

O DIÁLOGO ENTRE JUÍZES NA FRAGMENTADA ORDEM DO DIREITO PÓS-NACIONAL

Fernando Lopes Ferraz Elias  

Contextualização: Inicialmente, delineamos os principais elementos estruturais da ordem jurídica pós-nacional. Em seguida, destacamos duas visões opostas, o constitucionalismo e o pluralismo, alinhando suas propostas a respeito do direito pós-nacional, bem como as críticas que lhe são endereçadas. Finalmente, investigamos a existência de interpretações cruzadas entre contenciosos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e de outras instâncias de solução de conflitos internacionais, por meio de referências explícitas e implícitas. Portanto, o presente estudo limita-se a questões pertinentes à estrutura da ordem jurídica pós-nacional, como o relacionamento entre diferentes direitos e jurisdições.

Objetivos: O objetivo deste artigo é analisar a internacionalização do Direito a partir do diálogo entre juízes da Corte Interamericana de Direitos Humanos com os de outras instâncias de solução de conflitos internacionais.

Método: Para isso, realizamos uma pesquisa dogmático-jurídica, consoante o método hipotético-dedutivo, a partir da análise qualitativa e mediante a revisão da literatura especializada a respeito do assunto.

Resultado: Concluímos que as novas relações entre o local e o global implicaram uma mudança para uma ordem jurídica pós-nacional em que diferentes direitos e jurisdições operam em esferas separadas, mas que se misturam, cujos antagonismos podem ser minimizados pelo processo de fertilização cruzada como ferramenta para a construção de uma ordem no direito internacional a partir do preenchimento de eventuais lacunas oriundas do processo de fragmentação desse direito. Sem manifestar pretensões de identificar o conteúdo desse direito, tampouco de exaurir o tema, o trabalho destina-se a aventar o debate pela comunidade jurídica ao trazer contribuições teóricas e empíricas.

Palavras-chave: Direito pós-nacional; Constitucionalismo; Pluralismo; Diálogo entre juízes; Anomia no âmbito da IA.

EL DIÁLOGO ENTRE JUECES EN EL ORDEN FRAGMENTADO DEL DERECHO POSNACIONAL

Contextualización: Inicialmente, se esbozan los principales elementos estructurales del ordenamiento jurídico posnacional. A continuación, destacamos dos visiones opuestas, el constitucionalismo y el pluralismo, alineando sus propuestas respecto al derecho posnacional, así como las críticas que se les dirigen. Finalmente, investigamos la existencia de interpretaciones cruzadas entre los procesos contenciosos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y otras instancias de solución de controversias de conflictos internacionales, a través de referencias explícitas e implícitas. Por lo tanto, el presente estudio se limita a cuestiones pertinentes a la estructura del ordenamiento jurídico postnacional, como la relación entre los diferentes derechos y jurisdicciones.

Objetivos: El objetivo de este artículo es analizar la internacionalización del derecho a partir del diálogo entre jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los de otras instancias de resolución de conflictos internacionales.

Método: Para ello, se realizó una investigación dogmático-jurídica, según el método hipotético-deductivo, a partir del análisis cualitativo y a través de la revisión de la literatura especializada sobre el tema.

Resultados: Se concluye que las nuevas relaciones entre lo local y lo global han implicado un cambio hacia un orden jurídico post-nacional en el que diferentes derechos y jurisdicciones operan en esferas separadas pero entremezcladas, cuyos antagonismos pueden ser minimizados por el proceso de fertilización cruzada como herramienta para la construcción de un orden en el derecho internacional, llenando los vacíos que surgen del proceso de fragmentación de este derecho. Sin manifestar pretensiones de identificar el contenido de este derecho, ni de agotar el tema, el trabajo pretende sugerir el debate por parte de la comunidad jurídica aportando aportes teóricos y empíricos.

Palabras clave: Post-national law. Constitutionalism. Pluralism. Dialogue between judges.

DIALOGUE BETWEEN JUDGES IN THE FRAGMENTED ORDER OF POST-NATIONAL LAW

Contextualization: Initially, we outline the main structural elements of the post-national legal order. Next, we highlight two opposing visions, constitutionalism and pluralism, aligning their proposals regarding post-national law, as well as the criticisms that are addressed to them. Finally, we investigate the existence of cross-interpretations between litigation of the Inter-American Court of Human Rights and other instances of international conflict resolution, through of explicit and implicit references. Therefore, the present study is limited to issues pertinent to the structure of the post-national legal order, such as the relationship between different rights and jurisdictions.

