

A ESTRATÉGIA DE “JUDICIAL DIALOGUE” TRANSNACIONAL NO SUL GLOBAL SOBRE HOMOFOBIA E PENALIZAÇÃO DO HOMOSSEXUALISMO¹

*THE TRANSNATIONAL “JUDICIAL DIALOGUE” STRATEGY IN THE GLOBAL
SOUTH ON HOMOPHOBIA AND PENALTY OF HOMOSEXUALISM*

*LA ESTRATEGIA DE “JUDICIAL DIALOGUE” TRANSNACIONAL EN EL SUR
GLOBAL SOBRE LA HOMOFOBIA Y LA PENALIZACIÓN DEL HOMOSEXUALISMO*

Licença CC BY:

Artigo distribuído sob os termos Creative Commons, permite uso e distribuição irrestrita em qualquer meio desde que o autor credite a fonte original.



Maria Chiara Locchi²

Università degli Studi di Perugia

<https://orcid.org/0000-0002-4162-4907>

Márcio Ricardo Staffen³

Universidade do Vale do Itajaí

<https://orcid.org/0000-0001-8979-1002>

RESUMO

Contextualização: O estudo concentra-se nas decisões das Cortes Constitucionais do Brasil, quando da discussão sobre homofobia e transfobia e sua equiparação ao crime de racismo e, do Quênia, quando da discussão sobre a penalização de relações

¹ Texto produzido a partir do Centro de Estudos sobre Direito e Transnacionalidade (UNIVALI/CNPq)..

² Doutora em História, política e instituições do espaço euro-mediterrâneo na época contemporânea pela na Università degli Studi di Macerata (Itália). É Professora Convidada do Curso de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Investigadora de Direito Público Comparado no Dipartimento di Giurisprudenza da Università degli Studi di Perugia.

³ Doutor em Direito Público Comparado pela Università degli Studi di Perugia (Itália). Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Estágio de Pós-Doutorado em Direito Transnacional – Università degli Studi di Perugia (CAPES/PDE). Professor nos cursos de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica – Universidade do Vale do Itajaí. Professor visitante no Dipartimento di Giurisprudenza da Università degli Studi di Perugia (Itália). Visiting Researcher no Max Planck Institute of Comparative Public Law and International Law (Alemanha). Doutor Honoris Causa pela Universidad Antonio Guillermo Urello (Peru). Professor Honorário da Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Peru). Advogado (OAB/SC). Email: marcio.staffen@gmail.com.

homossexuais (anti-sodomy law), visto que ambas, ao perpassarem pautas jurídicas envolvendo liberdades individuais decidiram de modo absolutamente divergente, porém, referenciando precedentes e decisões judiciais de Cortes estrangeiras. Justifica-se a presente pesquisa principalmente por dois motivos: o incremento progressivo do uso da estratégia de “judicial dialogue” transnacional entre as Cortes nacionais e a avaliação dos sentidos retóricos dessa estratégia para a fundamentação das decisões judiciais.

Objetivo: O presente artigo objetiva analisar as premissas da estratégia denominada “judicial dialogue” transnacional, no contexto de Cortes Constitucionais inseridas na noção de Sul Global, com foco no tratamento jurídico da homofobia e na penalização do homossexualismo.

Metodologia: Utilizou-se, para o desenvolvimento da presente pesquisa, o método indutivo, operacionalizado pelas técnicas de conceito operacional, da pesquisa bibliográfica e de análise jurisprudencial.

Resultados: Como resultado, tem-se que a estratégia “judicial dialogue” transnacional deve considerar que a identidade dos valores individuais em muitas ocasiões depende de como os membros individuais da comunidade consideram e valorizam uma personalidade individual. Por outro lado, não se recomenda o enclausuramento das Cortes Constitucionais para suas homônimas ou o desprezo para decisões produzidas no estrangeiro, pois abriria uma senda de descompasso entre realidades locais e globais, cujo efeito atingiria, dentre outros, o sistema protetivo de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Diálogo judicial; Direito Transnacional; Cortes Constitucionais.

ABSTRACT

Contextualization: The study focuses on the decisions of the Constitutional Courts of Brazil, when discussing homophobia and transphobia and their assimilation to the crime of racism, and, in Kenya, when discussing the penalization of homosexual relations (anti-sodomy law), since both, when passing through legal guidelines involving individual liberties, decided in an absolutely divergent way, however, referencing precedents and judicial decisions of foreign Courts. The present research is justified mainly for two reasons: the progressive increase in the use of the transnational “judicial dialogue” strategy between national Courts and the evaluation of the rhetorical meanings of this strategy for the reasoning of judicial decisions.

Objective: This article aims to analyze the premises of the strategy called “judicial dialogue” transnational, in the context of Constitutional Courts inserted in the notion of the Global South, focusing on the legal treatment of homophobia and the penalization of homosexuality.

Methodology: For the development of this research, the inductive method was used, operationalized by the operational concept techniques, bibliographic research and jurisprudential analysis.

Results: As a result, the transnational judicial dialogue strategy must consider that individual identity and values often depend on how individual community members consider and value an individual personality. On the other hand, it is not recommended to enclose the

Constitutional Courts for their namesakes or to disregard decisions produced abroad, as it would open a path of mismatch between local and global realities, whose effect would affect, among others, the protective system of Human Rights.

Keywords: Dialogue judicial; Transnational Law; Constitucional Courts.

RESUMEN

Contextualización: El estudio se centra en las decisiones de las Cortes Constitucionales de Brasil, al discutir la homofobia y transfobia y su equiparación al delito de racismo, y de Kenia, en la discusión sobre la penalización de las relaciones homosexuales (anti-sodomy law), ya que ambas, al tratar cuestiones jurídicas que implican libertades individuales, decidieron de manera absolutamente divergente, pero haciendo referencia a precedentes y decisiones judiciales de Cortes extranjeras. La presente investigación se justifica principalmente por dos motivos: el incremento progresivo del uso de la estrategia de “judicial dialogue” transnacional entre las Cortes nacionales, y la evaluación de los sentidos retóricos de esta estrategia para la fundamentación de las decisiones judiciales.

