidade de aprendizado recíproco entre as instâncias envolvidas nesse diálogo¹⁴¹⁹.

Assim, quando a jurisprudência local se abre para influências transnacionais, a ideia de legitimidade dentro dos processos locais ganha força, justificada pela necessidade de previsibilidade e respeito argumentativo¹⁴²⁰, pelas expectativas estabelecidas em precedentes transnacionais semelhantes¹⁴²¹.

Ou seja, quando uma decisão doméstica se inclina no sentido de seguir uma decisão transnacional em caso similar, a ideia de equidade e a exigência de que as práticas judiciais devam ser desenvolvidas de uma forma coerente se mostram preenchidas, em um processo em

¹⁴¹⁷ NEVES, loc. cit.

¹⁴¹⁸ JACKSON, Vicki C. Comparative Constitutional Law: Methodologies. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 67.

¹⁴¹⁹ PERJU, Vlad. Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 1324-1326.

¹⁴²⁰ Esta concepção pode ser entendida, em nível doméstico, na exposição de Robert Alexy, quando afirma que ao tomar uma decisão, o intérprete terá que escolher uma alternativa que entenda como melhor, com base em parâmetros argumentativos e em uma valoração que se ajuste aos valores da coletividade. Assim, a argumentação jurídica é uma atividade linguística de correção dos enunciados normativos, e, esta pretensão de correção de enunciados normativos por meio do discurso jurídico, encontra condições limitadoras, em especial a sujeição à lei, ao precedente, à dogmática e às leis processuais. Assim, o que Alexy pretende por meio de sua construção teórica, são estudos analíticos sobre a estrutura argumentativa das decisões, das regras e das formas de argumentos, usada em decisões sucessivas e nos processos jurídicos. Para tanto vide ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio A. da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 548-574.

¹⁴²¹ BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da Advocacia-Geral da União**, v. 15, 2016, p. 09-52.

desenvolvimento, em que as decisões judiciais levam em consideração as decisões anteriores tomadas em casos similares, como parte de uma longa história que deve ser reinterpretada e continuada¹⁴²².

Neste sentido, a integridade do sistema transnacional, passa a ser entendida como um processo em desenvolvimento, em que a coerência das decisões judiciais, deva partir da aceitabilidade da narrativa que melhor se adapte a casos similares, como parte de uma longa história que deve ser reinterpretada e continuada, de acordo com as exigências da equidade que levam as Cortes a analisar a história institucional de determinado sistema de direitos, como resultado de um processo continuado de aprendizagem, com vistas à aceitabilidade racional de uma interpretação em movimento¹⁴²³.

É exatamente nesse sentido, que se pode afirmar que na ideia de equidade se encontra subjacente a procura de justiça em uma escala global e o respeito recíproco na comunidade internacional, na medida em que a jurisdição transnacional exerce mecanismos de reciprocidade, persuasão e aculturação, em que os Estados se adaptam ao direito transnacional, em função do seu autointeresse no ganho de legitimidade e unidade, e, nesse sentido, nos países em que as ordens jurídicas transnacionais são percebidas como legítimas, há maior facilidade para o diálogo, que leva à persuasão, bem como a trocas recíprocas e de aculturação, com implicações para a compreensão da legitimação doméstica¹⁴²⁴.

Desse modo, o que se está a afirmar é que referência a cortes transnacionais providenciam uma ferramenta adicional e potencialmente útil, à medida que o Judiciário tenha de lidar com questões complexas, proporcionando outra fonte de opiniões, que poderá auxiliar os juízes quando forem confrontados com assuntos semelhantes. Em síntese, o uso de decisões transnacionais permite que haja uma saudável fertilização cruzada de ideias, em que a análise das abordagens estrangeiras a temas semelhantes enriquece a compreensão da corte acerca da questão¹⁴²⁵.

É o que Sanford Levinson defende, ao dispor que é uma prática simplesmente prudente reconhecer experiências estrangeiras e aplicar as lições encontradas a dilemas semelhantes nos

¹⁴²² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 213-331.

¹⁴²³ DWORKIN, loc. cit.

¹⁴²⁴ JACKSON, Vicki C. Comparative Constitutional Law: Methodologies. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 67.

¹⁴²⁵ PERJU, Vlad. Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 1324-1326.

Estados Unidos¹⁴²⁶. Vicki Jackson também segue a mesma linha argumentativa, ao sustentar que o emprego de decisões estrangeiras pode contribuir para uma melhor compreensão acerca das idiossincrasias locais, e incentiva a melhor compreensão das consequências possíveis nas diferentes escolhas interpretativa¹⁴²⁷.

Logo, a disposição em empregar práticas transnacionais, acaba por ser reflexo da inserção das cortes em uma comunidade mais ampla, que, ao menos presumivelmente, compartilha de seus valores essenciais, e, portanto, a ascensão de abordagens comuns dos juízes para questões transnacionais incorpora, às práticas jurídicas, tendências centrais da comunidade global, em um espírito de interconexão com outras instâncias judiciais¹⁴²⁸.

A mudança conceptual subjacente desse formato é a de incorporação de ideias transnacionais, forjadas a partir de uma fertilização cruzada, por meio de decisões tomadas por tribunais internacionais e estrangeiros, que se baseiam em jurisprudência nacional e vice-versa, em um diálogo ativo e contínuo, em que o resultado seja que as cortes devam, em questões que transcendem as fronteiras nacionais, reconhecer os demais participantes deste empreendimento judicial global, ao enfrentarem problemas comuns, envolvendo o empréstimo e recepção de decisões transnacionais¹⁴²⁹.

Ao explorar esse fenômeno, fica evidente que na comunidade internacional, a citação a uma decisão estrangeira ou internacional, abre um leque de opções à corte e convida a uma mudança de consciência da jurisdição local, com o reconhecimento das relações no sistema transnacional. É exatamente o que o antigo *Chief Justice* Carsten Smith da Suprema Corte da Noruega, afirmou ao dispor que o Supremo Tribunal tem a obrigação natural de tomar parte no debate transnacional e introduzir novas ideias legais na comunidade internacional, a partir de decisões judiciais nacionais¹⁴³⁰. Ou mesmo o que a antiga *Justice* Claire L'Heureux-Dubé da Suprema Corte canadense percebeu, quando expôs que os tribunais de todo o mundo estão olhando para os juízos de outras jurisdições¹⁴³¹.

¹⁴²⁶ LEVINSON, Sanford. Looking broad when interpreting the U.S. Constitution: some reflections. **Texas International Law Journal**, v. 39, 2004, p. 353-366.

¹⁴²⁷ JACKSON, Vicki C. Constitucional comparisons: convergence, resistance, engagement. **Harvard Law Review**, v. 119, 2005, p. 109-114.

¹⁴²⁸ YEH, Jiunn-Rong; CHANG, Wen-Chen. The emergence of transnational constitutionalism: Its features, challenges and solutions. **Penn State International Law Review**, v. 27, n. 1, 2008, p. 89-124. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1636163##>. Acesso em: 15 fev. 2016.

¹⁴²⁹ HALMAI, Gábor. The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 1328.

¹⁴³⁰ SMITH, Carsten. The Supreme Court in present-day society. In: TSCHUDI-MADSEN, Stephan (Ed.). **The Supreme Court of Norway**. Oslo: Aschenhoug and Co., 1998, p. 134-135.

¹⁴³¹ L'HEUREUX-DUBÉ, Claire. The Importance of dialogue: globalization and the international impact of the Rehnquist court. **Tulsa Law Journal**, v. 34, 1998, p. 15-16.

Esse diálogo, conduzido mediante citações mútuas, bem como através de interações cada vez mais diretas, contribue para uma jurisprudência global e para a qualidade das decisões nacionais, em um processo que aumenta a legitimação das decisões domésticas pelos empréstimos transnacionais¹⁴³², bem como a construção de autoconsciência de uma comunidade global judicial, engajada em um diálogo cosmopolita que promove o respeito mútuo e do diálogo entre cortes.

Assim, esta fertilização cruzada, em uma perspectiva judicial transnacional, cria um incentivo ao diálogo em vez de monólogo, em que os tribunais deliberadamente procuram estabelecer o seu lugar em uma comunidade global judicial, e em que a experiência de outros tribunais podem “lançar luz” sobre as consequências de diferentes soluções para um problema jurídico comum, em um debate transjudicial, como exposto pelo *Justice* Breyer da Suprema Corte norte-americana em *Thompson v. Oklahoma* de 1988¹⁴³³.

Portanto, observar os problemas das demais sociedades ajuda a corte a ver as questões sob uma perspectiva diferente, fornecendo uma ampla gama de ideias e experiências, que conduz a opiniões mais reflexivas, aumentando a legitimidade de uma opinião judicial, e, portanto, nesse sentido, a prática de citar decisões estrangeiras e internacionais, reflete um espírito de deliberação transjudicial dentro de uma comunidade transnacional autoconsciente¹⁴³⁴.

Neste sentido, apesar da fragmentação da jurisdição, trazer como consequência, a forte presunção ao conflito normativo, interpretar o direito, pressupõe que se busque a harmonização ordenativa, diante de problemas sistêmicos aparentes, ou seja, diante das mudanças globalizantes ocorridas na sociedade internacional, há a necessidade de uma maior

¹⁴³² Como expõe Anne-Marie Slaughter, a ideia de fertilização cruzada não é necessariamente nova, uma vez que “*Is such cross-fertilization really new? It is a well recognized phenomenon among imperial powers and their colonies. It is well established in the Commonwealth. As lawyers will remember from their first-year courses, plenty of evidence of borrowing from English law can be also found in nineteenth-century U.S. and federal reports. In this century, the traffic has largely flowed in the other direction; since 1945 recent constitutional courts around the world, frequently established either by the United States or on the model of the U.S. Supreme Court, have borrowed heavily from U.S. Supreme Court jurisprudence. Thus, it is difficult to demonstrate from existing data that the use of comparative materials in constitutional adjudication has in fact increased.*”. SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. **Harvard International Law Journal**, v. 44, 2003, p. 191-220.

¹⁴³³ William Wayne Thompson, de 15 anos de idade na época do crime, foi julgado como um adulto por assassinato, considerado culpado e sentenciado à morte pela *Oklahoma Sentencing Court*, tendo posteriormente a *Court of Criminal Appeals of Oklahoma* confirmado a decisão. A Suprema Corte norte-americana, pela primeira vez, entendeu que a sentença de morte de um menor seria “uma punição cruel e incomum” e violaria a Oitava Emenda da Constituição dos Estados Unidos. O caso foi posteriormente ampliado em *Roper v. Simmons* de 2005. Caso *Thompson v. Oklahoma*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/815/>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹⁴³⁴ JACKSON, Vicki C. Comparative Constitutional Law: Methodologies. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 59-60.

conformidade na estrutura do ordenamento jurídico e na sua dinâmica de funcionamento, na busca da concordância acerca de questões específicas¹⁴³⁵.

Desta forma, essa tendência aos intercâmbios judiciais, mitiga resultados conflitantes, provenientes da análise de um mesmo assunto por cortes distintas, o que impacta substancialmente no processo de fragmentação, de forma a tornar o sistema mais coerente, pela interação entre cortes, buscando a interconexão dos sistemas jurídicos, que produzem racionalidades distintas, mas representativas de valores que procuram se afirmar globalmente¹⁴³⁶.

Portanto, no que diz respeito a temas convergentes, a procura de boas ideias persuasivas, por meio de empréstimos transnacionais¹⁴³⁷, tem o potencial de preservar a unidade do sistema jurídico internacional, em face da fragmentação, com um efeito integrador¹⁴³⁸, em que a diferenciação e autonomização sistêmica demonstram que na atual arquitetura de rede transnacional¹⁴³⁹, a discussão sobre determinados direitos não é mais um privilégio do Estado-Nação, mas em vez disso, um conceito que emerge¹⁴⁴⁰, como um consenso mundial¹⁴⁴¹.

Nesse contexto, a interpretação judicial não deve mais ser feita de maneira isolada, uma vez que a dinâmica relacional entre normas jurídicas, nos mais diversos níveis sistêmicos, leva ao aplicador do direito, a um desafio exegético de análise das regras e princípios, tanto local, como internacional, que se apresentam no caso concreto, em uma relação de menor ou maior abstração, buscando a desfragmentação sistêmica, que, irá resultar do efeito integrador de comunicação dialógica no sistema judicial¹⁴⁴².