Objectives: The objective of this article is to analyze the internationalization of law based on the dialogue between judges of the Inter-American Court of Human Rights and those of other instances of international conflict resolution.

Methodology: For this, we carried out dogmatic-legal research, according to the hypothetical-deductive method, based on qualitative analysis and through the review of the specialized literature on the subject.

Results: We conclude that the new relations between the local and the global have implied a shift to a post-national legal order in which different rights and jurisdictions operate in separate but intermingling spheres, whose antagonisms can be minimized by the process of cross-fertilization as a tool for the construction of an order in international law by filling any gaps arising from the process of fragmentation of this law. Without manifesting pretensions to identify the content of this right, nor to exhaust the subject, the work aims to suggest the debate by the legal community by bringing theoretical and empirical contributions.

Keywords: Post-national law; Constitutionalism; Pluralism; Dialogue between judges.

INTRODUÇÃO

O presente estudo debruça-se sobre questões estruturais do direito pós-nacional, como o relacionamento entre diferentes ordens e jurisdições. A sociedade pós-nacional ostenta algumas peculiaridades, dessa maneira, deve-se buscar uma estrutura jurídica capaz de emoldurar essas idiosincrasias. A importância do tema está ligada à insuficiência da atual teoria jurídica para se entender a internacionalização do direito, ou seja, as diversas interações ocorridas entre diferentes ordenamentos jurídicos nacionais e entre estes e o próprio direito internacional, em outras palavras, as novas relações entre o local e o global e a forma como afetam o direito.

Daí a necessidade de se revisitar conceitos e paradigmas clássicos e, a partir da análise do direito pós-nacional, confrontar elementos do constitucionalismo com os do pluralismo a fim de identificar as instituições que compõem a estrutura do direito pós-nacional. Assim, como modelos para a construção de uma teoria geral sobre a estrutura da ordem jurídica pós-nacional adequada às novas perspectivas que permeiam as relações internacionais, serão analisadas duas visões estruturais opostas: constitucionalismo e pluralismo. Por um lado, o constitucionalismo busca construir uma estrutura preponderante em que se determine uma hierarquia no relacionamento entre os diferentes níveis de direito e a distribuição de poderes entre as instituições, consoante relações de subordinação. Por outro, o pluralismo não entende essa estrutura preponderante como algo possível ou desejável, senão vislumbra relações de coordenação, assim, a supremacia no relacionamento entre os direitos é conferida pela política e não por uma regra jurídica, pois, no espaço pós-nacional de profunda diversidade social e grande contestação, criar uma ordem implica abandonar estruturas sociais clássicas.

Todavia, remanesce a questão: é possível delimitar a estrutura do direito pós-nacional? Conquanto ainda não se tenha uma resposta completa para essa indagação, é certo que a tentativa de se construir uma teoria geral sobre a estrutura do direito pós-nacional não pode olvidar o diálogo entre juízes de instâncias de solução de conflitos internacionais como sinalizador da gênese de uma unidade no fragmentado substrato do direito internacional, a exemplo dos contenciosos da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Por um lado, para a construção de valores comuns, ambição claramente identificada na seara dos direitos humanos, é indispensável o respeito às especificidades culturais do direito e da jurisdição. Não há, tampouco deve haver, um caminho unidirecional de cumprimento de decisões internacionais. Por outro, citações cruzadas são utilizadas tanto para reforçar institutos jurídicos internacionais edificados por meio de tratados, costumes ou princípios gerais do direito, quanto para legitimar elementos

jurídicos novos. Assim, nesse contexto de falta de uma definição clara de competências no Judiciário Internacional, o diálogo entre os juízes transforma-se numa ferramenta valiosa na correção de assimetrias e construção de uma ordem.