Objetivo: El presente artículo tiene como objetivo analizar las premisas de la estrategia denominada “judicial dialogue” transnacional, en el contexto de Cortes Constitucionales insertas en la noción de Sur Global, con enfoque en el tratamiento jurídico de la homofobia y en la penalización del homosexualismo.

Metodología: Para el desarrollo de la presente investigación, se utilizó el método inductivo, operacionalizado por las técnicas de concepto operacional, de investigación bibliográfica y de análisis jurisprudencial.

Resultados: Como resultado, se tiene que la estrategia “judicial dialogue” transnacional debe considerar que la identidad de los valores individuales en muchas ocasiones depende de cómo los miembros individuales de la comunidad consideran y valoran a una personalidad individual. Por otro lado, no se recomienda el encerramiento de las Cortes Constitucionales a sus homólogas o el desprecio por las decisiones producidas en el extranjero, pues abriría un camino de descompás entre realidades locales y globales, cuyo efecto alcanzaría, entre otros, al sistema protector de Derechos Humanos.

Palabras clave: Diálogo judicial ; Derecho transnacional ; Cortes Constitucionales.

INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva analisar as premissas da estratégia denominada “*judicial dialogue*” transnacional, no contexto de Cortes Constitucionais inseridas na noção de Sul Global, com foco no tratamento jurídico da homofobia e na penalização do homossexualismo (*anti-sodomy law*).

O recorte sobre a estratégia de “*judicial dialogue*” transnacional nos espaços do Sul Global, aqui ilustrados pelo Brasil e Quênia, pretende refinar as bases de comparação, pois seleciona duas Cortes Constitucionais de Estados influenciados por antigas metrópoles ocidentais, que experimentam contemporaneamente os efeitos políticos, culturais,

econômicos, sociais, ideológicos e jurídicos da globalização (e, conseqüentemente, do transnacionalismo), ciclos de dependências externas e com norte epistemológico dos seus modelos normativos nos Estados do Norte Global.

Para tanto, o estudo concentra-se nas decisões das Cortes Constitucionais do Brasil, quando da discussão sobre homofobia e transfobia e sua equiparação ao crime de racismo (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão/ADO n. 26, julgada em 13 de junho de 2019) e, do Quênia, quando da discussão sobre a penalização da sodomia (*Petition n. 150/2016* e *Petition n. 234/2016*, julgadas em consolidado em 24 de maio de 2019), visto que ambas, ao perpassarem pautas jurídicas envolvendo liberdades individuais, decidiram de modo absolutamente divergente, porém referenciando precedentes e decisões judiciais de Cortes estrangeiras.

Justifica-se a presente pesquisa principalmente por dois motivos: o incremento progressivo do uso da estratégia de "*judicial dialogue*" transnacional entre as Cortes nacionais e a avaliação dos sentidos retóricos dessa estratégia para a fundamentação das decisões judiciais.

Em que pese o sentido decisório dos julgados em apreciação sejam distintos, de um lado a criminalização das relações homossexuais e, doutro, da equiparação de proteção jurídica das liberdades sexuais e da dignidade da pessoa humana, é possível extrair de ambos o uso da estratégia de "*judicial dialogue*" com foco na argumentação jurídica e atuação processual de *amici curiae* configurados como atores transnacionais, permitindo, assim, a sistematização das premissas e a análise comparada dos discursos retóricos produzidos.

Utilizou-se, para o desenvolvimento da presente pesquisa, o método indutivo, operacionalizado pelas técnicas de conceito operacional, da pesquisa bibliográfica e de análise jurisprudencial.

1. A ESTRATÉGIA DE "JUDICIAL DIALOGUE" TRANSNACIONAL

A consolidação da globalização como comportamento ataca a premissa do princípio clássico da soberania, segundo a qual os Estados são "comunidades independentes" no exercício de seu *imperium*. Este é o enquadramento para o fenômeno que é imediatamente relevante: as organizações globais, transnacionais, supranacionais e internacionais afetam a interação social nos Estados de tal forma, e com tanta autonomia, que a soberania não pode assumir todo o constructo, mas a tornam gravada com maior complexidade, especialmente pela multiplicação de atores e demandas com que o Estado se relaciona ou é impactado⁴.

A influência real dessas instituições faz com que entre colunas e seções dos Judiciários nacionais novas estratégias sejam manejadas. Sem prejuízo dos diversos textos que se dedicam aos impactos e às conseqüências advindas da globalização, dos novos atores e afins, um ponto que resta incontrovertido é o diálogo judicial em progresso entre Cortes Constitucionais e demais estruturas dos Judiciários nacionais.

A hegemonia homogeneizadora do Estado nacional, típico do modelo político vestfaliano e da linha filosófica hegeliana, para a produção normativa, abre uma senda

⁴ SASSEN, Saskia. **Territorio, autoridad y derechos**. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales. Buenos Aires: Katz, 2015, p. 519-520.

para a consideração de manifestações antes secundárias como jurídicas e normatizadoras das dinâmicas sociais e institucionais. Nesse sentido, proposições normativas decorrem da capacidade institucional das suas instituições no exercício da autoridade que possuem, incluindo as manifestações sociais⁵.

Por outro lado, em sendo a transnacionalidade um fenômeno multinível, dinâmico, especializado, flexível, predominantemente horizontal e em constante comunicação com outros ordenamentos, sistemas e regimes, não é de se estranhar o fato que suas consequências normativas sejam compartilhadas, não restando incólume os fundamentos decisórios de julgamentos judiciais.