¹⁴³⁵ KOSKENNIEMI, Martti. Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law. **Report of the Study Group of the International Law Commission**. UN Doc. A/CN.4/L.682. 13 abr. 2006.

¹⁴³⁶ PETERS, Anne. The Refinement of International Law: From Fragmentation to Regime Interaction and Politicization. **Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper N. 2016-19**. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2823512>. Acesso em: 8 set. 2016.

¹⁴³⁷ PERJU, Vlad. Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 1324-1326.

¹⁴³⁸ Este efeito integrador funcionaria mesmo se os tribunais não necessariamente citassem uns aos outros com o propósito de comunicação (dialógico), mas sim por razões muito diferentes (tais como ganhar aceitação pelos colegas), e mesmo que as citações sejam seletivas. PETERS, loc. cit.

¹⁴³⁹ PETERS, loc. cit.

¹⁴⁴⁰ HALMAI, Gábor. The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 1328.

¹⁴⁴¹ JACKSON, Vicki C. Comparative Constitutional Law: Methodologies. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 72.

¹⁴⁴² PETERS, loc. cit.

Ademais, aumentar o diálogo de ideias e precedentes entre os juízes de todo o mundo, acaba por gerar, ao termo, certo consenso internacional sobre determinadas questões¹⁴⁴³, e a existência de um conjunto comum de precedentes transnacionalmente legitimados, a partir do diálogo permanente entre os órgãos judiciais da comunidade mundial.

Esta visão significa que o reconhecimento devido às decisões de outras cortes, em virtude de pertencerem a um sistema internacional comum, justifica a obrigação para com uma comunidade de litigantes, que se situa também para além das fronteiras da jurisdição de origem. Ou seja, com vistas a responder à mobilidade moderna e às necessidades de um mundo globalizado, deve-se assegurar uma ponte entre os tribunais, em que as questões são enfrentadas como situações globais, porém refletem relações processuais locais¹⁴⁴⁴.

Isso, sem dúvida, exige do intérprete judicial a visão de adaptabilidade aos problemas atuais¹⁴⁴⁵, visto que o volume de disputas que envolvem referenciais transnacionais, gerados por um mundo globalizado, em que as cortes passam a se entender como participantes do mesmo sistema mundial de resolução de conflitos, aumenta o sentido de pertencimento a uma comunidade muito mais ampla, em que a deferência a tribunais alienígenas se mostra como uma questão de respeito às demais cortes do sistema transnacional.

Ou seja, tendo em vista que os tribunais estão envolvidos na mesma tarefa de julgar e resolver questões que atravessam fronteiras, a interação regular entre cortes aumenta a possibilidade do surgimento de um sistema judicial transnacional, impulsionado pelo fato de que o reconhecimento das decisões tomadas pelas cortes do sistema jurídico transnacional, agrega legitimidade e unidade às decisões domésticas, a partir do diálogo para resolução de conflitos comuns¹⁴⁴⁶.

Da mesma forma, esta multiplicidade de pontos de vista, e retroalimentação normativa em escala global, coloca em perspectiva a escolha do referencial que deverá ser utilizado na solução do caso concreto, exigindo das cortes a busca da posição mais

¹⁴⁴³ Como é o caso da pena de morte a portadores de deficiência mental, exposto pela Suprema Corte norte-americana em *Atkins v. Virginia*. Para maiores detalhes sobre o caso, vide nota 319. Caso *Atkins v. Virginia*. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/536bv.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹⁴⁴⁴ PETERS, loc. cit.

¹⁴⁴⁵ Na medida em que as leis e as instituições devem caminhar de mãos dadas com o progresso da mente humana, à medida que esta evolui e as maneiras e as opiniões mudam, as instituições deverão, igualmente, avançar para acompanhar os novos tempos, como sustentado pelo *founding father* Thomas Jefferson, em uma defesa que se assemelha à ideia de *living constitution*. ACKERMAN, Bruce. *The Rise of World Constitutionalism*. **Virginia Law Review**, v. 83, 1997, p. 771-797.

¹⁴⁴⁶ JACKSON, Vicki C. *Comparative Constitutional Law: Methodologies*. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, Andrés (Eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 59-60.

favorável à proteção do ser humano¹⁴⁴⁷, nos mecanismos de interação ordenativa, conforme, inclusive, já afirmado pelo *Bundesverfassungsgericht* alemão no caso *Solange II* de 1986¹⁴⁴⁸, e, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, na *Advisory Opinion 5/1985*¹⁴⁴⁹.

Assim, neste diálogo jurisdicional global não hierarquizado¹⁴⁵⁰, que surge na complexa harmonização de sistemas heterogêneos, a preferência à pessoa humana, constitui um novo paradigma para a harmonização sistêmica e para a solução de eventuais conflitos normativos, em que a coexistência de diversos núcleos de autofundamentação possibilita plurissoluções nas antinomias transnacionais, fazendo com que seja necessário um intercâmbio de pontos de vista diversos, com o objetivo de buscar respostas similares para os problemas enfrentados pelas diversas ordens jurídicas na busca da solução mais acertada para a proteção ao ser humano¹⁴⁵¹.

Logo, a diferenciação ordenativa na sociedade mundial multicêntrica não deve implicar isolamento recíproco, mas sim interação, baseado na noção de diálogo, aprendizado e intercâmbio, em um trabalho de observação mútua, em que as ordens jurídicas devam cooperar em prol de formas de desenvolvimento de relações jurídicas estáveis, para soluções dialeticamente conduzidas no intercâmbio permanente de cortes, o que permite a incorporação e o enriquecimento das decisões tomadas no sistema jurisdicional global, em uma troca que gera a migração de ideias, e, conseqüentemente, uma maior uniformidade no tratamento de problemas comuns, visando ao aprendizado e fortalecimento recíproco, para o aprimoramento discursivo em prol da solução mais favorável ao ser humano¹⁴⁵².

¹⁴⁴⁷ O princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo, é encontrado no artigo 5.2 do Pacto das Nações Unidas sobre direitos civis e políticos, no artigo 5º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no artigo 60 da Convenção Europeia de Direitos Humanos e no artigo 29, b, da Convenção Americana de Direitos Humanos. RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 104-111 e 353-355.

¹⁴⁴⁸ Em *Solange II* de 1986, o *Bundesverfassungsgericht* alemão, entendeu que enquanto os tribunais europeus garantissem a proteção efetiva dos direitos fundamentais, o Tribunal Constitucional Federal, não mais exerceria a sua competência jurisdicional sobre o direito comunitário derivado, que fosse invocado nos tribunais alemães, contudo, caso os tribunais comunitários deixassem de exercer esta proteção, o *Bundesverfassungsgericht* alemão poderia passar a exercer, novamente, o papel de avaliador último da legitimidade da internalização das decisões comunitárias no direito alemão. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 139, 156- 158.

¹⁴⁴⁹ *Advisory Opinion OC-5/1985*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_ing.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹⁴⁵⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 694-695.

¹⁴⁵¹ NEVES, op. cit., p. 116-117.

¹⁴⁵² TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Do provincianismo constitucional ao transconstitucionalismo: a proteção dos Direitos Humanos através da integração dos ordenamentos jurídicos. In

Dessa forma, as cortes de todo o mundo devem estar ativamente envolvidas neste processo de interação autoconsciente com os seus homólogos transnacionais, compartilhando questões comuns no intercâmbio jurídico e criando redes globais de fertilização cruzada, em que tribunais nacionais permanecem conscientes de sua independência, no entanto, reconhecem a necessidade de cooperação e validade de abordagens diferentes para o mesmo problema jurídico, aprendendo e se legitimando a partir de experiências transnacionais¹⁴⁵³.

É, portanto, a visão de um sistema jurídico transnacional, estabelecido não apenas pelos tribunais internacionais e supranacionais, mas também pelos tribunais nacionais, que trabalham em conjunto em todo o mundo na busca de soluções para problemas comuns¹⁴⁵⁴.

CONCLUSÃO

Como visto, com a intensificação do intercâmbio múltiplo entre cortes na jurisdição mundial, cada vez mais as decisões transnacionais são trazidas à tona na tomada de decisões jurisdicionais locais, com a incorporação de novos e distintos argumentos ao debate judicial em questões convergentes, validada pela previsibilidade e respeito aos precedentes transnacionais.

Esta mudança conceptual naturalmente incorpora o reposicionamento da teoria da Soberania nacional, a partir da ideia de que a legitimidade decisória das cortes locais está ancorada no diálogo construído com as cortes transnacionais, em que a ideia de Estado-Nação, com seus conceitos clássicos e o tema da Jurisdição local, são analisados sob a luz das leituras

COSTA, Ana Paula Motta; REIS, Maurício Martins (Orgs.). **Direitos fundamentais e espaço público**. Passo Fundo: IMED, 2012, v. 3, p. 89.

¹⁴⁵³ JACKSON, Vicki C. Comparative Constitutional Law: Methodologies. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 59-60.

¹⁴⁵⁴ SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. **Harvard International Law Journal**, v. 44, 2003, p. 191-220.

contemporâneas acerca do Estado-Nação e da desconstrução do paradigma da soberania na atual sociedade interdependente e cosmopolita.

Além disso, por conta da redefinição dos contornos do constitucionalismo moderno, a racionalidade transversal do constitucionalismo transfronteiriço demonstra ser a proposta mais adequada para enfrentar problemas jurídicos constitucionais que vão além do âmbito territorial dos Estados, não apenas por ampliar os entrelaçamentos entre ordens jurídicas, mas também por influenciar o desenvolvimento das sociedades que são refratárias ao diálogo constitucional, como uma alternativa para a tonificação da dimensão normativa dos Estados, diante da debilidade dos padrões de constitucionalismo supranacional ou internacional, buscando um modelo de tolerância que reconheça uma multiplicidade de perspectivas para a solução de problemas jurídicos pertinentes a todos.

É exatamente nesse sentido que se pode afirmar que as premissas de Westphalia tomam um novo sentido na atual agenda global, e o princípio da soberania, principalmente a partir da segunda quadra do século XX, passa a ser repensado a partir de soberanias limitadas, repartidas e dependentes.

Por esse prisma, o Estado nacional como sujeito soberano, acaba por entrar em crise, tanto pelo reposicionamento de seu papel com a emergência de atores não estatais e das organizações internacionais, quanto pela questão dos Direitos Humanos, como ainda pela intensificação das interdependências, que produz uma crise de legitimação desse sistema de soberanias.

Logo, com a relativização do conceito de autonomia territorial e diante do entrelaçamento entre ordens jurídicas, são inadequados modelos interventivos que venham a se valer da ideia clássica de soberania, para blindar os Estados de suas responsabilidades perante a sociedade mundial, em face da necessidade de diálogo para solução de problemas complexos, principalmente em questões de direitos fundamentais e de Direitos Humanos.

Desta feita, o Estado nacional como sujeito originário titular de soberania e com a competência exclusiva no seu território para adotar normas legais obrigatórias e resolver litígios em seus tribunais, acaba por ser repensado, ancorado no conceito de mundo desterritorializado e globalmente ordenado, em que o Estado-Nação e suas ideias basilares acabam por ser revistos, através da intensificação das conexões estatais, o que torna mais complexa a forma como as decisões são tomadas.

Do mesmo modo, a ideia de monopólio estatal na produção de normas e o exercício do poder jurisdicional limitado às fronteiras estatais, acabam por ser repensados a partir dos

diálogos institucionais em nível transnacional, apontando o fim do Estado como único sujeito de Direito Internacional e a construção de novos arranjos institucionais necessários à inserção global e a adequação à dinâmica dos novos atores na comunidade internacional.

Ademais, os processos transnacionais, cada vez mais, geram no plano doméstico a produção normativa e judicial decorrente do direito transnacional, que é exportado e importado pelas fronteiras através de meios formais e informais, envolvendo redes e instituições internacionais e locais, o que acarreta o aumento da interconexão econômica, social e política para além dos limites nacionais.

Dessarte, nestes processos, o transnacional e local se interpenetram e se realimentam em ciclos recursivos, reconstruindo e prosseguindo em permanente reconfiguração da arquitetura global e local em processos múltiplos, simultâneos e iterativos.

Outrossim, estes processos transnacionais também se estendem à jurisdição doméstica, que contemporaneamente trabalha reconceptualizada e relegitimada, a partir de mudanças no paradigma dos fenômenos transnacionais e em constante intercâmbio como os demais sistemas jurídicos, em uma rede jurisdicional interdependente e interpenetrante, que se desenvolve em um espaço não hierárquico e policêntrico, em um fluxo no qual as decisões transnacionais desempenham um claro ponto de apoio para a racionalidade da decisão jurisdicional local.