1. O DIREITO PÓS NACIONAL

1.1 Histórico

Finda Guerra Fria, esperava-se superar o período anterior de crise, por meio do constitucionalismo, como modelo jurídico para todo o mundo, e do Direito Internacional, como esperança de um mundo mais justo, com novas instituições jurídicas, baseadas em valores comuns e adequadas aos novos desafios¹. Contudo, o século XXI revela uma mudança do centro de gravidade do Estado-Nação para um novo e amplo espaço político. Hoje não cabe a discussão se ocorreu, mas em que direção essas mudanças se deram e quais os efeitos dessa transformação para a ordem jurídica.

Dentre elas, o surgimento de um novo direito ou, um novo formato de direito², o direito pós-nacional, em que institutos jurídicos com obrigações gerais, universais, claramente definidas no século XIX e consolidadas no século XX cedem espaço a um complexo de relações privadas. Diante disso, incertezas relativas ao conteúdo e à estrutura desse direito pós-nacional geraram uma “desordem de ordens”, marcada pela tentativa de substituir a clássica configuração *westfaliana*.

Por mais de dois séculos, legisladores endossaram os princípios associados ao direito internacional e à soberania, entretanto; num ambiente marcado por múltiplas normas, poderes assimétricos, conflitos domésticos e a ausência de qualquer autoridade hierárquica; eles nunca puderam ser presumidos³.

Nesse sentido, o registro do sangue derramado no século XX desafia o paradigma do século XVIII e parece resultar mais do abuso do que da ausência do poder soberano. Um reino de paz e prosperidade depende menos de novos Leviatãs e de um condomínio de príncipes todo-poderosos do que de instituições políticas representativas, da proteção de direitos da minoria e da autonomia de grupos não-estatais, ou seja, do envolvimento de governos numa densa rede de relações socioeconômicas transnacionais. Essas profundas mudanças podem conduzir a um novo direito internacional aplicável a todos

¹ KRISCH, Nico. **Beyond constitutionalism**: the pluralism structure of postnational law. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 4.

² FARIA, J. E. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 325.

³ KRASNER, Stephen D. **Sovereignty**: organized hypocrisy. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 44.

Estados, ainda que positivado por apenas alguns⁴.

Em tempo, não se deve olvidar que esse direito internacional positivista sempre esteve fundado em quatro tendências tomadas como paradigmas superiores: a geografia europeia, a religião cristã, a economia mercantil e a política imperialista. Assim, o outro é “civilizado” à imagem do criador, consoante a verdade eterna de que apenas os Estados europeus são soberanos⁵. De toda maneira, observa-se um processo de jurisdicionalização do direito internacional ou internacionalização do direito, caracterizado por diferentes instrumentos de criação, implementação e controle do direito. Em outras palavras, com a emergência da globalização e da governança global, a lei se tornou pós-nacional.

1.2 Elementos de um direito fragmentado e complexo

1.2.1 Surgimento de novos atores internacionais

A governança global produz efeitos subversivos ao desalojar conhecimentos tradicionais e redesenhar os papéis da política e do direito⁶. O sistema jurídico transforma-se junto com as transformações da sociedade. Trata-se do resultado natural de uma nova configuração de relações de governança entre o nacional e o internacional, movida pelas transformações sociais, tecnológicas, econômicas, científicas, políticas, entre outras⁷.

Na seara dos direitos humanos, as interações entre as normas internacionais e a criação de novos órgãos implicam processos de fertilização cruzada e a fecundação cruzada, isto é, de solidariedades entre essas normas e esses mecanismos de controle, em outras palavras, de enriquecimento recíproco, seja por meio do substrato que as nutre, seja por seu mecanismo de reprodução. Estados, organizações internacionais e a sociedade civil participam, em diferentes níveis, da construção desse direito⁸. O termo pós-nacional refere-se ao rompimento da clássica separação de regras da esfera de Direito Interno e Internacional, devido a mudanças na produção de direitos independente de processos políticos em que o Estado-Nação ocupe papel central e soberano na produção normativa, senão o mesmo que outros atores, como Empresas Transnacionais e ONGs⁹.

Observa-se a construção, implementação e controle do direito por meios de novos

⁴ SLAUGHTER, Anne-Marie. International law in a world of liberal states. *European Journal of International Law*, n. 503, 1995, p. 538.

⁵ MUTUA, Makau W. Savages, victims, and saviors: the metaphor of human rights. *Harvard International Law Journal*, v. 42, n. 1, p. 233-243, 2001. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=15255471>. Acesso em: 04 set. 2023.