Em tese, o ponto de referência para essa legitimidade é um estoque de princípios básicos comuns, pelo menos para as instituições globais, transnacionais, supranacionais, internacionais e nacionais que tocam a vida social cotidiana. Particularmente relevantes entre estes são princípios como os Direitos Humanos, o Estado de Direito, Transparência e a Democracia, não só no que se refere às construções doutrinárias, mas também no que tange à legitimidade⁶. Parece justo dizer que princípios derivados dos Direitos Humanos, do Estado de Direito, e da Democracia, são agora reconhecidos como referente relevante para todas as formas de exercício da autoridade com abrangência pública.

Por essas razões, desde a fórmula sintetizada, no âmbito do Direito Público Comparado, por Armin von Bogdandy⁷, têm-se como possível metodologia de estudo para a dimensão transnacional do Direito, primeiro a compreensão dos fenômenos de modo analítico, depois, a extração dos princípios relevantes de cada fenômeno examinado para, ao final, discutir as inter-relações dessas ações em suas múltiplas situações. Por sua vez, quando do surgimento de qualquer fenômeno novo, há que se principiar novamente esse esquema, de modo a ser representado por uma espiral incessante.

Diante desse contexto, torna-se possível fixar um padrão orientado muito mais por canais de comunicação e apresentação de preceitos dotados de maior efetividade para cada fenômeno, dada sua especialidade. Mesmo que se observe em alguns momentos, justaposições e/ou sobreposições, as vias de comunicação contribuem com o desenvolvimento do Direito, se enfrentadas de modo substancial. Como consequência, ganha força a noção de que as prescrições normativas não se originam em fluxos formais, verticais, descendentes, ao estilo *up-down*.

André-Jean Arnaud, por sua vez, com um olhar desde as dinâmicas sociais, além de enfrentar o problema do lugar de produção da norma, sob o aspecto da geografia nacional/internacional, cria bases de hibridismo no que tange às fontes do Direito, seus métodos e seu lugar de produção em tempos de globalização⁸.

⁵ STAFFEN, Marcio Ricardo. On the Authority of Transnational Law. **Estudios Socio-Jurídicos**, Bogotá, v. 23, n. 1, 2021, p. 477-478.

⁶ Nesse sentido: VON BENDA-BECKMANN, Franz. Human rights, cultural relativism, legal pluralism. VON BENDA-BECKMANN, Franz; VON BENDA-BECKMANN, Keebet; GRIFFITHS, Anne. **The power of law in a transnational world**. New York: Berghahn, 2012, p. 121 e; VON BOGDANDY, Armin. Common principles for a plurality of orders: A study on public authority in the European legal area. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford: v 12, n 4, out. 2014, p. 983.

⁷ VON BOGDANDY, Armin. Common principles for a plurality of orders: A study on public authority in the European legal area. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford: v 12, n 4, out. 2014, p. 980.

⁸ ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras**. Entre globalização e pós-globalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 148-150.

Os poderes judiciários nacionais, as cortes supranacionais ou internacionais demonstram suas contribuições para a definição de padrões normativos fundantes dessa estratégia de diálogo judicial transnacional. Nesse contexto, o Judiciário não se restringe ao preceito do *judicial review*. Também não presta de contributo apenas no âmbito de sua competência geográfica, pois o transjudicialismo⁹, o *living law*¹⁰, o comércio entre juízes¹¹, a litigância transnacional¹² ou a circulação de modelos jurídicos¹³ faz com que sua atuação seja de maior envergadura, com destaque para a autoridade que exerce sobre a tutela de determinados direitos e pretensões jurídicas em atendimento às necessidades sociais.

Ao passo em que as bases do Estado e do Direito Moderno são descalcificadas pelo transnacionalismo, também as cortes de justiça e a função dos juízes sofrem sismos em sua existência. A circulação de modelos jurídicos gesta um *transjudicialismo*¹⁴. Os novos julgadores converteram-se em *judicial-law making*, orbitando entre *soft* e *hard law*.¹⁵

Os tribunais nacionais passam a se basear em julgamentos de outros tribunais nacionais, desenvolvendo construções jurídicas em paralelo e promovendo uma interação judicial transnacional¹⁶. Tal estratégia de diálogo judicial, potencializada pelas dinâmicas da transnacionalidade, implica em comunicações relativas à consolidação de institutos jurídicos, ao papel dos Tribunais, aos designs institucionais e ao reconhecimento de autoridades.

Trazendo à baila a tese de Garapon e Allard pode-se atribuir um novo perfil de juiz. Ao defenderem um “comércio entre juízes”, no sentido de constante e progressivo intercâmbio de experiências jurídicas, sustentam argumentos próprios para que as decisões judiciais dos Estados não sejam mais utilizadas como regras isoladas, mas que demandam compartilhamento além dos limites tradicionais da jurisdição. Tem-se, assim, não um estilo erudito e doutrinário que orientará esse comércio, pois as decisões de tribunais consultadas e utilizadas em arrazoados valem pela capacidade prática de efetivar princípios gerais¹⁷.

A partir da constatação da penetração do paradigma global (*desterritorializado*) na

⁹ SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communication. **University of Richmond Law Review**, Richmond, v. 29, p. 122-129, 1994-1995.

¹⁰ MUCHLINSKI, Peter T. 'Global bukowina' examined: viewing the multinational enterprise as a transnational law-making community. In: TEUBNER, Günther (ed.). **Global law without a state**. Brookfield: Dartmouth, 1997, p. 79.

¹¹ ALLARD, Julie, GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização**: a nova revolução do direito. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

¹² SANTOS, Cecília MacDowell dos. **A mobilização transnacional do direito**. Portugal e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Coimbra: Almedina, 2012.

¹³ PAFFARINI, Jacopo. **Modelli costituzionali e società di mercato**. Lima: EGACAL, 2015.