Ademais, diante do fato de que qualquer ordem jurídica, possui um mínimo de pretensão de autonomia, e, em face do caráter multicêntrico do sistema jurídico da sociedade mundial atual, faz-se imperativo que as relações de observação mútua entre sistemas jurídicos não estejam marcadas por modelos otimizados de decisão, com enfoque nas características de apenas uma dessas sociedades, ao contrário, a conversação entre os tribunais deve carregar uma ideia de cooperação intermitente entre ordenamentos.

É exatamente neste ponto que deve ser compreendida a ideia da legitimidade das cortes, a partir de uma proposta dialógica e de compartilhamento de fundamentos comuns ao efetuar a interpretação judicial.

Ou seja, os tribunais devem atuar dialogicamente, buscando alcançar uma deliberação que atenda aos interesses e valores da coletividade e reduza o déficit de legitimidade institucional, conferindo segurança e estabilidade, resultado de uma cadeia de reconhecimento que reafirma a relação dialética e interdependente que existe entre as instituições, sublinhando a ideia de que a legitimidade das decisões depende do diálogo e consenso entre as partes envolvidas, arquitetado através do comprometimento das instituições.

Portanto, a harmonização sistêmica deve sempre ser buscada, considerando as decisões proferidas pelos tribunais transnacionais, a partir de uma postura dialógica, especialmente na conversação entre cortes, empreendida de forma a considerar os argumentos constantes das decisões dos demais tribunais e levando em conta as suas particularidades locais, com o intuito de aprendizado recíproco.

Dessa forma, o condicionamento mútuo entre os órgãos jurisdicionais, integrando dialeticamente a jurisprudência dos tribunais internos e transnacionais, vem apontando que o diálogo entre cortes, como forma de evitar conflitos entre ordens jurídicas, promove uma cooperação em busca de uma melhor solução para problemas comuns, com o fortalecimento dos mecanismos convencionais, reforçados pela existência de particularidades locais e pela interpretação mais favorável ao ser humano, trazendo inúmeras chances de abertura e comunicação entre as diferentes ordens.

Assim, o caminho mais acertado é o do diálogo construtivo e concertado entre atores judiciais, através de observações recíprocas, aprendizado mútuo e certas concessões, visando às decisões mais acertadas e à proteção dos Direitos Humanos e dos direitos fundamentais.

Na realidade, faz-se necessário, em última instância, que os diferentes ordenamentos jurídicos interajam, troquem experiências e aprendam um com o outro, exatamente buscando a melhor solução para os problemas apresentados e dotando as decisões de maior legitimidade, a partir do pressuposto de que a interação enriquece o debate e clareia a visão sobre a preeminência de determinada interpretação judicial.

Desta feita, o papel das instituições judiciais no tratamento de problemas comuns e o intercâmbio entre os diferentes ordenamentos, em busca da melhor solução para o ser humano, advêm principalmente da troca construtiva de experiências jurisprudenciais, que cada vez mais cria uma vinculação argumentativa entre os tribunais envolvidos, com base em uma relação de horizontalidade, para alcançar melhor solução aos problemas apresentados.

Com efeito, diante do pluralismo jurídico e da exigência de harmonização sistêmica para a melhor proteção do ser humano, deve-se, ao máximo, utilizar mecanismos de implementação de um diálogo construtivo que leve a soluções mais legítimas e acertadas sobre problemas de Direitos Humanos e direitos fundamentais, em uma lógica de coordenação e interação entre os ordenamentos, que contribuirá para, cada vez mais, fortalecer a proteção de direitos, e, com o tempo, criar uma linguagem comum para o tratamento dos problemas apresentados.

Nesse sentido, a necessidade de construção de um processo deliberativo-diálogo entre cortes na atual comunidade internacional, busca alcançar soluções comuns, em que o diálogo

efetivo entre sistemas jurídicos distintos reforça a racionalidade e legitimidade das decisões domésticas, da mesma forma, delimitando as capacidades institucionais e efeitos decisórios previsíveis e não previsíveis na esfera transnacional.

Logo, partindo dessas premissas, pode-se entender que o uso de decisões transnacionais na tomada de decisões locais, permite a incorporação de novos argumentos e pontos de vista aos intérpretes jurisdicionais, a partir de mecanismos de reciprocidade, persuasão e aculturação, em que a referência a cortes transnacionais providencia uma ferramenta adicional e potencialmente útil à medida que o judiciário tenha de lidar com questões complexas semelhantes.

Ou seja, deve-se, assim, trabalhar em uma saudável fertilização cruzada de ideias e abordagens, que, ao termo, ajude as cortes a analisar a questão sob uma perspectiva diferente, em uma interação que, em contrapartida, aumenta o reconhecimento das decisões tomadas no sistema jurídico transnacional.

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

Portanto, este diálogo profícuo entre cortes internacionais, supranacionais, estrangeiras e locais, permite a oxigenação de ideias e paradigmas, ampliando o leque de referenciais e fundamentos utilizados pela jurisprudência local, o que, ao cabo, exerce um papel nodal na unidade, legitimidade e racionalidade das decisões domésticas, por meio desta fertilização cruzada transnacional.

REFERÊNCIAS

ABEBE, Adem Kassie; FOMBAD, Charles Manga. Advisory Jurisdiction of Constitutional Courts in Sub-Sahara Africa. **The George Washington International Law Review**, v. 46, 2013, p. 55-117.

ACKERMAN, Bruce. New separation of powers. **Harvard Law Review**, v. 133, p. 633, 2000.

_____. The Rise of World Constitutionalism. **Virginia Law Review**, v. 83, 1997, p. 771-797.

ADAM, Colin Turpin. **British Government and the Constitution**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

ADAMS, Maurice; VAN DER SCHYFF, Gerhard. A Matter of Politics, Democracy or Compensating Strategy? **Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht**, v. 66, 2006, p. 399-413.

AGO, Roberto. **Scienza giuridica e diritto internazionale**. Milano: A. Giuffrè, 1950.

ALEXY, Robert. Rights and liberties as concepts. In: ROSENFELD, Michel; SAJO, András (Ed.). **The Oxford Handbook of Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 283-298.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio A. da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Waldir. Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos equivalentes às Emendas Constitucionais. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coords.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 334.

ANJOS, João Alfredo dos. **José Bonifácio, primeiro chanceler do Brasil**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

AUBERT, Jean-François. Les droits fondamentaux dans la jurisprudence *récente* du Tribunal Fédéral suisse. Essai de synthèse. In: **Menschenrechte, Föderalismus, Demokratie: Festschrift zum 70. Geburtstag von Werner Kägi**, Zurich 1979, p. 1-31.

_____. **Petite histoire constitutionnelle de la Suisse**. 4. ed. Berne: Francke, 1983.

ARAÚJO, Nádia de. A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do Estado brasileiro no plano interno e internacional. In: BRASIL. **Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria civil**. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça. Brasília, 2008, p. 39-48.

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

ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. Direito e sociedade no Oriente Antigo: Mesopotâmia e Egito. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 11-36.

ÁRNASON, Ágúst Thór. A Review of the Icelandic Constitution. Popular sovereignty or political confusion. **Tijdschrift voor Constitutioneel Recht**, 2011, p. 346.

ARONEY, Nicholas. Comparative law in Australian constitutional jurisprudence. **University of Queensland law journal**, v. 26, 2007, p. 317-340.

AUBERT, Jean-François. Les droits fondamentaux dans la jurisprudence *récente* du Tribunal Fédéral suisse. Essai de synthèse. In: Kägi, Werner. **Menschenrechte, Föderalismus, Demokratie: Festschrift zum 70.** Zurich: Geburtstag von Werner Kägi, 1979.

_____. **Petite histoire constitutionnelle de la Suisse.** 4. ed. Berne: Francke, 1983.

BADINTER, Robert. **L'exception d'inconstitutionnalité.** Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois. Paris: Dalloz, 2008, p. 39-49.

_____. Une longue marche. Du Conseil à la Cour constitutionnelle. **Cahiers du Conseil constitutionnel**, n. 25, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, 2005, p. 86.

BARNETT, Hilaire. **Constitutional and administrative law.** Abingdon: Taylor & Francis group publisher, 2013.

BARRETTO, Vicente. Os fundamentos éticos dos direitos humanos. **Ethica: Cadernos Acadêmicos**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, 1997, p. 22-52.

BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. In: _____. **Temas de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009, t. 4, p. 144.

BARROSO, Luís Roberto. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. In: GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo (Org.). **Bioética e direitos fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 21-62.

_____. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (Coord.). **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: _____. (Org.). **A nova interpretação**

constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 27-28.

_____. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2013.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 97-148.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da Advocacia-Geral da União**, v. 15, 2016, p. 09-52.

BARRY, Brian. Humanity and justice in global perspective. In: POGGE, Thomas; MOELLENDORF, Darrel. **Global justice**: seminal essays. Saint Paul: Paragon House, 2008.

BARRY JONES, R. J. International interdependence and globalization: the political-economic interface. In: _____. **Globalization and interdependence in the international Political Economy**: Rhetoric and reality. London: New York: Pinter Publishers, 1995.

BARZILAI, Gad. Courts as hegemonic institutions. The Israeli Supreme Court in a comparative perspective. **Israel Affairs**, v. 5, n. 2-3, 1998, p. 15-33.

BATEUP, Christine. Expanding the conversation: American and Canadian experience of the constitutional dialogues in comparative perspective. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Papers Series**, n. 06-37, 2006.

BATEUP, Christine. **Reassessing the dialogic possibilities of weak-form bills of rights**. 2008. Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=christine_bateup>. Acesso em: 25 jan. 2015.

_____. The dialogic promise: assessing: the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, n. 3, 2005.

BAUDENBACHER, Carl. Judicial globalization: new development or old wine in new bottles. **Texas International Law Journal**, v. 38, 2003, p. 505-526.

BAXI, U. **The Indian Supreme Court and Politics**. Lucknow: Eastern Book Company, 1980.

BEARDSLEY, James. Constitutional Review in France. **The Supreme Court Review**, 1975.

BELOV, Sergey. Russia: Foreign Transplants in the Russian Constitution and Invisible Foreign Precedents in Decisions of the Russian Constitutional Court. In: GROPPPI, Tania;

PONTHOREAU, Marie-Claire. **The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges**. Oxford: Hart Publishing, 2014.

BENHABIB, Sheila. **The claims of culture: equality and diversity in the global era**. Princeton University Press, 2002.

BERMAN, Paul Schiff. From International Law to Law and Globalization. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 43, n. 2, 2005, p. 485-556.

BERTHIER, Jean-Pierre; LHERITIER, Jean-Louis; PETIT, Gérald. **Comparaison des prix entre les DOM et la métropole en 2010**. Disponível em: <<http://www.insee.fr/fr/ffc/ipweb/ip1304/ip1304.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2016.

BICKEL, Alexander. Foreword: the passive virtues. **Harvard Law Review**, v. 75, 1961.

_____. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

_____. The role of the Supreme Court of the United States. **Texas Law Review**, v. 44, n. 8, 1966, p. 954.

BILFINGER, Carl. Les bases fondamentales de la communauté des états. **Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye**, t. 63, 1938-I, p. 129-241.

BJORGE, Eirik. National supreme courts and the development of ECHR rights. **International Journal of Constitutional Law**, v. 9, 2011, p. 5-31.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Teoria das formas de governo**. 9. ed. Brasília: UnB, 1997.

BOBEK, Michal. **Comparative reasoning in European Supreme Courts**. Oxford University Press, 2013.

BODIN, Jean. **Les six Livres de la République (1576)**. Paris: Le Livre de Poche, 1993.

BOGDANOR, Vernon. **The New British Constitution**. Oxford: Hart Publishing, 2009, p. 53-234.

BOLONHA, Carlos; EISENBERG, José; RANGEL, Henrique. Problemas institucionais do constitucionalismo contemporâneo. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 17, 2011, p. 288-309.

BOLONHA, Carlos; RANGEL, Henrique. Separação de Poderes da Europa aos EUA: mutações e o *judicial review*. **Anais do XX Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, p. 11132-11155.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo, Malheiros, 1999.