⁶ KRISCH, Nico. **Beyond constitutionalism**: the pluralism structure of postnational law, p. 307.

⁷ VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do direito**. Tese de Livre Docência. São Paulo, 2012, f. 318.

⁸ TURGIS, Sandrine. Les Interactions entre les norme internationales relatives aux droits de la personne. Paris: Editions A. Pedone, 2010, p. 19 – 21, 159.

⁹ KRISCH, Nico. **Beyond constitutionalism**: the pluralism structure of postnational law, p. 6.

atores, estatais e não estatais, domésticos, internacionais e transnacionais. Houve uma multiplicação do número de Estados, mas também a emergência de atores subnacionais e transnacionais, públicos e privados capazes de criar, implementar e controlar o direito internacional por mecanismos distintos. Em paralelo, nota-se a expansão de normas privadas, transnacionais, que seguem uma lógica independente das demais. Destarte, há uma nova complexidade em que os atores de uma nova esfera global, além do Estado e das Organizações Internacionais, ganham mais densidade no plano internacional, criam normas imponíveis a grupos humanos - por vezes mais densas e efetivas do que as normas interestatais - e que, embora não sejam cogentes para os Estados, integram um direito pós-nacional. Portanto, não é conveniente falar em novas fontes do direito internacional, mas em novas fontes de um direito pós-nacional, sem o qual o direito internacional simplesmente inexistente na realidade atual¹⁰.

1.2.2 Multiplicidade de subordens jurídicas

A integração por meio de normas jurídicas internacionais ocorre com maior frequência no direito do comércio internacional, no direito ambiental e sanitário, na proteção internacional dos direitos humanos e do direito humanitário. Cada subsistema do sistema jurídico tem características próprias, por vezes antagônicas, fruto de um processo recente e ainda em consolidação de expansão e busca por legitimação e efetividade, ou seja, desenvolvem mecanismos próprios e especializados de construção normativa, reconhecimento de validade de normas, de hierarquia e de efetividade. Alguns se constroem com base em órgãos com maior centralidade, como no direito humanitário ou no direito do comércio internacional. Outros se constroem de forma descentralizada, como o direito internacional do meio ambiente. Outros ainda se consolidam a partir do incrementalismo de diferentes órgãos de controle, como os direitos humanos. Em poucas palavras, trata-se de normas com diferentes níveis de cogência, com diferentes níveis de interação, em várias esferas distintas de operação do fenômeno jurídico¹¹.

Assimetrias de poder devem ser destacadas. Recursos materiais e ideológicos aumentam a capacidade do Estado concretizar seus interesses. O doméstico exerce grande influência no direito internacional, por isso a norma internacional é contraditória e o apelo às armas recorrente aos países. O direito internacional não é irrelevante, contudo, não ostenta o peso considerável. Quando existem no sistema internacional, as normas são instrumentais e não se encontram interrelacionadas. Isso explica por que os seus formuladores concordam com violações à soberania quando úteis a seus interesses instrumentais. O ambiente internacional é caracterizado por normas contraditórias,

¹⁰ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito*, f. 370, 419, 432 e 455 – 456.

¹¹ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito*, f. 323 – 324, 419 e 432.

portanto, em conflito, jamais por ser um conjunto coerente de leis¹². No mundo como agora se nos apresenta, a soberania estatal se tornará menos absoluta e a identidade nacional menos unitária. Como resultado, os direitos humanos serão garantidos internamente por uma sobreposição de direitos¹³.

Esse fenômeno de “proliferação ou inflação normativa do direito internacional da pessoa humana”, cuja produção varia em virtude: (i) dos domínios em que é gerada, ou seja, desde os nacionais, passando pelo regional e sub-regional, até o internacional; (ii) do status da norma que é produzida, isto é, desde as meramente declaratórias até as juridicamente vinculativas; e (iii) do subsistema internacional de sua gênese, não exclusivamente o relativo aos direitos humanos. Nesse processo, há dicotomia não apenas entre o universal e o regional, mas também o que a autora chama de “polisistemas simultâneos”, ou seja, da sobreposição de sistemas jurídicos regionais especializados em razão da matéria e destinados aos mesmos sujeitos, engendrando uma “concorrência entre sistemas”. Dessa maneira, o frenético ritmo de produção normativa gerou uma superabundância de normas internacionais de direitos da pessoa humana, destarte, um mesmo direito pode se revelar em vários estados normativos: declaração, convenção, direito internacional geral, norma costumeira, princípio geral de direito ou norma imperativa; intitulado por Turgis de “metamorfoses”¹⁴.