¹⁴ LUPI, André Luppí Pinto Basto. A jurisprudência brasileira e a transnacionalidade: uma análise do transjudicialismo. CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 123-138.

¹⁵ COTTERRELL, Roger. What is transnational law? **Law & Social Inquiry** – Queen Mary University of London, London, n. 2, p. 340-372, 2012.

¹⁶ VON BOGDANDY, Armin. Common principles for a plurality of orders: A study on public authority in the European legal area. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford: v 12, n 4, out. 2014, p. 992.

¹⁷ ALLARD, Julie, GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização**: a nova revolução do direito. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

ordem jurídica nacional, a função dos juízes no espaço global-nacional merece ser revisitada. Para Jacopo Paffarini, além das importações de precedentes estrangeiros para argumentação nos respectivos casos sob sua competência, os juízes devem avaliar os impactos externos de suas decisões, tanto na arquitetura constitucional local, quanto na proteção de bens jurídicos de envergadura transnacional¹⁸.

Vale ressaltar que este emaranhado de redes que atinge a judicatura, criando um governo mundial de juízes, importa na conectividade da magistratura e dos tribunais, de modo a aliciar os juízes para compartilharem suas decisões e coibir para que não permaneçam neutros aos seus pares, construindo precedentes juridicamente válidos em razão da matéria enfrentada e sua conformação em casos futuros, indiferente da competência nacional, tornando a dicção do direito mais fluída, desterritorializada, adaptável e corrigível. Faz-se, portanto, possível um novo expediente para circulação de modelos jurídicos.

A proliferação do discurso que gravita nos símbolos da globalização por si representa um grandioso espaço de investigação e judicialização, ainda que o Direito tenha se dedicado ao assunto com certo retardo temporal. Como consequência, vislumbra-se a projeção de grandes discussões jurídicas que são travadas no anseio de estabelecer-se diretrizes para a equação *Law-Body-Space*.

2. UM RECORTE BRASILEIRO PARA ESTRATÉGIA DE “JUDICIAL DIALOGUE” TRANSNACIONAL

Enquanto os profissionais do Direito se concentram no alcance e significado da estratégia de “*judicial dialogue*” para a resolução principiológica de valores normativos conflitantes na ordem nacional e/ou estrangeira, estudiosos jurídicos e políticos tentam conceituar e encontrar o núcleo comum universal dessa noção muito ampla e às vezes ambígua que diz respeito à respectiva estratégia.

Assim, tornou-se um tema para debates acadêmicos em curso se a estratégia de “*judicial dialogue*” é fonte do Direito, método para comparação jurídica ou se serve como uma ferramenta interpretativa que auxilia os juízes em seu esforço para resolver conflitos normativos influenciados ou influentes pelas dinâmicas da transnacionalização do Direito, pelas razões anteriormente registradas.

Aparentemente, é implausível fornecer uma definição abrangente de estratégia de “*judicial dialogue*” transnacional fora dos contextos factuais. A abordagem mais sábia para determinar o alcance e o significado do conceito seria sua análise caso a caso. Além disso, as condições sociais, políticas e econômicas exercem influência significativa sobre a interpretação judicial da estratégia de “*judicial dialogue*” transnacional. A compreensão dos juízes sobre a noção informa sua interpretação em diferentes sistemas jurídicos e políticos.

A evolução jurídica do significado de “*judicial dialogue*” transnacional depende de vários fatores, como o sistema político e jurídico, o poder de revisão judicial e a tradição jurídica. Os tribunais em alguns países podem até recuar em suas práticas anteriores, contudo, sua presença estará em dormência. No cenário brasileiro, tal utilização não se

¹⁸ PAFFARINI, Jacopo. O Transjudicialismo processual e as Cortes de Justiça estatais. In: FORTES, Vinícius Borges et alii. (Org.). **Seminário acadêmico de direito IMED: o novo código de processo civil e os desafios para o direito e para a democracia**. Carazinho: Deviant, 2015, p. 38-50.

apresenta como novidade das últimas horas. Por força do processo de independência, desde os primórdios do sistema judiciário nacional, a busca por referências no exterior se fez presente, primeiro, via Portugal, depois, por razões estratégicas e de adequação dogmática com decisões provenientes dos Estados Unidos da América, Alemanha e França.

Sem prejuízo de decisões importantes como nos casos de racismo/antissemitismo, manipulação de células tronco, aborto de anencefálicos, violações de Direitos Humanos no Regime Ditatorial, cotas raciais e relações conjugais entre pessoas do mesmo sexo, para o presente estudo o foco recai na discussão sobre homofobia e transfobia e sua equiparação ao crime de racismo (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão/ADO n. 26, julgada em 13 de junho de 2019). Na ascendência das pautas constitucionais de liberdade de opção sexual e políticas igualitárias, iniciadas com o reconhecimento da constitucionalidade da união civil de pessoas do mesmo sexo, em junho de 2019, o plenário do Supremo Tribunal Federal levou a julgamento a pretensão de equiparação da homofobia e da transfobia ao crime de racismo, cuja conduta é imprescritível e inafiançável, nos termos do art. 5º, XLII, da Constituição Federal, conjugado com o teor da Lei n. 7.716/1989.

O Ministro Celso de Mello, relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26/ DF, manifestou-se declarando a omissão inconstitucional do Poder Legislativo quanto à incriminação da homofobia e da transfobia, aduzindo discriminações relacionadas à orientação sexual e à identidade de gênero. Destacou em seu voto que mais importante “do que atitudes preconceituosas e discriminatórias, tão lesivas quão atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais de qualquer pessoa, independente de suas convicções, orientação sexual e percepção em torno de sua identidade de gênero, é a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe fazer prevalecer, sempre, no exercício irrenunciável da jurisdição constitucional, a autoridade e a supremacia da Constituição e das leis da República”.