BORGES DE MACEDO, Paulo Emílio. Monismo e dualismo além dos tratados: a internalização das resoluções do Conselho de Segurança. In: VII Congresso Brasileiro de Direito Internacional, 2009, São Paulo. **Estudos de Direito Internacional**. Curitiba: Juruá, 2009, v. 17, p. 400-410.

_____. O mito de Francisco de Vitória: defensor dos índios ou patriota espanhol? **Revista de Direito Internacional**, v. 9, 2012.

_____. Observância de Tratados: art. 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969). In: SALIBA, Aziz (Org.). **Estudos de direito internacional: comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969)**. Belo Horizonte: Arraes, 2011, p. 181-197.

BOULANGER, C. Beyond Significant Relationships, Tolerance Intervals and Triadic Dispute Resolution: Constructing a Comparative Theory of Judicial Review in ost-communist societies. In: LAW AND SOCIETY ASSOCIATION MEETING, June, 2003, Pittsburg. **Paper**, 2003, p. 5-8.

BOURCHIER, D. Magic Memos, Collusion and Judges with Attitude: Notes on the Politics of Law in Contemporary Indonesia. In: JAYASURIYA, K. (Ed.). **Law, Capitalism, and Power in Asia: The Rule of Law and Legal Institutions**. New York: Routledge, 1999, p. 233-252

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. A imunidade de jurisdição dos Estados face ao processo de humanização do direito internacional. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). **Direito internacional privado: questões controvertidas**. Belo Horizonte: Arraes, 2015, p. 60-61.

BREWER-CARIAS, A. R. La jurisdicción constitucional en América Latina. In: GARCÍA BELAUNDE, D.; FERNÁNDEZ SEGADO, F. (Coord.). **La jurisdicción constitucional en Iberoamérica**. Madrid: Dykinson, 1997, p. 117-161.

BRUZELIUS, Karin M. Bruzelius. **The Nordic Constitutions and judicial review**. Disponível em: <http://www.constcourt.md/public/files/file/conferinta_20ani/programul_conferinte/Karin_Bruzelius_2.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2016.

BUERGENTHAL, Thomas. Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties in National and International Law. **Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye**, t. 235, 1992, p. 303-400.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El sistema Interamericano de protección de los derechos humanos: entre clasicismo y creatividad, In: VON BOGDANDY, A.; LANDA ARROYO, C.; MORALES ANTONIAZZI, M. (Dir.), **¿Integración Suramericana através del Derecho?** Un análisis Interdisciplinario y Multifocal. Madrid: CEPC, 2009, p. 241-260.

BUSSEY, Erica. Constitutional dialogue in Uganda. **Journal of African law**, v. 49, n. 01, 2005, p. 1-23.

BUYS, Cindy G. Burying our constitution in the sand? Evaluating the ostrich responses to the use of international and foreign law in u.s. constitutional interpretation. **Brigham Young University Journal of Public Law**, n. 21, 2007.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigioestrutural#_ftn7>. Acesso em: 6 fev. 2016.

CANON, Bradley C. Defining the dimensions of judicial activism. **Judicature**, v. 666, n. 6, 1983, p. 236-247.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Judicial Review in the Contemporary World**. New York: Bobbs-Merrill, 1971.

_____. **The judicial process in comparative perspective**. Oxford: Clarendon Press, 1989.

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

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 1.

CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hidelbrando. **Manual de direito internacional público**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CASSESE, Antonio. **International criminal law**. New York: Oxford University Press, 2003.

_____. Modern Constitutions and international law. **Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye**, t. 192, 1985, p. 331-476.

_____. The constitutional function of supranational courts: from global legal space to global legal order. In: _____. **International administrative tribunals in a changing world**. New York: United Nations University Press, 2008.

CASTAÑÓN, Cesar G.F. Les problemes coloniaux et les classiques espagnols du droit des gens. **Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye**, t. 86, 1954-II, p. 557-700.

CHAN, Johannes. Hong Kong's constitutional journey: 1997—2011. **Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century**. Ed.: CHEN, Albert H. Y. Cambridge University Press, 2014, p. 169-193.

CHANG, Wen-Chen; YEH, Jiunn-Rong. Internationalization of Constitutional Law. In: ROSENFELD, Michel; SAJO, András (Ed.). **The Oxford Handbook of Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 1165-1185.

_____. The emergence of transnational constitutionalism: Its features, challenges and solutions. **Penn State International Law Review**, v. 27, n. 1, p. 89-124, 2008. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1636163##>. Acesso em: 15 fev. 2016.

_____; YEH, Jiunn-Rong. Judges as Discursive Agent: The Use of Foreign Precedents by the Constitutional Court of Taiwan. In: GROPPPI, Tania; PONTTHOREAU, Marie-Claire. **The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges**. Oxford: Hart Publishing, 2014.

CHARNEY, Jonathan. Progress in International Criminal Law? **American Journal of International Law**, v. 93, 1999, p. 452-455.

CHEIBUB, José Antonio; LIMONGI, Fernando. Legislative-Executive relations. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (Ed.). **Comparative constitutional law**. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2011, p. 211-234.

CHEN, Albert H. Y. The achievement of constitutionalism in Asia: moving beyond “constitutions without constitutionalism”. In: _____ (Ed.). **Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 1-31.

CHILDRESS III, Donald E. Using Comparative constitutional law to resolve domestic federal questions. **Duke Law Journal**, n. 53, 2003.

CHOUDHRY, Sujit. The Commonwealth constitutional model or models. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n. 4, 2013.

CHOUDHRY, Sujit; HUME, Nathan. Federalism, devolution and secession: from classical do post-conflict federalism. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (Ed.). **Comparative Constitutional Law**. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2011, p. 356-387.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CONSTANT, Benjamin. The Liberty of the Ancients Compared with that of the Moderns. In: **Political Writings**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 314-321.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução Fernando de Aguiar. 8. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1954.

CRAIG, Paul. Constitutionalizing Constitutional Law: HS2, [2014] Public Law 373. **Oxford Legal Studies Research Paper**, n. 45, 2014.

_____. EU Accession to the ECHR: Competence, Procedure and Substance. **Fordham International Law Journal**, v. 36, 2013, p. 1115-1150.

CRAIG, Paul; BÚRCA, Gráinne de. **Eu law**: text, cases and materials. Oxford: Oxford University Press, 2011.

CURTIS, Lionel G. **The commonwealth of nations**. London: Forgotten Books, 2012.

DAVIS, Dennis M. Transformation and the Democratic Case for Judicial Review: The South African Experience. **Loyola University Chicago International Law Review**, v. 5, 2007, p. 45-57.

DE LA GARZA SANTOS, Iván. **The Principle of the Supremacy of the Constitution in the Construction of Political Pluralism in México**: The Controversia Constitucional and the Acción de Inconstitucionalidad. Disponível em: <[http://preview.ialsnet.org/meetings/constit/papers/DelaGarzaIvan\(Mexico\).pdf](http://preview.ialsnet.org/meetings/constit/papers/DelaGarzaIvan(Mexico).pdf)>. Acesso em: 12 maio 2016.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Le pluralisme ordonné**: les forces imaginantes du droit (II). Paris: Seuil, 2006. Couleur des idées.

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

_____. **Por um direito comum**. São Paulo. Martins Fontes, 2004.

DEVA, Surya. The Indian constitution in the twenty-first century: the continuing quest for empowerment, good governance and sustainability. In: CHEN, Albert H. Y. (Ed.). **Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 343-366.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, v. 2.

DIXON, Rosalind. **Designing constitutional dialogue: bills of rights & the new commonwealth constitutionalism.** 2008. 381 f. Dissertation (Doctor of Juridical Science) — Harvard University, Cambridge, 2008.

_____. The Supreme Court of Canada: charter dialogue and deference. **Chicago Public Law and Legal Theory Working Papers Series**, n. 284, 2009.

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

_____. Weak-form judicial review and the American exceptionalism. **Chicago Law School Public Law and Legal Theory Working Papers Series**, n. 348, 2011.

DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. Introduction. **Comparative constitutional law.** Ed. GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2011, p. 1-19.

_____; POSNER, Eric. The limits of constitutional convergence. **Chicago Journal of International Law**, v. 11, 2011, p. 399-423.

DOLINGER, Jacob. **A evolução da ordem pública no direito internacional privado.** Rio de Janeiro: Renovar, 1979, 282 p.

_____. **Direito internacional privado.** Parte geral. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, v. 1, 560p.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito internacional privado.** Parte geral e processo internacional. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 1.

DORSEN, Norman. A Conversation between U.S. Supreme Court Justices — The Relevance of Foreign Legal Material in U.S. Constitutional Cases: A Conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer. **International Journal of Constitutional Law**, v. 3, 2005, p. 519-541.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor.** São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. Constitutionalism and democracy. **European Journal of Philosophy**, 1995, p. 2-11.

_____. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

_____. **O domínio da vida.** Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

_____. **The court's embarrassingly bad decisions**. New York Review of Books, 2011.

EHRlich, Ludwik. The development of international law as a science. **Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye**, t. 105, 1962-I, p. 173-265.

EJIMA, Akiko. A Gap between the Apparent and Hidden Attitudes of the Supreme Court of Japan towards Foreign Precedents. In: GROppi, Tania; PONTThOREAU, Marie-Claire. **The use of foreign precedents by constitutional judges**. Oxford: Hart Publishing, 2014.

ELLIOTT, Mark. Interpretative Bills of Rights and the Mystery of the Unwritten Constitution. **New Zealand Law Review**, n. 4, 2011, p. 591-623.

_____; THOMAS, Robert. **Public law**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

ELSTER, Jon. Clearing and Strengthening the Channels of Constitution Making. In: GINSBURG, Tom. (Ed.) **Comparative constitutional design**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 15-31.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**. Fourteenth printing. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo II**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

EPSTEIN, Lee; J. Knight. **The Choices Justices Make**. Washington, DC: CQ Press, 1998.

_____; M. LANDES, William; POSNER, Richard A. **The Behavior of Federal Judges: a Theoretical and Empirical Study of Rational Choice**. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

ERICSON, David F. The Nullification Crisis, American Republicanism, and the Force Bill Debate. **The Journal of Southern History**, v. 61, n. 2, 1995, p. 249-270.

ESPINOZA, Danielle Sales Echaiz. **Entre substancialismo e procedimentalismo: elementos para uma teoria constitucional brasileira adequada**. Maceió: EDUFAL, 2009.

ESKRIDGE, William N. United States: Lawrence v. Texas and the Imperative of Comparative Constitutionalism. **International Journal of Constitutional Law**, v. 2, n. 3, 2004, p. 555-60.

EVANS, Malcolm D. **International law**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

EWING, Keith. The futility of the human rights act. **Public Law**, 2004, p. 829-852.

FABBRINI, Federico. Kelsen in Paris: France's Constitutional Reform and the Introduction of a Posteriori Constitutional Review of Legislation. **German Law Journal**, 2008, p. 1297-1312. Disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1020>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, César Roberto (Org.). **El derecho en América Latina. Un mapa para el pesamiento jurídico del siglo XXI**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 139-184.

FASONE, Cristina. The Supreme Court of Ireland and the Use of Foreign Precedents: The Value of Constitutional History. In: GROPPI, Tania; PONTTHOREAU, Marie-Claire. **The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges**. Oxford: Hart Publishing, 2014.

FASSBENDER, Bardo. The United Nations Charter as Constitution of the International Community. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 36, n. 3, 1998, p. 529-619.

FAVOREU, Louis. American and European Models of Constitutional Justice. In: CLARK D. (Ed.). **Comparative and Private International Law: Essays in Honor of John Merryman**. Berlin, Germany: Duncker & Humblot, 1990.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional adjudication, Italian style. In: GINSBURG, T. (Ed.). **Comparative constitutional design**. New York: Cambridge University Press, 2012.

_____. Constitutional adjudication: lessons from Europe, **University of Texas Law Review**, v. 82, 2004, p. 1671-1704.

_____. Constitutional Courts as deliberative institutions: towards an institutional theory of constitutional interpretation. In: SADURSK, Wojciech. **Democratic legitimacy and constitutional Courts in post-communist Europe in a comparative perspective**. Netherlands: Kluwer Law International, 2002.

FERNANDEZ, Eusebio. **Teoría de la justicia y derechos humanos**. Madrid: Editorial Debate, 1991.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRERES, Victor. The European model of constitutional review of legislation. Toward decentralization. **International Journal of Constitutional Law**, v. 07, 2004, p. 461-491.