Além disso, o direito seria não apenas aquele construído pelos Estados (internacionais) por meio dos mecanismos tradicionais, mas por seus atores públicos e privados internos (transnacionais), com graus variáveis de cogência e, quiçá, oponível aos próprios Estados (supranacional)¹⁵. É possível identificar nesse processo a criação de lógicas comunicativas próprias, inerentes a cada subsistema jurídico, que geram novas formas de intermediação entre o direito e a política, com a fixação de critérios próprios de pertencimento ao sistema, de solução de antinomias normativas, de forma transnacional, de busca de efetividade e de legitimidade. Dessa forma, haveria formação de fragmentos constitucionais, além de um adensamento jurídico¹⁶.

O direito internacional no século XXI se constrói assim, dentro de um crescente processo de especialização. Não apenas há a multiplicação de temas, o adensamento de juridicidade, a multiplicação de tratados e de mecanismos de efetividade, mas também a interação umbilical com novas formas de construção do direito não-estatal, sem as quais

¹² KRASNER, Stephen D. **Sovereignty**: organized hypocrisy, p. 50 e 52.

¹³ IGNATIEFF, M (Org.). **Human rights as politics and idolatry**. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2001, p. 34.

¹⁴ TURGIS, Sandrine. Les Interactions entre les norme internationales relatives aux droits de la personne, p. 30 – 37.

¹⁵ DELMAS-MARTY, M; IZORCHE, M.-L. Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit: réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste. In: **Revue internationale de droit comparé**, v. 52, n. 4, oct.-déc., 2000, p. 780.

¹⁶ TEUBNER, G. **Constitutional fragments**. Oxford: OUP, 2012.

o direito internacional simplesmente inexistiria¹⁷. Ato contínuo, à maior especialização da sociedade global, contempla-se uma maior especialização do direito internacional. Num cenário de múltiplas lógicas normativas, a complexidade está em articular as novas racionalidades como um conjunto unitário.

1.2.3 Reconstrução da legitimidade

Legitimidade é um termo livre que pode significar qualquer coisa desde validade legal via vontade popular até apelo moral¹⁸. No sentido de produção pela autoridade competente, legitimidade dissocia lei de moral e transforma aquela no principal instrumento de controle social. Deriva da conformidade com preceitos morais. Conformidade surge do senso de obrigação de aderir a normas da comunidade¹⁹. Na visão clássica (positivista), direito interno e internacional, conquanto baseados em formas distintas de legitimidade - a vontade soberana de um Estado, capaz de impor verticalmente condutas aos seus cidadãos; e o consenso entre Estados, num cenário de relações internacionais de coordenação - formam um mesmo sistema jurídico hierárquico, linear e arborescente.

A hierarquia é construída em relação à noção de superioridade de algumas normas sobre as outras. A linearidade diz respeito ao fluxo das relações, sempre unilateral entre os diferentes níveis hierárquicos. A arborescência refere-se a diferentes ramos criados a partir de um núcleo central. A pirâmide é tipicamente utilizada para ilustrar o modelo, construída a partir de uma base sólida ou a *grundnorm* kelseniana²⁰. O desafio hoje está em lançar mão desse paradigma para entender normas que têm diferentes níveis de fundamento de validade e hierarquia, conforme o subsistema e o nível da camada em que é aplicado: nacional, regional ou internacional. A validade da norma é, a um só tempo, formal, empírica e axiológica (plural), com diferentes níveis de efeitos e é circular, isto é, não resulta de maneira isolada da interação dos atores ou dos diferentes atores²¹.

Dessa forma, o surgimento da lei pós-nacional pressiona as formas conflitantes de legitimidade das ordens nacional e internacional. Como a aproximação entre ambas as esferas e a atuação de diferentes atores, a legitimidade do Direito Internacional não pode mais repousar sobre o consentimento, o que suscita o debate sobre a fragmentação do

¹⁷ VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do direito**, f. 370.