Para tanto, adentrou sobre as várias formas de expressão da diversidade sexual humana, a noção de gênero e de autonomia da sexualidade humana. Sintetizou, em complemento, que “determinados grupos políticos e sociais, inclusive confessionais, motivados por profundo preconceito, vêm estimulando o desprezo, promovendo o repúdio e disseminando o ódio contra a comunidade LGBT, recusando-se a admitir, até mesmo, as noções de gênero e de orientação sexual como aspectos inerentes à condição humana”.

Na compreensão do Ministro Celso de Mello, a Constituição brasileira, alcunhada como “Constituição cidadã”, permite, por meio de mandados de criminalização, mecanismos que constroem o Poder Legislativo, para que normatize na seara penal as condutas que afrontam com liberdades fundamentais repelindo lesões, discriminações negativas e arbitrariedades.

Inobstante o esforço de natureza constitucional que pauta o voto do Ministro Celso de Mello, é observado no respectivo *decisium* o arranjo de preceitos normativos e precedentes da ordem constitucional brasileira com argumentos extraídos de decisões judiciais de Cortes estrangeiras que constituem arrimo para demonstração do alinhamento da Suprema Corte brasileira com suas homônimas, na vanguarda de matérias de reconhecimento de liberdades e eliminação de discriminações.

A manifestação em apreciação, quando do enfrentamento do tema da liberdade de expressão buscou amparo no Caso *United States vs. Schwimmer* (279 U.S. 644). Para a

validação do reconhecimento do direito pela busca da felicidade, fez constar como lastro os casos *Butchers' Union Co. vs. Crescent City Co.* (111 U.S. 746, 1884), *Yick Wo vs. Hopkins* (118 U.S. 356, 1886), *Meyer vs. Nebraska* (262 U.S. 390, 1923), *Pierce vs. Society of Sisters* (268 U.S. 510, 1925), *Griswold vs. Connecticut* (381 U.S. 479, 1965), *Loving vs. Virginia* (388 U.S. 1, 1967) e *Zablocki vs. Redhail* (434 U.S. 374, 1978). Por seu turno, o Caso *Brown vs. Board of Education*, da Suprema Corte dos Estados Unidos, serviu como arrimo para a tese de respeito à liberdade, à proteção das minorias e à legitimação da postura ativa da Corte. O Caso *Toonen vs. Austrália*, (Comunicação n. 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992) induziu a discussão sobre sexo e orientação sexual e as pretensões de intervenção jurídica em respeito às liberdades individuais. O tratamento da eliminação da discriminação por orientação e opção sexual restou comparado com a decisão no Caso *Mohammed Gelle vs. Dinamarca*, (Comunicação n. 34/2004, CERD/C/68/D34/2004). Também o embate sobre o conceito de discriminação foi orientado pela contribuição obtida com os casos *Willis vs. Reino Unido*, § 48, 2002 e *Okpizs vs. Alemanha*, § 33, 2005, da Corte Europeia de Direitos Humanos. Acerca do permissivo sobre mandados de criminalização, o Ministro Relator referenciou a experiência advinda do Caso *Ahmadou Sadio Diallo*, da Corte Internacional de Justiça.

Também salta aos olhos a utilização de expedientes classificados como de *soft law*, para embasar o fundamento decisório, notadamente a menção à Opinião Consultiva n. 24/2017, na qual constou que “o Estado deve assegurar que os indivíduos de todas as orientações sexuais e identidades de gêneros possam viver com a mesma dignidade e o mesmo respeito que têm todas as pessoas' (...).”

Em que pese o destacado volume de decisões judiciais estrangeiras, dispersas em cronologia e em cortes distintas, com clara inclinação para os precedentes estadunidenses, o aprofundamento da análise destas decisões demonstra um comportamento prevalente de simples menção aos julgados. Com exceção ao Caso *Brown vs. Board of Education*, da Suprema Corte dos Estados Unidos, os demais apenas constaram no modo de referência tópica, sem aprofundamento sobre o objeto da pretensão e sem investigação das *ratio decidendi* manejadas originalmente.

Situações específicas de cada contexto social, cultural, nacional e institucional de discriminações e do sentido normativo da busca à felicidade, por exemplo, em momento algum foram objeto de inquirição e análise, negligenciando a possibilidade de contribuição da estratégia de “*judicial dialogue*” transnacional e, ao mesmo tempo, colocando em xeque a integridade do ordenamento jurídico nacional, por ausência de rigor e cautela.

A ideia de uso da estratégia de “*judicial dialogue*” transnacional, neste caso, é esvaziada, vez que ao invés de constituir em meio de reforço argumentativo e de persuasão, sendo muito mais hábil como elemento de demonstração de erudição, segundo padrão de análise retórica do discurso. Em síntese, tal utilização deixa carente a capacidade de fundamentação das decisões domésticas, e pouco agrega à circulação transnacional de soluções e argumentos jurídicos.

Tal comportamento decisório se equipara ao fenômeno denominado de “*cherry picking*”¹⁹ que, nas palavras de Andrew Friedman, se configura como mero uso retórico de direito estrangeiro por parte de julgador que já possui decisão pré-constituída, buscando

¹⁹ FRIEDMAN, Andrew. **Beyond cherry picking**: selection criteria for the use of foreign law in domestic constitutional jurisprudence. 2011, p. 889.

apenas orientação jurisprudencial conveniente aos seus objetivos.

Ainda assim, diante de tais conjugações, sob o pálio da vedação da discriminação negativa, o voto do Ministro Relator, acompanhado pela maioria, fixou o enquadramento de condutas homofóbicas e transfóbicas, pois configuram manifestações de racismo social, segregação e inferiorização da pessoa humana. Diante disso, se procedeu com interpretação conforme a Constituição (artigo 5º, incisos XLI e XLII), até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional.