_____. The consequences of centralizing constitutional review in a special court. Some thoughts on judicial activism. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, 2004, p. 1-30. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/39>. Acesso em: 13 jan. 2016.

FIGUEROA, Dante. Constitutional Review in Chile Revisited. A Revolution in the Making. **Duquesne Law Review**, v. 51, n. 2, 2013, p. 387-419.

FINE, Toni M. **An introduction to the Anglo-American legal system**. Madrid: Thomson-Aranzadi, 2007.

FINNEMORE, Martha. **National interests in international Society**. Ithaca: Cornell University Press, 1996.

FIORAVANTI, Maurizio. Constitución: **De la antigüedad a nuestros días**. Tradução Manuel Martinez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

FISS, Owen. The autonomy of law. **Yale Journal of International Law**, v. 26, 2001, p. 517 e ss..

FOLEY, Kathleen E. Australian Judicial Review. **Washington University Global Studies Law Review**, v. 6, n. 2, 2007, p. 281-338.

FONTANA, David. Docket control and the success of constitutional courts. In: GINSBURG, Tom; DIXON Rosalind (Ed.). **Comparative Constitutional Law**. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2011, p. 624-643.

GAMPER, Anna. Austria: Non-cosmopolitan, but Europe-friendly-The Constitutional Court's Comparative Approach. In: GROPPI, Tania; PONTTHOREAU, Marie-Claire. **The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges**. Oxford: Hart Publishing, 2014.

GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito**. Tradução Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

GARDBAUM, Stephen. Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism. **International Journal of Constitutional Law**, v. 8, n. 2, 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1580169>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

GARDBAUM, Stephen. **The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Cambridge Studies in Constitutional Law**. New York: Cambridge University Press, 2013.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno** (sobre el carácter contramayoritario del poder judicial). Barcelona: Ariel, 1996, p. 33 e ss.

_____. La revisión judicial y la difícil relación democracia-derechos. In: ACKERMAN et al. **Fundamentos y alcance del controle judicial de constitucionalidad**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

GBAGUIDI, Ahonagnon Noel; KODJOH-KPAKPASSOU, William. **Introduction au Système Juridique et Judiciaire du Bénin**. Disponível em:

<http://www.nyulawglobal.org/globalex/BENIN.html#_4.1.2_La_Haute/>. Acesso em: 12 maio 2016.

GENTILI, Gianluca. Canada: Protecting Rights in a ‘Worldwide Rights Culture’. An Empirical Study of the Use of Foreign Precedents by the Supreme Court of Canada (1982—2010). In: GROPPI, Tania; PONTTHOREAU, Marie-Claire. **The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges**. Oxford: Hart Publishing, 2014.

GHAI, Yash. The old order is dying, the new order is not yet born: politics of constitution demolishing and constitution building in Nepal. In: CHEN, Albert H. Y. (Ed.). **Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 367-390.

GINSBURG, Ruth Bader. Brown v. Board of Education in International Context. **Columbia Human Rights Law Review**, v. 36, n. 3, 2005, p. 493-511.

GINSBURG, Tom. Confucian constitutionalism? Globalization and judicial review in Korea and Taiwan. **Law and Social Inquiry**, v. 27, n. 4, 2002, p. 763-800.

_____. East Asian constitutionalism in comparative perspective. In: CHEN, Albert H. Y. (Ed.). **Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 32-51.

_____. **Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases**. New York: Cambridge University Press, 2003.

_____. **The Global Spread of Constitutional Review**. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMAN, Daniel (Coord.). Oxford: Oxford Handbook of Law and Politics, 2008.

GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind. **Comparative constitutional law**. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Limited, 2014.

_____; ELKINS, Zachary; BLOUNT, Justin. Does the Process of Constitution-Making Matter? **Annual Review of Law and Social Science**, Chicago, v. 5, 2009, p. 201-224.

GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why do Countries adopt Constitutional Review? **Journal of Law, Economics & Organization**, n. 30, 2014.

GINTER, Carri. Constitutional review and EC law in Estonia. **European Law Review**, v. 31, n. 6, 2006, p. 912-921.

GOLDSWORTHY, Jeffrey. Constitutional interpretation. **The Oxford Handbook of Constitutional Law**. Ed.: ROSENFELD, Michel; SAJO, András. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 689-718.

_____. Questioning the migration of constitutional ideas: rights, constitutionalism and the limits of convergence. In: CHOUDHRY, Sujit. **The migration of constitutional ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 115-141.

GOODIN, Robert. **The theory of institutional design**: Press Syndicate of the University of Cambridge. New York: Cambridge University Press, 1996.

GOUVEIA, João Carlos Bertola Franco de. A judicialização da política e o caso Pinochet: O reconhecimento da nova exceção à imunidade de jurisdição do estado no caso de violação dos direitos humanos. In: MOTTA, Luiz Eduardo; MOTA, Maurício. (Org.). **O Estado Democrático de Direito em questão**: teorias críticas da judicialização da política. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, v. 1, p. 210-243.

GRIFFIN, Stephen. **American constitutionalism**: from the theory to the politics. Princeton University Press, 1999.

GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. **Revista de Direito do Estado**, v. 1, n. 4, 2006.

_____. Types of Constitutions. In: ROSENFELD, Michel; SAJO, András (Ed.). **The Oxford Handbook of Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 54-75.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

GROPPI, Tania; PONTTHOREAU, Marie-Claire. Conclusion. The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges: A Limited Practice, An Uncertain Future. In: GROPPPI, Tania; PONTTHOREAU, Marie-Claire. **The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges**. Oxford: Hart Publishing, 2014.

_____; _____. Introduction. The Methodology of the Research: How to Assess the Reality of Transjudicial Communication? In: GROPPPI, Tania; PONTTHOREAU, Marie-Claire. **The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges**. Oxford: Hart Publishing, 2014.

GUGGENHEIM, Paul. Contribution à l'histoire des sources du droit des gens. **Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye**, t. 94, 1958-II, p. 1-84.

_____. Les principes de droit international public. **Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye**, t. 80, 1952-I, p. 1-189.

GUILLAUME, Marc. La question prioritaire de constitutionnalité. **Cahiers du Conseil constitutionnel**, n. 29, 2010.

GUILLEN LOPEZ, Enrique. Judicial Review in Spain. The Constitutional Court. **Loyola of Los Angeles Law Review**, v. 41, n. 2, 2008.

H. RUSSELL, Peter. The Diffusion of judicial Review. The Commonwealth, the United States, and the Canadian Case. **Policy Studies Journal**, v. 19, n. 1, 1990, p.116-126.

HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: contributions to a discourse Theory of Law and Democracy**. Translated by W. Rehg. Cambridge: MIT Press, 1996.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 1.

_____. La constelación postnacional y el futuro de la democracia. In:_____. **La constelación postnacional. Ensayos políticos**. Barcelona: Paidós, 2000.

_____. O Estado nacional tem um futuro? In: _____. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007, p. 127-151.

_____. **Teoria de la accion comunicativa**. Madrid: Taurus Ediciones, 1987.

HADFIELD, Brigid. Judicial review in Northern Ireland: A primer. **Northern Ireland Legal Quarterly**, v. 42, n. 4, 1991, p. 332-357.

HALMAI, Gábor. The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. (Eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

HANRETTY, Chris. The Bulgarian Constitutional Court as an additional legislative chamber. **East European politics and societies**, v. 28, n. 3, 2014, p. 540-558.

HART. H.L.A. **O conceito de direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

HAYDEN, Patrick. **The philosophy of human rights**. St. Paul: Paragon House, 2001.

HERRON, Erik S.; RANDAZZO, Kirk A. The Relationship Between Independence and Judicial Review in Post-Communist Courts. **Journal of Politics**, v. 65, 2003.

HIRSCHL, Ran. **Comparative matters: the renaissance of comparative constitutional law**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

_____. From comparative constitutional law to comparative constitutional studies. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 11, Editorial, 2013, p. 1-12.

HIRSCHL, Ran. The Political Origins of the New Constitutionalism. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 11, n. 1, article 4, 2004. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1276&context=ijgls>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

_____. The new Constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham: Law Review*, v. 75, n. 2, 2006.

HOFNUNG, M. The Unintended Consequences of Unplanned Constitutional Reform: Constitutional Politics in Israel. *American Journal of Comparative Law*, v. 44, 1996, p. 585-604.

HOGG, Peter; BUSHELL, Allison. The “Charter” dialogue between Courts and Legislatures. *Osgood Hall Law Journal*, v. 35, n. 1, 1997.

HOSEN, Nadirsyah. Promoting democracy and finding the right direction: a review of major constitutional developments in Indonesia. In: CHEN, Albert H. Y. (Ed.). *Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 322-342.

HUSCROFT, Grant. Constitutionalism from the Top Down. *Osgood Hall Law Journal*, v. 91, 2007.

JACKSON, Vicki C. Comparative Constitutional Law: Methodologies. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. (Eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

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

_____. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

_____. Constitutional interpretation in comparative perspective: Comparing judges or courts? In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (Eds.). *Comparative Constitutional Law*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Limited, 2014.

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

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

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

JOMINI, André. **Présentation du Tribunal fédéral suisse comme autorité de juridiction constitutionnelle**. Disponível em: <http://www.bger.ch/cahiers_conseil_constitutionnel_def_2005.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2016.

JUMA, Laurence. Ethnic Politics and the Constitutional Review Process in Kenya. **Tulsa Journal of Comparative and International Law**, v. 9, 2001, p. 471-532.

KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Tradução Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM, 1989.

_____. **Doutrina do direito**. 2. ed. Tradução Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

_____. **Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita**. São Paulo: Brasiliense, 1986.

KELSEN, Hans. **A jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

_____. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. **Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye**, t. 14, 1926, p. 231-337.

_____. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. Théorie du Droit International Public. **Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye**, t. 84, 1953-III, p. 1-203.

_____; CAMPAGNOLO, Umberto. **Direito internacional e Estado soberano**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KEOHANE, Robert O.; NYE, Joseph S. **Power and interdependence**. Boston: Scott, Foresman and Company, 1989.

_____. **Transnational relations and world politics: an introduction**. Transnational Relations and World Politics, Harvard University Press, 1981.

KERSCH, Ken I. The New Legal Transnationalism, the Globalized Judiciary and the Rule of Law. **Washington University Global Studies Law Review**, n. 4, 2005, p. 345.

KERSTING, Wolfgang. **Universalismo e direitos humanos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

KHARRAZI, Fardin. **Introducing the Judicial Power of the Islamic Republic of Iran**. Disponível em: <http://www.iranreview.org/content/Iran_Spectrum/Introducing-the-Judicial-Power-of-the-Islamic-Republic-of-Iran.htm>. Acesso em: 12 maio 2016.

KIM, Jongcheol. Upgrading constitutionalism: the ups and downs of constitutional developments in South Korea since 2000. In: CHEN, Albert H. Y. (Ed.). **Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 76-100.

KIRGIS, Frederic. International in American Courts: The United States Supreme Court declines to enforce the ICJ's Avena Judgement relating to a US obligation under the Convention on Consular Relation. **German Law Journal**, v. 9, n. 5, 2008, p. 619-638.

KLARMAN, Michael. J. Court, Congress and civil rights. University of Virginia School of Law. **Public Law and Legal Theory Research Paper Series**, n. 02-12. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=353363>. Acesso em: 6 fev. 2016.

KOH, Harold Hongiu. Transnational legal process. **Faculty Scholarship Series Paper**, n. 2096, 1996. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers12096>. Acesso em: 18 jan. 2016.

_____. Transnational Public Law Litigation. **Faculty Scholarship Series. Paper**, n. 2076, 1991. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers12076>. Acesso em: 18 jan. 2016.

KOMÁREK, Jan. The Place of Constitutional Courts in the EU. **European Constitutional Law Review**, v. 9, 2013, p. 420-450.

KOSKENNIEMI, Martti. Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law. **Report of the Study Group of the International Law Commission**. UN Doc. A/CN.4/L.682. 13 abr. 2006.

KOVACS, Andras; VARJU, Marton. Hungary: The Europeanization of judicial review. **European Public Law**, v. 20, n. 2, 2014, p. 195-226.

KOVÁCS, Kriszta; TÓTH, Gábor Attila. Hungary's Constitutional Transformation. **European Constitutional Law Review**, v. 7, n. 2, 2011, p. 183-203.