¹⁸ WALDRON, Jeremy. Is Dignity the Foundation of Human Rights? **New York University School of Law, Public Law Research Paper Series, Working Paper p. 13**, Janeiro, 2013. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2196074> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2196074>. Acesso em: 03 set. 2013.

¹⁹ KRASNER, Stephen D. **Sovereignty: organized hypocrisy**, p. 64.

²⁰ OST, F.; KERCHOVE. **De la pyramide au reseau: pour une théorie dialectique du droit**. Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002, p. 3 – 4.

²¹ OST, F. **Legal system between order and disorder**. Oxford: Orford University Press, 1994, p. 98.

direito internacional em múltiplos e complexos regimes²².

As regras de hierarquia formal, tradicionais do direito nacional se perdem, cedendo lugar a novas lógicas de escolha da norma aplicável. A pluralidade aumenta as opções dos operadores jurídicos, na escolha da norma aplicável. Criam-se diferentes camadas de proteção, a partir dos sistemas jurídicos nacionais, regionais, internacionais, uma ampliação importante das oportunidades para todos os operadores do sistema, Estados e juízes. Os juízes podem se fundamentar em outros tribunais para fazer avançar sua própria jurisprudência. Por vezes, há um diálogo cruzado. Todavia, embora existam diferentes níveis de contato entre as camadas que operam o mesmo discurso, isso não significa fusão entre essas camadas. Cada esfera procura ao mesmo tempo reforçar suas singularidades e autonomia na escolha do direito aplicável. Dessa forma, de um lado há um grande processo de interação e fertilização cruzada. De outro, a expansão de núcleos normativos comuns, considerados cogentes pelos tribunais internacionais e com o tempo internalizados por diferentes órgãos nacionais, sem que o fenômeno seja uniforme nos diferentes países. A mesma diversidade normativa que permite avanços permite retrocessos²³.

A multiplicidade de direitos implica a perda da universalidade e com ela a perda da neutralidade. De maneira mais clara do que na concepção unitária, a lei se torna “particular”, reflete valores e projetos de indivíduos e grupos em concorrência com os de outros. Destarte, a parcialidade não é negativa, senão característica das sociedades pós-modernas²⁴. Não há como negar que todos os subsistemas apresentam dificuldades importantes de legitimação, dentro de uma racionalidade tradicional do direito internacional público. Como entender um direito não democrático ou com graus diferentes de efetividade ou construído por atores subnacionais ou, mais chocante para a teoria tradicional, por atores privados? A complexidade do direito internacional a partir da identificação de um novo cenário fático nos leva a refletir sobre os impactos na teoria do direito internacional, sobretudo sobre o conceito de fonte e de formas de controle do direito internacional²⁵.

1.2.4 Superação de antigas dicotomias

As categóricas distinções binárias - dentro e fora; lícito e ilícito - têm dado lugar a uma grande rede de expressões normativas além do Estado e de diferentes origens - nacional, regional e internacional. O Direito Pós-Nacional não é branco ou preto, ele se

²² KRISCH, Nico. **Beyond constitutionalism**: the pluralism structure of postnational law, p. 14 e 232.

²³ VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do direito**, f. 323 e 417 – 419.

²⁴ KRISCH, Nico. **Beyond constitutionalism**: the pluralism structure of postnational law, p. 308.

²⁵ VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do direito**, f. 370 – 371.

revela em tons de cinza. Com o desaparecimento da separação entre esses direitos, elementos centrais da política e da ordem jurídica doméstica dão lugar na esfera internacional ao compromisso de se acomodar a diversidade²⁶. Há um processo de expansão do direito internacional sobre temas até então tipicamente internos, um direito cada vez mais denso e efetivo, mas com diferentes lógicas de funcionamento, conforme o tema²⁷.