De tal sorte, o recorte brasileiro de estratégia de “*judicial dialogue*” transnacional indica um uso disfuncional de tal instrumento que, no máximo, procura conferir verniz de vanguarda e alinhamento ideológico com manifestações de Cortes estrangeiras, sem substancial esforço para contrastes acerca de contextos históricos, institucionais, políticos e culturais de cada paradigma, verdadeiras circunstâncias do caso concreto, por conveniência sem rigor metodológico.

3. A ESTRATÉGIA DE “*JUDICIAL DIALOGUE*” TRANSNACIONAL NA SUPREMA CORTE DO QUÊNIA

O caso do Quênia representa um ponto de observação interessante para apreender não apenas o potencial transformador, mas também as ambiguidades e resistências ligadas à circulação transnacional de soluções e argumentos jurídicos entre os tribunais.

Com sentença de 24 de maio de 2019²⁰, a *High Court* do Quênia abordou a questão da legitimidade da *anti-sodomy law*, decidindo rejeitar os dois recursos com os quais haviam sido censuradas as seções 162 (a) (c) e 165 do Código Penal como “vagos” e “indeterminados”, bem como contrários a diversos princípios e liberdades constitucionais. Essas disposições, em particular, estabelecem que quem tem “conhecimentos carnis contra a ordem da natureza” ou que permite que uma pessoa tenha “conhecimentos carnis contra a ordem da natureza”, bem como a pessoa que pratica um ato de “indécência grave com outro homem”.

Os argumentos jurídicos em favor da inconstitucionalidade desses artigos do código penal foram baseados em uma leitura evolutiva da constituição queniana de 2010, mas também ultrapassaram as fronteiras do direito nacional graças ao uso massivo de referências à jurisprudência estrangeira e internacional. De uma perspectiva constitucional “doméstica”, de fato, a tentativa dos requerentes foi de desobstruir o campo da suspeita de que a descriminalização do crime de sodomia resultou, de fato, no reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo, excluído pelo art. 45 da Constituição²¹, especificando que se tratava de proteger um grupo “marginalizado” nos termos do art. 260 da Constituição.

A citação das decisões de tribunais estrangeiros e supranacionais, por outro lado, teve que servir para fortalecer o recurso, demonstrando o amplo consenso em nível global na direção da superação da criminalização da homossexualidade (entre as decisões

²⁰ Trata-se da decisão *Constitutional and Human Rights Division of the High Court of Kenya, EG v The Hon. Attorney General of Kenya* (Petition no 150 of 2016) and *JM and 7 Others v The Hon. Attorney General of Kenya* (Petition no 234 of 2016) (consolidated), May 24th 2019, para um aprofundamento LOCCHI, Maria Chiara. Il movimento globale verso la depenalizzazione dell'omosessualità si arresta a Nairobi: la *High Court* del Kenya conferma la legittimità costituzionale dell'*anti-sodomy law*. **Federalismi, Focus Africa**, federalismi.it, 2019, p. 3.

²¹ O c. 2 do artigo 45 prevê : «*Every adult has the right to marry a person of the opposite sex, based on the free consent of the parties*».

estrangeiras mais relevantes, como adotada em países ex *dominions* britânicos, podemos citar a *National Coalition for Gay and Lesbian equality v Minister of Justice e Bernstein & others v Bester & others* - África do Sul, 1998; *Navtej Johar v Union of India* - Índia, 2018; *Letsweletse Motshidiemang v State* - Botsuana, 2019). A referência à jurisprudência estrangeira e internacional não se limitou, no entanto, à questão específica que é objeto do recurso, investindo inúmeros perfis relativos ao papel do tribunal no que respeita aos direitos das minorias, interpretação constitucional, condições de legitimidade da limitação de direitos, conteúdo dos direitos e liberdades constitucionais individuais (por exemplo, dignidade humana, liberdade pessoal, direito à privacidade).

A *High Court*, como já mencionado, rejeitou os recursos, argumentando a necessidade de uma interpretação literal e "genética" da Constituição à luz da qual o mesmo código penal deve ser lido, "umbilicalmente" vinculado à Constituição e mesmo funcional à proteger seus valores e o próprio "espírito". A conclusão a que chegaram os magistrados, em especial, é que as normas que preveem como crime as relações homossexuais não violam os dois princípios fundamentais identificados como mais relevantes no presente caso, ou seja, a dignidade da pessoa humana (artigo 28.º da Constituição) e o respeito pela privacidade (artigo 31.º da Constituição).

Ao mesmo tempo em que atribuem peso decisivo às peculiaridades históricas, sociais e culturais da sociedade queniana, consubstanciadas no texto constitucional, os juízes não se esquivaram de confrontar os argumentos e soluções desenvolvidos por tribunais estrangeiros e internacionais. De fato, amplo espaço é dedicado a referências da jurisprudência de outros países em relação a diversos pontos qualificadores da fundamentação articulada na decisão e, em particular, à questão da descriminalização das relações homossexuais. A respeito dessa questão, a Corte revisou as sentenças de tribunais estrangeiros e internacionais que nos últimos anos se pronunciou a favor da superação do crime de sodomia, observando, porém, como a jurisprudência estrangeira, embora potencialmente persuasiva, não oferece um "guia segura" na interpretação da Constituição (par. 355 da sentença), que deveria ser conduzida mais corretamente à luz do contexto histórico e da intenção do constituinte.

O *Judicial Dialogue* transnacional, portanto, desempenhou um papel crucial no caso decidido pela *High Court* do Quênia; tanto as partes quanto o próprio Tribunal fizeram inúmeras referências às decisões de tribunais estrangeiros (em particular, países da Commonwealth) e internacionais sobre a legitimidade das disposições penais que reprimem as relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo, confirmando que "a predisposição 'genética' para dialogar²²" típico dos tribunais superiores dos países da África Austral que experimentaram a dominação britânica - um diálogo em que os tribunais "selecionam os materiais normativos a serem introduzidos no sistema jurídico [e] 'dobram' os conteúdos para a autopreservação do sistema constitucional"²³.