KRAMER, Larry D. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**. Oxford University Press: Oxford, 2004.

KRAMER, Larry D. The Supreme Court, 2000 Term Foreword: We the Court. **Harvard Law Review**, 115, 2001.

KRASNER, Stephen D. Compromising Westphalia. In: HELD, David; MCGREW, Anthony (Eds.). **The global transformations reader**. Oxford: London, Polity Press, 2000.

KUNZ, Josef. La crise et les transformations du droit des gens. **Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye**, t. 88, 1955-II, p. 1-104.

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

LADEUR, Karl-Heinz. Globalization and Conversion of Democracy to Polycentric Networks — Can Democracy Survive the End of Nation State?. In: LADEUR, Karl-Heinz (org.). **Public Governance in the Age of Globalization**. Aldershot: Ashgate, 2004, p. 89-118.

LAW, David S. The Anatomy of a Conservative Court: Judicial Review in Japan. **Texas Law Review**, v. 87, p. 1545, 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1406169>. Acesso em: 1º jun. 2016.

LEAL, Gabriel Prado. Jurisprudência de crise em Portugal: elementos para uma abordagem pragmática. In: OLIVEIRA, Paulo; LEAL, Gabriel Prado (Org.). **Diálogos jurídicos luso-brasileiros: perspectivas atuais do direito público: o direito em tempos de crise**. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 267-290.

LECLAIR, Jean. Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien. **Revue du Barreau**, Numéro Spécial, 2003. Disponível em: <<https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/handle/1866/2549>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

LEE, H. P. Constitutional developments in Malaysia in the first decade of the twenty-first century: a nation at the crossroads. In: CHEN, Albert H. Y. (Ed.). **Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 244-269.

LEIBOWITZ, Arnold H. **Defining Status: a comprehensive analysis Of U.S. Territorial Policy**. Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 1989.

LEVINSON, Daryl; PILDES, Richard. Separation of parties, not Powers. **Harvard Law Review**, v. 119, n. 1, 2006.

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

LI-ANN, Thio. ‘We are feeling our way forward, step by step’: the continuing Singapore experiment in the construction of communitarian constitutionalism in the twenty-first century's first decade. In: CHEN, Albert H. Y. (Ed.). **Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 270-294.

LITRENTO, Oliveiros. **Manual de direito internacional público**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

LOWENFELD, Andreas Frank. Claims against Foreign States: A Proposal for Reform of United States Law. **New York University Law Review**, v. 44, 1969.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**: Petrópolis: Vozes, 2009.

_____. Punto de partida em la teoria del derecho. In: _____. **El derecho de la sociedad**. Ciudad de México: Herder, 2006, p. 61-92.

MACCORMICK, Neil. **Interpreting precedents: a comparative study**. Cambridge: University of Cambridge, 1997.

MACDOWELL, Douglas M. The Oikos in Athenian Law. **The Classical Quarterly, New Series**, Cambridge: Cambridge University Press, v. 39, n. 1, 1989, p. 10-21.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; SÁNCHEZ GIL, Rubén. Mexico: Struggling for an Open View in Constitutional Adjudication. In: GROPPPI, Tania; PONTTHOREAU, Marie-Claire. **The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges**. Oxford: Hart Publishing, 2014.

MANN, Michael. Has globalization ended the rise of nation-state? In: HELD, David; MCGREW, Anthony (Ed.). **The global transformations reader**. Oxford: London, Polity Press, 2000.

MALLAT, Chibli. Islam and the Constitutional Order. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. (Eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MAPESBURY, Lord Collins of; CROSS, Tom. **The law of international custom in the case law of the House of Lords and the United Kingdom Supreme Court**. Disponível em: <http://www.11kbw.com/uploads/files/LordCollins_TomCrossInternationalLawArticle.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____. **Teoria geral do processo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Claudia Lima. Ensaio para uma introdução ao direito internacional privado. **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Celso D. de Albuquerque Mello**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, v. 1, p. 319-350.

MARTIN, Lisa L. Interests, power and multilateralism. In: MARTIN Lisa; SIMMONS, Beth A. (Ed.). **International institutions: an international organization reader**. Cambridge: London, The MIT Press, 2001.

MARTINI, Stefan. Lifting the Constitutional Curtain? The Use of Foreign Precedent by the German Federal Constitutional Court. In: GROPPPI, Tania; PONTTHOREAU, Marie-Claire. **The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges**. Oxford: Hart Publishing, 2014.

MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

MARTINS DE ARAUJO, Luis Claudio. A jurisdição constitucional no sistema da *commonwealth*: a conformação de uma nova alternativa institucional à supremacia judicial. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, v. 4, 2015, p. 853-877.

_____. A jurisdição globalizada e a consistência argumentativa entre Cortes constitucionais no diálogo transnacional. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, v. 3, 2015, p. 961-998.

_____. O diálogo institucional entre Cortes constitucionais: uma nova racionalidade argumentativa da jurisdição constitucional justificada pelos diálogos institucionais transnacionais. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 2, 2014, p. 967-1006.

_____. O diálogo institucional entre Cortes locais e Cortes transnacionais. **Revista da Advocacia-Geral da União**, v. 134, 2013, p. 1.

_____. Supremacia ou diálogos judiciais? O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 1, 2014, p. 1-46.

_____. The Transnational Institutional Dialogue in Belo Monte Dam Case. **Veredas do Direito**, v. 9, 2012, p. 117.

_____; VIEGAS, T. M. Discriminação positiva e as ações afirmativas: equalização e reparação histórica das minorias estigmatizadas pelas medidas positivas de inclusão no serviço público. **Revista Quaestio Iuris**, v. 9, 2016, p. 181-204.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 3-56.

MEDINA, Medófilo. El lugar histórico del proceso bolivariano en la historia contemporânea de Venezuela. **Agora-Revista de Ciências Sociais**, n. 13, 2007, p. 47.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. Algumas observações sobre o direito internacional no ordenamento jurídico brasileiro. In: PEREIRA, Antonio Celso Alves; MELLO, Celso Renato Duvivier de A. (Org.). **Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 147-258.

_____. **Curso de direito internacional público**. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Direito internacional econômico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

_____. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 1-33.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013, v. 1, 272 p.

MEUWESE, Anne. Popular Constitution-Making: The Case of Iceland. In: GALLIGAN, Denis J.; VERSTEEG, Mila. **Social and Political Foundations of Constitutions**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MOLENAAR, Erik J.; ELFERINK, Alex G. Oude. **The international legal regime of areas beyond national Jurisdiction**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

MORAES, Guilherme Peña de. **Constitucionalismo multinacional: uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2015, v. 1.

_____. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Argumentação jurídica e discurso constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, v. 11, 2009, p. 137-167.

_____. Conselhos constitucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 71, 2011.

_____. La reforma de las constituciones de Bolivia, Ecuador y Venezuela según el nuevo modelo de constitucionalismo bolivariano. In: TAYAH, José Marco; ARAGÃO, Paulo (Org.). **Reflexiones sobre Derecho Latino Americano**. Buenos Aires: Editorial Quorum, 2012, v. 7, p. 17-33.

_____. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. **Revista Forense**, v. 1, 2008, p. 89-105.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Novos usos da argumentação jurídica. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org.). **Argumentação e estado constitucional**. São Paulo: Ícone, 2012, v. 1, p. 117-163.

_____. Por um constitucionalismo global. In: _____. **Argumentação e estado constitucional**. São Paulo: Ícone, 2012, v. 1, p. 681-711.

_____; GOMES, Fabio. Direito tributário cosmopolita. In: GOMES, Fabio Luiz (Org.). **Direito internacional: perspectivas contemporâneas**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOREIRA MARTINS, Argemiro Cardoso. O direito romano e seu ressurgimento no final da Idade Média. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 137-168.

MUELLER, H.; RISSE-KAPEN, T. From the outside in and from the inside out: international relations, domestic politics and foreign policy. In: SKIDMORE, D.; HUDSON, V. (Ed.). **The limits of state autonomy: societal groups and foreign policy formulation**. Boulder, CO.: Westview Press, 1993.

NANPING, Liu. Judicial Review in China: A Comparative Perspective. *Review of Socialist Law*, **Martinus Nijhoff Publishers**, v. 14, n. 3, 1988, p. 241-253.

NAVOT, Suzie. Israel: Creating a Constitution-The Use of Foreign Precedents by the Supreme Court (1994—2010). In: GROPP, Tania; PONTTHOREAU, Marie-Claire. **The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges**. Oxford: Hart Publishing, 2014.

NEGRETTO, Gabriel. Diseño constitucional y separación de poderes en América Latina. **Revista Mexicana de Sociología**, v. 65, n. 1, 2003, p. 41-76.

NEVES, Marcelo. Comparando transconstitucionalismo em uma sociedade mundial assimétrica: pressupostos conceituais e ponderações autocríticas. **Revista da Advocacia-Geral da União**, v. 14, n. 3, jul.-set., 2015.

_____. Justiça e diferença numa sociedade global complexa. In: SOUZA, Jesse (Org.). **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: UnB, 2001, p. 329-363.

_____. **Transconstitucionalismo**. São Paulo. Martins Fontes, 2009.

NGOC SON, Bui. Constitutional developments in Vietnam in the first decade of the twenty-first century. In: CHEN, Albert H. Y. (Ed.). **Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 194-218.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos**. Buenos Aires: Astrea, 1989.

_____. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997.

NINO, Carlos Santiago. **Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad**. Cuadernos y debates, fundamentos y alcance del control judicial de constitucionalidad: Investigación colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

_____. **The Constitution of deliberative democracy**. New Haven: Yale University Press, 1996.

NOGUEIRA, João Pontes; MESSARI, Nizar. **Teoria das relações internacionais: correntes e debates**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

O'KEEFE, Roger. Universal Jurisdiction: clarifying the basic concept. **Journal of International Criminal Justice**, Oxford University Press, v. 2, n. 3, 2004, p. 735-760.

ODA, Shigeru. The International Court of Justice viewed from the Bench (1976-1993). **Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye**, t. 244, 1993-VII, p. 9-190.

OJIENDA, Tom; ALOO, Leonard Obura. **UPDATE: Researching Kenyan Law**. Disponível em: <<http://www.nyulawglobal.org/globalex/Kenya1.html>>. Acesso em: 12 maio 2016.

OROBKIN, Russell. Stem cell century: law and policy for a breakthrough technology. **New Haven Yale University Press**, 2007.

PANGALANGAN, Raul C. Philippine constitutional law: Republican institutions and populist politics. **Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century**. Ed.: CHEN, Albert H. Y. Cambridge University Press, 2014, p. 295-321.

PARKINSON, Charles. **Bills of Rights and Decolonization: the emergence of domestic Human Rights instruments in Britain's Overseas Territories**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

PARRISH, Austen L. Storm in a teacup: the U.S. Supreme Court's use of foreign law. **University of Illinois Law Review**, 2007.

PASQUINO, Pasquale. **The New Constitutional Adjudication in France**. The reform of the referral to the French Constitutional Council in light of the Italian model. Disponível em: <https://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/Pasquino_New-Constitutional-adjudication-France.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2016.

PECEQUILO, Cristina Soreanu. **Introdução às relações internacionais: temas, atores e visões**. Petrópolis: Vozes, 2004.

PEETERS, Patrick. Expanding constitutional review by the Belgian Court of Arbitration. **European Public Law**, v. 11, n. 4, 2005.

PEETERS, Patrick. The Belgian constitutional review procedure under European scrutiny. **European Public Law**, v. 18, 2012, p. 411-422.

PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. **Supremo Tribunal Federal: composição e indicação de seus ministros**. São Paulo: Método, 2012, v. 1.

PELLET, Alain. La seconde mort d'Euripide Mavrommatis? notes sur le projet de la c.d.i. sur la protection diplomatique In: **Droit Du Pouvoir, Pouvoir Du Droit Mélanges offerts à Jean Salmon**. Bruxelles: Bruylant, 2007. Disponível em

<[http://www.alainpellet.eu/Documents/PELLET%20-%202007%20-%20Seconde%20mort%20d'Euripide%20Mavrommatis%20\(M%C3%A9langes%20Salmon\).pdf](http://www.alainpellet.eu/Documents/PELLET%20-%202007%20-%20Seconde%20mort%20d'Euripide%20Mavrommatis%20(M%C3%A9langes%20Salmon).pdf)>. Acesso em: 6 fev. 2016.