A posição assumida pelo tribunal queniano em relação à influência dos argumentos e soluções desenvolvidas por outros tribunais nacionais e supranacionais, no entanto, foi no sentido de fechamento. Esse fechamento também pode ser visto como uma derrota do ponto de vista da *strategic litigation* no processo de afirmação dos direitos das minorias

²² NICOLINI, Matteo. "When Southern African Courts Join Judicial Conversation": considerazioni introduttive a una ricerca sugli attori del dialogo costituzionale. CUKANI, Entela, DICOSOLA, Maria, NICOLINI, Matteo, POGGESCHI, Giovanni. **Rischi e potenzialità del dialogo costituzionale globale**. Per la costruzione di un 'itinerario' geo-giuridico mediante la comparazione nel diritto pubblico. Napoli. ESI, 2015, p. 88.

²³ NICOLINI, Matteo. **La giustizia costituzionale in Africa australe**. Bologna: Filodiritto Editore, 2015, p. 111.

e grupos marginalizados, fenômeno que se beneficia do mesmo *judicial dialogue* transnacional e da criação de um "common law" em matéria de proteção dos direitos humanos (não apenas em termos de descriminalização da homossexualidade, mas também, por exemplo, em relação à superação da pena de morte)²⁴. Nos últimos anos tem havido um aumento, no *Global South*, de casos jurisprudenciais promovidos por advogados ativistas pelos direitos das minorias LGBT, que fazem uso extensivo de referências a sentenças de tribunais estrangeiros e supranacionais, coordenando-se com associações locais e recebendo assistência de uma rede de importantes organizações internacionais para a defesa dos direitos humanos (por exemplo, a *Human Dignity Trust*, a *Commonwealth Lawyers Association* e a *International Commission of Jurists*)²⁵.

O caminho da *strategic litigation* associada ao *judicial dialogue* transnacional, no entanto, não é isento de riscos e zonas cinzentas: por um lado, de fato, não se exclui que o sucesso de uma determinada instância a nível global, graças a iniciativas promovidas por Norte, pode provocar ressentimentos ou retrocessos em nível local, alimentando uma narrativa segundo a qual uma certa "inovação", na forma de uma prática social ou instituição jurídica, deve ser considerada "estrangeira" ou "ocidental", e, portanto, ser visto com desconfiança; por outro lado, superar a odiosa discriminação legislativa pela jurisprudência, sem construir um processo de conscientização "de baixo para cima" que eventualmente se reflita na reforma legislativa, pode revelar-se uma conquista frágil²⁶.

O caso queniano aqui examinado também destaca outra dinâmica, paradoxal, desencadeada pelo *judicial dialogue* transnacional, ou melhor, pela recusa, contestada pela Corte, de adotar uma decisão na esteira já traçada por outros tribunais de autoridade em nível internacional. Com efeito, seria de esperar que a insistência na "resistência às influências ocidentais" levasse à rejeição de dispositivos legislativos resultantes da imposição colonial de modelos alheios, como os dispositivos do código penal queniano que criminalizam a homossexualidade (que reproduzem a *anti-sodomy law* indiana e, portanto, britânica). Por outro lado, o simples fato de as regras contestadas terem sido impostas pelos "patrões coloniais" britânicos não foi considerado motivo para rejeitar as próprias regras, na medida em que "*they are still good law*" (par. 194 da sentença).

Do ponto de vista da circulação de modelos e das (supostas) reações de "rejeição" ao transplante colonial de instituições jurídicas originárias de outros lugares, parece paradoxal que a repressão criminal à homossexualidade seja apresentada pelos juízes como uma bandeira da autenticidade da "identidade africana", quando essa se configura como resultado da colonização britânica e quando a maior parte dos sistemas jurídicos que qualificam, ainda hoje, a homossexualidade como crime conheceram a dominação britânica²⁷.

²⁴ NOVAK, Andrew. **Transnational Human Rights Litigation**. Challenging the Death Penalty and Criminalization of Homosexuality in the Commonwealth. Cham: Springer, 2020

²⁵ NOVAK, Andrew. Using International and Foreign Law in Human Rights Litigation: The Decriminalization of Homosexuality in Belize. **Journal of Human Rights Practice**, 2/2018, p. 347

²⁶ WAITES, Matthew. The new trans-national politics of LGBT human rights in the Commonwealth: what can UK NGOs learn from the global South?. STELLA, Francesca, TAYLOR, Yvette, REYNOLDS, Tracey, ROGERS, Antoine (eds.). **Sexuality, Citizenship and Belonging: Trans-National and Intersectional Perspectives**. London: Routledge, 2016, pp. 73-94.

²⁷ HUMAN RIGHTS WATCH. **This Alien Legacy**. The Origins of "Sodomy" Laws in British Colonialism. December 2008, <https://www.hrw.org/report/2008/12/17/alien-legacy/origins-sodomy-laws-british-colonialism>, pp. 7-8.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma preocupação comum em relação à aplicação judicial da estratégia de “*judicial dialogue*” transnacional é que os juízes possam impor seus valores por meio da aplicação de mecanismos aplicados de modo indiscriminado e sem rigor metodológico. Embora esse problema seja comum também ao uso da comparação jurídica, do transjudicialismo e da importação de doutrinas estrangeiras, recomenda-se que tal estratégia seja acompanhada de contrastes com o contexto histórico, cultural, institucional, político e cultural dos Estados e do cenário de cada Corte Constitucional envolvida no processo.