_____. Les rapports de systèmes après l'affaire Kadi — Constitutionnalisation du droit des Nations Unies ou triomphe du dualisme ? **R.M.C.U.E.**, juin 2009, p. 415-418.

_____. Lotus que de sottises on profere en ton nom! Remarques sur le concept de souverainete dans la jurisprudence de la cour mondiale. **Melanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissochet**. Disponível em: <<http://www.alainpellet.eu/Documents/PELLET%20-%202007%20-%20Lotus.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

PEREIRA, Ana Cristina Paulo; CITTADINO, Rodrigo Cerveira. A relativização das imunidades de jurisdição e de execução de Estado estrangeiro: o caso da dívida soberana argentina. In: TIBÚRCIO, Carmem (Org.). **Coleção direito UERJ 80 Anos: Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2015, v. 6, p. 73-98.

PEREIRA, Antônio Celso. A Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Direito contemporâneo**. Estudos em homenagem a Oscar Dias Corrêa. São Paulo: Forense Universitária, 2001, p. 1-11.

_____. Novos desafios do direito internacional. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. (Org.). **O Brasil e os novos desafios do direito internacional**. Belo Horizonte: Editora Universidade Federal de Minas Gerais, 2004, p. 660-690.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 119-192.

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

PERJU, Vlad. Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. (Eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

PETERS, Anne. The merits of global constitutionalism. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 16, n. 2, p. 397-411, 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1492141>. Acesso em: 5 mar. 2016.

_____. The Refinement of International Law: From Fragmentation to Regime Interaction and Politicization. **Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law**

(MPIL) **Research Paper N. 2016-19**. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2823512>. Acesso em: 8 set. 2016.

PETTIT, Philip A. **Theory of Freedom: from the psychology to the politics of agency**. New York: Oxford University Press, 2001.

_____. **Two dimensional democracy: national and international**. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=871732>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

PHILLIPS, Thomas R. State Supreme Courts: local courts in a global world. **Texas International Law Journal**, v. 38, 2003, p. 557.

PILDES, Richard. **Political parties and constitutionalism**. Comparative Constitutional Law. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2011, p. 254-265.

PIOVESAN, Flávia. Controle de convencionalidade Direitos Humanos e diálogo entre jurisdições. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 115-146.

_____. Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). **Estudos avançados de direitos humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 391.

_____. Globalização econômica, integração regional e direitos humanos. **Interesse público**, v. 13, 2002.

POORTER, J.C.A. de. Constitutional Review in the Netherlands: A Joint Responsibility. **Utrecht Law Review**, v. 9, n. 2, 2013, p.89.

POSNER, Richard. Against the law reviews. **Legal Affairs**, v. 57, 2004.

_____. Reply: the institutional dimension on statutory and constitutional interpretation. **Michigan Law Review**, v. 101, 2003, p. 952.

POSNER, Eric A.; SUNSTEIN, Cass R. On learning from others, **Stanford Law Review**, v. 59, n. 1309, 2007.

_____; _____. The law of other states. **Stanford Law Review**, v. 59, n. 5, 2009, p. 1309-1314.

_____; VERMEULE, Adrian. **The executive unbound: after the madisonian republic**. New York: Oxford University Press, 2011.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. The roe rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, 2007, p. 373.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003.

PUTNAM, Tonya L. **Courts without Borders: Law, Politics, and U.S. Extraterritoriality**, Cambridge: Cambridge University Press, 2016

RAMOS, André de Carvalho. O Diálogo das Cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Org.). **O STF e o direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, v. 1.

_____. **Processo internacional de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento. O sistema normativo da União Europeia e sua incorporação às ordens jurídicas dos estados-membros. In: AMBOS, Kai; PEREIRA, Ana Cristina Paulo (Org.). **Mercosul e União Europeia: perspectivas da integração regional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Responsabilidad de los tribunales nacionales y derecho comunitario. La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del derecho comunitario en vía judicial, a partir de la sentencia Köbler (C-224/01) del Tribunal de Justicia. **Revista del Poder Judicial**, n. 70, 2004.

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

RAUTENBACH, Christa. South Africa: Teaching an ‘Old Dog’ New Tricks? An Empirical Study of the Use of Foreign Precedents by the South African Constitutional Court (1995—2010). In: GROPPPI, Tania; PONTTHOREAU, Marie-Claire. **The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges**. Oxford: Hart Publishing, 2014.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Harvard University Press, 1971.

_____. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **O liberalismo político**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

_____. **The law of peoples**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

RAZ, Joseph. Authority, Law and Morality. **The Monist**, n. 68, 1985, p. 295-324.

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

REZEK, Francisco. **Direito internacional público**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 1, 472 p.

_____. **O direito internacional no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2002, 1123 p.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (Coord.). **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Direito do petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Direito internacional dos investimentos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

_____. Importância do direito comparado. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Parecer sobre a oitava rodada de licitações da ANP. In: _____. **Novos rumos do direito do petróleo**. Renovar, 2009.

RISHWORTH, Paul. The Inevitability of Judicial Review under “Interpretive” Bills of Rights: Canada’s Legacy to New Zealand and Commonwealth Constitutionalism? **Supreme Court Law Review**, v. 23, 2004, p. 233-257.

RITA SCOTTI, Valentina. India: A ‘Critical’ Use of Foreign Precedents in Constitutional Adjudication. In: GROPPI, Tania; PONTTHOREAU, Marie-Claire. **The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges**. Oxford: Hart Publishing, 2014.

ROACH, Kent. Dialogue or defiance: legislative reversals of Supreme Court decisions in Canada and the United States. **International Journal of Constitutional Law**, v. 4, n. 2, 2006.

RORTY, Richard. Human Rights, Rationality, and Sentimentality. In: HURLEY, Susan; SHUTE (Ed.). **On human rights: the 1993 Oxford Amnesty Lectures**. Stephen, New York: Basic Books, 1993.

ROSENFELD, Michel. The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy. Cardoso Law School, **Working Paper Series**, n. 36, 2001. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=262350>. Acesso em: 6 fev. 2016.

_____; SAJÓ, András. **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

ROUSSEAU, Dominique. **La question prioritaire de constitutionnalité**. Paris: Lextenso éditions, Gazette du Palais, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**: do contrato social. São Paulo: Ática, 1989, v. 1.

ROUX, Theunis. Constitutional Property Rights Review in Southern Africa: The Record of the Zimbabwe Supreme Court. **Afr. J. Int'l & Comp. L.**, v. 8, 1996, p. 755-788.

RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonino. **Lineamenti di giustizia costituzionale**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1998.

RYFE, David. Does deliberative democracy work? **Annual Review of Political Science**, v. 8, 2005, p. 49-71.

SAKAGUCHI, Shojiro. Major constitutional developments in Japan in the first decade of the twenty-first century. In: CHEN, Albert H. Y. (Ed.). **Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 52-76.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito adquirido e expectativa de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, v. 1, p. 144-168.

_____. Mito e história da Constituição: prenúncios sobre a constitucionalização do direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. 1, p. 177-201.

_____. **O Conselho Nacional de Justiça e a independência do Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Teorias constitucionais em perspectiva: em busca de uma Constituição pluridimensional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Crises e desafios da Constituição**: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 3-54.

SAND, Peter H. **The role of international organizations in the evolution of environmental Law**. Geneva: Unitar, 1997.

SANTOLINI, Thierry. La question prioritaire de constitutionnalité au regard du droit comparé. **Revue Française de Droit Constitutionnel**, n. 93, 2013, p. 83-105.

SANTOS, Bernardo; BARROSO, Gabriel. A Corte Internacional de Justiça. In: OLIVEIRA, Bárbara da Costa Pinto et. al. (Coord). **Manual de direito processual internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Law and Justice in a Multicultural Society: the case of Mozambique**. Dakar: CODESRIA, 2006.

_____. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, v. 78, 2007, p. 3-46.

_____. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional — algumas aproximações e alguns desafios. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 243-264.

_____. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2000, p. 107-163.

_____. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 87-114.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 193-285.

_____. Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 87-124.

_____. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 311-379.

_____. Legalização do aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Org.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. **Revista Dialogo Jurídico**, Salvador, n. 16, maio-ago. 2007. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/LIBERDADE_DE_EXPRESS_O_PLURALISMO_E_O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2016.

_____. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Crises e desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 375-414.

SAUNDERS, Cheryl. The impact of internationalisation on national constitutions Cheryl Saunders. In: CHEN, Albert H. Y. (Ed.). **Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 1-32.

_____; STONE, Adrienne. Reference to Foreign Precedents by the Australian High Court: A Matter of Method. In: GROPPPI, Tania; PONTTHOREAU, Marie-Claire. **The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges**. Oxford: Hart Publishing, 2014.

SCHAUER, Frederick. On the Migration of Constitutional Ideas. **Connecticut Law Review**, v. 37, n. 4, 2005, p. 907-919.

SCHLINK, Bernhard. Proportionality. In: ROSENFELD, Michel; SAJO, András (Ed.). **The Oxford Handbook of Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p 718-738.

SCHMITT, Carl. A justiça como guardião da Constituição. In: **O guardião da Constituição**. Tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHOLTE, Jan Aart. **Globalization: a critical introduction**. 2. ed. Palgrave: MacMillan Press, 2005, cap. 1-2.

SHAFFER, Gregory. Transnational legal process and state change: opportunities and constraints. **Minnesota Legal Studies Research Paper**, n. 10-28, 2010. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1901952>. Acesso em: 6 fev. 2016.

SHAW, Malcolm N. **Direito internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SHILLINGLAW, Thomas. The Development of Constitutional Review in Yugoslavia. **East European Quarterly**, v. 4, n. 4, 1971, p. 369-388.

SHINAR, Adam; HAREL, Alon. **Between judicial and legislative supremacy: a cautious defense of constrained judicial review.** Unpublished working paper, 2011. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1760963>. Acesso em: 15 fev. 2016.

SILVA, Caroline Medeiros e. Imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro versus crimes contra a humanidade. In: TIBÚRCIO, Carmem (Org.). **Coleção direito UERJ 80 anos: direito internacional.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, v. 6, p. 163-184.

SILVA, Ricardo Perlingueiro Mendes. Cooperação jurídica internacional e auxílio direto. In: TIBÚRCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. **O direito internacional contemporâneo: estudo em homenagem ao Professor Jacob Dolinger.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 797-809.

SILVA, Virgílio Afonso da. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. In: NEVES, Marcelo (Coord.). **Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas.** São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 101-112.

SLAGSTAD, Rune. The Breakthrough of Judicial Review in the Norwegian System. In: SLAGSTAD, Rune; SMITH, E. (Ed.). **Constitutional Justice Under Old Constitutions.** The Hague: Kluwer Law International, 1995.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. **Harvard International Law Journal**, v. 44, 2003, p. 191-220.

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

_____. Judicial globalization. **Virginia Journal of International Law**, v. 40, 2000, p. 1103-24.

_____. Revisiting the European Court of Justice. **International Organization**, v. 52, n. 1, winter 1998, p. 177-209.

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

SOUILLAC, Genevieve. From global norms to local change: theoretical perspectives on the promotion of human rights in societies in transition. In: _____. **Human rights and societies in transition: causes, consequences, responses.** New York: United Nations University Press, 2004.

SOUZA, Raquel de. Direito Grego antigo. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito.** 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 37-66.

SOUZA NETO, Claudio Pereira. A justiciabilidade dos direitos sociais. Críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira. SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SPERTI, Angioletta. United States of America: First Cautious Attempts of Judicial Use of Foreign Precedents in the Supreme Court's Jurisprudence. In: GROPPPI, Tania; PONTTHOREAU, Marie-Claire. **The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges.** Oxford: Hart Publishing, 2014.

SPIGNO, Irene. Namibia: The Supreme Court as a Foreign Law Importer. In: GROPPPI, Tania; PONTTHOREAU, Marie-Claire. **The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges.** Oxford: Hart Publishing, 2014.

SPILIOTOPOULOS, Epaminondas. Judicial review of legislative acts in Greece. **Temple Law Quarterly**, 1983, p. 463-502.

STORGAARD, Louise Halleskov. EU Law Autonomy versus European Fundamental Rights Protection—On Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR. **Human Rights Law Review**, v. 15, n. 3, 2015, p. 485-521.

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

_____. Beyond Judicial Minimalism. **Harvard Public Law Working Paper**, n. 08-40, 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1274200>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

_____. Beyond Marbury: the Executive's power to say what the Law is. **Chicago Law Scholl and Economics Working Papers Series**, n. 268, 2005.

_____. Designing democracy: what Constitutions do. **Adelaide Law Review**, v. 23, 397, 2002.

_____. Incompletely theorized agreements in Constitutional Law. **Chicago Public Law and Legal Theory Working Papers Series**, n. 147, 2007.

SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time: judicial minimalism in the Supreme Court.** Cambridge: Harvard University Press, 1999.

_____. Testing minimalism: a reply. **Michigan Law Review**, v. 104, 2005, p. 129.

_____; MILES, Thomas. The real world of arbitrariness review. **Chicago Public Law and Legal Theory Working Papers Series**, n. 188, 2007.

_____; THAYLER, Richard; BALZ, John. Choice Architecture. **Working Papers Series**, 2010. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1583509>. Acesso em: 6 fev. 2016.

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

SWEET, Alec Stone. Constitutional Courts. In: ROSENFELD, Michel; SAJO, András (Ed.). **The Oxford Handbook of Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 816-831.

_____. Coordinate Construction and Constitutional Development in France and Germany. In: C. N. Tate; T. Vallinder (Ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

_____. The Politics of Constitutional Review in France and Europe. **International Journal of Constitutional Law**, v. 5, n. 1, 2007, p. 69-92.

SZENTE, Zoltán. Hungary: Unsystematic and Incoherent Borrowing of Law. The Use of Foreign Judicial Precedents in the Jurisprudence of the Constitutional Court, 1999—2010. In: GROPP, Tania; PONTTHOREAU, Marie-Claire. **The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges**. Oxford: Hart Publishing, 2014.

TANASESCU, Elena Simina; DEACONU, Stefan. Romania: Analogical Reasoning as a Dialectical Instrument. In: GROPP, Tania; PONTTHOREAU, Marie-Claire. **The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges**. Oxford: Hart Publishing, 2014.

TASSOPOULOS, Ioannis A. New Trends in Greek Contemporary Constitutional Theory: A Comment on the Interplay Between Reason and Will, **10 Duke Journal of Comparative & International Law**, 1999.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University, 1997.

TAVARES, André Ramos. Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 12, out.-dez. 2009.

TAVARES, André Ramos. O juiz constitucional perante a jurisprudência constitucional estrangeira. In: _____. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 128-129.

_____. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

THIRUVENGADAM, Arun. The global dialogue among courts: social rights jurisprudence of the Supreme Court of India from a comparative perspective. In: _____. **Human rights, justice and constitutional empowerment**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

THOMSON, Stephen. Mixed Jurisdiction and the Scottish Legal Tradition: Reconsidering the Concept of Mixture. **Journal of Civil Law Studies**, v. 7, 2014, p. 50-91.

TIBÚRCIO, Carmen. A eleição de foro estrangeiro e o judiciário brasileiro **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro: Renovar, n. 12, out.-dez., 2008, p. 379-384.

_____. **Temas de direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. 1, 546 p.

_____; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____; BARROSO, Luís Roberto. Recognition of foreign judgements in Brazil: notes on brazilian substantive and procedural public policy. **Panorama of Brazilian Law**, v. 2, 2014, p. 33-58.

TOADER, Tudorel; SAFTA, Marieta. **The Relationship of the Constitutional Court with Parliament and the Government**. General Report at the XVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts Bucharest, Romania, 2011.

TOMUSCHAT, Christian. Obligations arising for states without or against their will. **Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye**, t. 241, 1993-IV, p. 195-374.

_____; THOUVENIN, Jean-Marc. **The fundamental rules of international legal order**. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff, 2006, Caps. I, II, IXX e XX.

TORRES, Ricardo Lobo. A afirmação do direito cosmopolita. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (Coord.). **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D.de Albuquerque Mello**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TREMBLAY, Luc. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between Courts and Legislatures. **International Journal of Constitutional Law**, v. 3, n. 4, 2005.

TRIEPEL, Carl Heinrich. Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International. **Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye**, t. 1, 1925, p. 73-122.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Do provincianismo constitucional ao transconstitucionalismo: a proteção dos direitos humanos através da integração dos ordenamentos jurídicos. In: COSTA, Ana Paula Motta; REIS, Maurício Martins (Org.). **Direitos fundamentais e espaço público**. Passo Fundo: IMED, 2012, v. 3, p. 89.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. São Paulo: Del Rey, 2006.

_____. **El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

_____. International Law for Humankind: towards a new jus gentium (I). **Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye**, t. 316, 2005.

_____. International Law for Humankind: towards a new jus gentium (II). **Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye**, t. 317, 2005.

_____. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **The access of individuals to international justice**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

_____. The relevance of international adjudication revisited: reflections on the need and quest for international compulsory jurisdiction. In: MACDONALD, R. St. J.; JOHNSTON, D. M. **Towards world constitutionalism: issues in the legal ordering of the world community**. Leiden: Nijhoff, 2005.

_____. Towards Compulsory Jurisdiction: Contemporary International Tribunals and Developments in the International Rule of Law (I). In: **XXXVII Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano**, Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 2011, p. 233-259.

_____. Towards Compulsory Jurisdiction: Contemporary International Tribunals and Developments in the International Rule of Law (II). In: **XXXVIII Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano**, Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 2012, p. 285-366.

TROTMAN-JOSEPH, Avril Anande. Constitutional Review in the Caribbean. **European Journal of Law Reform**, v. 12, n. 1-2, 2010, p. 134-144.

TUCK, Richard. **The Rights of War and Peace: political thought and the international order from Grotius to Kant**. New York: Oxford University Press, 1999.

TUSHNET, Mark. Against Judicial Review. **Harvard Public Law and Legal Theory Working Papers Series**, n. 9-20, 2009.

TUSHNET, Mark. Formas alternativas de controle judicial. In: _____. **Estado constitucional e organização do poder**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Incentives and the Supreme Courte. **George Washington Law Review**, v. 78, 2010, p. 1300.

_____. Taking the constitution away from the courts. **Princeton University Press**, v. 9, n. 6, 1999.

_____. The possibilities of comparative constitutional law. **The Yale Law Journal**, v. 108, n. 6, 1999, p. 1225-1309.

URUEÑA, René. **No citizens here**: global subjects and participation in international Law, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012.

VAN DER SCHYFF, Gerhard. Constitutional Review by the Judiciary in the Netherlands: A Bridge Too Far? **German Law Journal**, v. 11, 2010, p. 275-290.

_____. **Judicial Review of Legislation**: A Comparative Study of the United Kingdom, the Netherlands and South Africa. Springer, 2010.

_____. Structuring the Judiciary to Conduct Constitutional Review in the Netherlands: A Comparative and European Perspective. **European Journal of Law Reform**, v. 14, 2012.

VANBERG, Georg. **The Politics of Constitutional Review in Germany**. New York: Cambridge University Press, 2005.

VANDERPOL, Alfred. **La doctrine scolastique du droit de guerre**. Paris: A. Pedone, 1919.

VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 83-114.

VERMEULE, Adrian. Foreword: system effects and the Constitution. **Harvard Law Review**, v. 123, n. 4, 2009.

_____. Intermittate institutions. Harvard Law School Public Law and Legal Theory Working Papers Series, n. 10-13, 2010.

_____. **Judging under uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

_____. Judicial Review and institutional choice. **William and Mary Law Review**, v. 43, 2001, p. 1557.

VERMEULE, Adrian. Many-minds arguments in Legal Theory. **Journal of Legal Analysis**, n. 1, 2009.

_____. **Mechanisms of democracy**: institutional design writ small. New York: Oxford University Press, 2007.

_____. Second-best democracy. **Harvard Law and Policy Review (Online)**, dec. 4, 2006.

_____. System Effects and the Constitution. **Harvard Law School Paper**, n. 642, 2009.

_____. The atrophy of constitutional powers. **Harvard Law School Public Law and Legal Theory Working Papers Series**, n. 11-07, 2011.

_____. The interaction of democratic mechanisms. **Harvard Law School Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, n. 09-22, 2009.

_____; GARRETT, Elizabeth. Institutional design of a thayerian Congress. In: DEVINS, Neal; WHITTINGTON, Keith (Ed.). **Congress and the constitution**. New York: Oxford University Press, 2007.

VIBHUTE, K. I. Non-Judicial Review in Ethiopia: Constitutional Paradigm, Premise and Precinct. **African Journal of International and Comparative Law**, v. 22, 2014, p. 120-139.

VILLALÓN, Pedro C. **La formación del sistema europeo de control de La constitucionalidad**. 1918-1939. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

VOIGT, Stefan; EBELING, Michael W. Improving Credibility by Delegating Judicial Competence: The Case of the Judicial Committee of the Privy Council. **Journal of Development Economics**, v. 82, 2007, p. 348-373.

VOLCANSEK, M. Political Power and Judicial Review in Italy. **Comparative Political Studies**, v. 26, 1999, p. 492-509.

VON BOGDANDY, Armin. **The Charming Betsty canon, separation of powers, and customary International Law**. Disponível em: <http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/customary_intemational_law.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2016.

WAISBERG, T. Notas sobre o direito constitucional israelense: a revolução constitucional e a Constituição escrita do Estado de Israel. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 63, 2008, p. 324-348.

WALDRON, Jeremy. A right-based critique of constitutional rights, **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 13, n. 18, 1993, p. 18-51.

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

_____. Is the rule of law an essentially contested concept (in Florida)? **Law and Philosophy**, v. 21, n. 2, 2002, p. 137-164.

_____. **Law and disagreement**. Oxford University Press, 1999.

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

_____. O judicial review e as condições da democracia. Tradução Julia Sichieri Moura. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Coleção ANPR de direito e democracia.

_____. Refining the question about judges moral capacity. **International Journal of Constitutional Law**, v. 7, n. 1, 2009.

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

_____. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, n. 115, 2006.

WALZER, Michael. **Pluralism and democracy**. Paris: Editions Esprit, 1997.

_____. **Spheres of Justice: A defense of pluralism and equality**. New York: Basic Books, 1983.

WEIL, Prosper. Le droit international en quete de son identité: cours général de droit international public. **Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye**, t. 237, 1992-VI, p. 9-370.

WOLFE, Christopher. **The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law**. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: um espaço de resistência na construção dos Direitos Humanos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (Org.). **O pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Y. L. TAN, Kevin. Constitutionalism in Burma, Cambodia and Thailand: developments in the first decade of the twenty-first century. In: CHEN, Albert H. Y. (Ed.). **Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 219-243.

YANG, Xiaodong. **State Immunity in International Law: Cambridge Studies in International and Comparative Law**. New York: Cambridge University Press, 2012.

YASUAKI, Onuma. A transcivilizational perspective on international law. **Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye**, t. 342, 2009, p. 77-418.

YEH, Jiunn-rong; CHANG, Wen-Chen. A decade of changing constitutionalism in Taiwan: transitional and transnational perspectives. In: CHEN, Albert H. Y. (Ed.). **Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 141-168.

YEPES, Rodrigo Uprimny. A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 4, n. 6, 2007.

YOON, Dae-kyu. Constitutional change in North Korea. In: CHEN, Albert H. Y. (Ed.). **Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 101-118.

ZHENMIN, Wang; KAI, Tu. Chinese constitutional dynamics: a decennial review. In: CHEN, Albert H. Y. (Ed.). **Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 118-140.

ZIEGLER, Andreas R. As Convenções da Haia e sua importância para a solução pacífica de controvérsias no início do século XXI. In: OLIVEIRA, Bárbara da Costa Pinto et al. (Coord). **Manual de direito processual internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZILLER, Jacques. **La Constitution de la Vème République et l'Outre-Mer**. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation-publications/dossiers-thematiques/2008-cinquantenaire-la-constitution-en-20-questions/la-constitution-en-20-questions-question-n-16.17363.html>>. Acesso em: 13 jan. 2016.

ZIMMERMANN, Andreas. Violations of Fundamental Norms of International Law and the Exercise of Universal Jurisdiction in Criminal Matters. In: TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean-Marc (Ed.). **The Fundamental Rules of International Legal Order**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2006.

ZONGWE, Dunia P. **The Legal System of the Republic of the Congo (Congo-Brazzaville): Overview and Research**. Disponível em: <http://www.nyulawglobal.org/globalex/Congo_Brazzaville.html>. Acesso em: 12 maio 2016.

ZURN, Christopher F. **Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review**. New York: Cambridge University Press, 2007.