No entanto, há outro aspecto da estratégia de “*judicial dialogue*” transnacional baseada na virtude social que revela os contornos da dimensão culturalmente relativa do conceito. A conduta e o tratamento socialmente valorizados variam de país para país com base nas tradições locais e nas relações sociais. O aspecto culturalmente relativo dos direitos e fatos sociais normatizados demanda atenção, sob pena de banalização da estratégia, rejeição institucional das interpretações e inovações produzidas, bem como, o efeito caudatário de ineficácia e ausência de efetividade das mudanças propostas.

Sobre o argumento de mandado de criminalização e do sentido do protagonismo das Cortes Constitucionais essa preocupação é potencializada. Afinal, tais ocorrências estão diretamente associadas com a realidade contingencial de cada Estado e dos desafios institucionais e políticos a serem superados em determinado tempo e espaço, ao exemplo de que a discriminação a ser eliminada no Brasil, no Quênia e/ou nos Estados Unidos não se apresenta pela mesma forma.

A estratégia de “*judicial dialogue*” transnacional, utilizada pelas Cortes Constitucionais deve considerar que a identidade e o valor individuais em muitas ocasiões dependem de como os membros individuais da comunidade consideram e valorizam uma personalidade individual. Embora a preocupação com a Justiça seja um desiderato universal, seu conteúdo depende em grande parte dos valores sociais, religiosos e tradicionais de certas comunidades.

Por outro lado, não se recomenda o enclausuramento das Cortes Constitucionais para suas homônimas ou o desprezo para decisões produzidas no estrangeiro, pois abriria uma senda de descompasso entre realidades locais e globais, cujo efeito atingiria, dentre outros, o sistema protetivo de Direitos Humanos. Logo, tanto a menção nominal de casos judiciais estrangeiros, como massificação retórica, quanto a repulsa às decisões estrangeiras, por discursos anticolonialistas são extremos que não se coadunam com a contribuição da estratégia de “*judicial dialogue*” transnacional.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALLARD, Julie, GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização**: a nova revolução do direito. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras**. Entre globalização e pós-globalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COTTERRELL, Roger. What is transnational law? **Law & Social Inquiry** – Queen Mary University of London, London, n. 2, 2012.

FRIEDMAN, Andrew. **Beyond cherry picking**; selection criteria for the use of foreign law in domestic constitutional jurisprudence. 2011.

HUMAN RIGHTS WATCH. **This Alien Legacy**. The Origins of “Sodomy” Laws in British Colonialism. December 2008, <https://www.hrw.org/report/2008/12/17/alien-legacy/origins-sodomy-laws-british-colonialism>. Acesso em 19 de abril de 2022

LOCCHI, Maria Chiara. Il movimento globale verso la depenalizzazione dell'omosessualità si arresta a Nairobi: la *High Court* del Kenya conferma la legittimità costituzionale dell'*anti-sodomy law*. **Federalismi, Focus Africa**, federalismi.it, 2019.

MUCHLINSKI, Peter T. 'Global bukowina' examined: viewing the multinational enterprise as a transnational law-making community. In: TEUBNER, Günther (ed.). **Global law without a state**. Brookfield: Dartmouth, 1997.

NICOLINI, Matteo. “When Southern African Courts Join Judicial Conversation”: considerazioni introduttive a una ricerca sugli attori del dialogo costituzionale. In: CUKANI, Entela, DICOSOLA, Maria, NICOLINI, Matteo, POGGESCHI, Giovanni. **Rischi e potenzialità del dialogo costituzionale globale**. Per la costruzione di un 'itinerario' geo-giuridico mediante la comparazione nel diritto pubblico. Napoli. ESI, 2015.

NICOLINI, Matteo. **La giustizia costituzionale in Africa australe**. Bologna: Filodiritto Editore, 2015.

NOVAK, Andrew. Using International and Foreign Law in Human Rights Litigation: The Decriminalization of Homosexuality in Belize. **Journal of Human Rights Practice**, 2/2018.

NOVAK, Andrew. **Transnational Human Rights Litigation**. Challenging the Death Penalty and Criminalization of Homosexuality in the Commonwealth. Cham: Springer, 2020.

PAFFARINI, Jacopo. **Modelli costituzionali e società di mercato**. Lima: EGACAL, 2015.

PAFFARINI, Jacopo. O Transjudicialismo processual e as Cortes de Justiça estatais. In: FORTES, Vinícius Borges *et alii*. (Org.). **Seminário acadêmico de direito IMED: o novo código de processo civil e os desafios para o direito e para a democracia**. Carazinho: Deviant, 2015.

SANTOS, Cecília MacDowell dos. **A mobilização transnacional do direito**. Portugal e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Coimbra: Almedina, 2012.

SASSEN, Saskia. **Territorio, autoridad y derechos**. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales. Buenos Aires: Katz, 2015.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communication. **University of Richmond Law Review**, Richmond, v. 29, 1994-1995.

STAFFEN, Marcio Ricardo. On the Authority of Transnational Law. **Estudios Socio-Jurídicos**, Bogotá, v. 23, n. 1, 2021.

VON BENDA-BECKMANN, Franz; VON BENDA-BECKMANN, Keebet; GRIFFITHS, Anne. **The power of law in a transnational world**. New York: Berghahn, 2012,

VON BOGDANDY, Armin. Common principles for a plurality of orders: A study on public authority in the European legal area. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford: v 12, n 4, out. 2014, p. 983

WAITES, Matthew. The new trans-national politics of LGBT human rights in the Commonwealth: what can UK NGOs learn from the global South?. STELLA, Francesca., TAYLOR, Yvette, REYNOLDS, Tracey, ROGERS, Antoine (eds.). **Sexuality, Citizenship and Belonging: Trans-National and Intersectional Perspectives**. London: Routledge, 2016.

Recebido em: 12/07/2022

Aprovado em: 14/12/2022