A multiplicação de organizações internacionais e a produção normativa engendram risco de fracionamento dos direitos humanos, cujas interações se caracterizam tanto por convergências, quanto por divergências. Esse excesso de normas sobrepostas; bem como a fragmentação de suas fontes, interpretações e aplicações; cria incertezas a respeito da jurisdição competente e a conseqüente insegurança quanto à proteção desses direitos, por exemplo, com a possibilidade de decisões conflitantes²⁸. Os subsistemas jurídicos podem ser considerados como sistemas em si, isolados das demais partes do grande sistema jurídico. Alguns autores defendem o fortalecimento de uma lógica funcional própria de cada subsistema jurídico, que conduz à fragmentação do direito como um todo e talvez à impossibilidade de considerar o Direito como um conjunto harmônico de elementos ou, ao menos, com regras próprias para a solução de conflitos normativos internos. O que seria considerado lícito para um ramo do direito, poderia ser considerado ilícito para outro²⁹.

2. VISÕES ESTRUTURAIS SOBRE O DIREITO PÓS-NACIONAL

Foram feitas incontáveis e insuficientes propostas à pós-nacionalização do Direito, com destaque para duas visões estruturais: constitucionalismo e pluralismo. O constitucionalismo procura transferir modelos domésticos para a esfera pós-nacional, enquanto o pluralismo vê a necessidade de ruptura com esses modelos e propõe novas alternativas ao reconhecer que não há mais separação entre os níveis do Direito, contudo, não procura estruturá-los numa ordem jurídica, como faz o constitucionalismo.

2.1. Constitucionalismo

Desde a criação do Estado Absolutista, o constitucionalismo, pedra angular da imaginação política ocidental por dois séculos, preocupa-se em limitar os poderes públicos. O constitucionalismo foi edificado para garantir direitos fundamentais dos indivíduos e limitar o poder estatal, sem comprometer sua eficiência organizacional³⁰.

²⁶ KRISCH, Nico. **Beyond constitutionalism**: the pluralism structure of posnational law, p. 13 e 298.

²⁷ VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do direito**, f. 323.

²⁸ TURGIS, Sandrine. Les Interactions entre les norme internationales relatives aux droits de la personne, p. 54.

²⁹ VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do direito**, f. 319 – 320.

³⁰ NEVES, M. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 120 - 121.

Ainda é utópico vislumbrar uma era além da soberania estatal. Ao invés de considerar a soberania estatal como um princípio ultrapassado, destinado a perecer na era da globalização, é necessário considerar que a soberania estatal é a base do sistema internacional e que os regimes constitucionais representam a melhor forma de garantir direitos fundamentais e proteção às minorias contra a tirania da maioria étnica³¹.

Para o constitucionalismo, a autoridade supranacional encontra sua fonte principal de estabilidade nas instituições e políticas domésticas. Todas as camadas de direitos que compõem o direito pós-nacional formam uma única esfera, consoante o monismo. Como consequência, normas globais, regionais e nacionais são aplicadas entre si, sem que se justifique o não comprometimento³². A força do constitucionalismo reside no fato dele, ou seja, o Estado, decidir sobre políticas domésticas sem a influência externa. As obrigações oriundas das leis internacionais, baseadas no consentimento estatal, são controladas pela implementação doméstica, cuja efetividade depende da soberania do Estado, em que pese a devida responsabilização internacional.

2.1.1. Críticas ao constitucionalismo

O Constitucionalismo dominou a tradição política ocidental nos últimos dois séculos, mas é improvável que consiga estruturar juridicamente as relações de uma sociedade tão diversificada e contestadora como a pós-nacional. Tentar adaptá-lo a esse cenário implicaria desnaturá-lo. Tentativas de “redomesticar” a governança global por meio de estruturas do Direito Constitucional dos Estados se mostram na teoria e na prática problemáticas. O constitucionalismo doméstico, base para a ordem jurídica internacional por muito tempo, mostra-se hoje pouco inclusivo, democrático e efetivo. Parece evidente a inadequação de uma governança global com elementos da política tradicional.

Democracia pressupõe processos políticos adequados e resultados efetivos. O cenário doméstico produziu comunidades coesas e instituições centralizadas capazes de implementar decisões democráticas. Hoje, e cada vez mais, as respostas requerem uma ação para além do Estado, deixando a teoria democrática num dilema. Destarte, ainda que pareça contraditório, diminuir esse controle hoje significa atender as demandas democráticas. Ademais, o Constitucionalismo é mais resistente à mudança, devido à sua ambição de enquadrar a política na lei, assim, não podendo oscilar de acordo com as mudanças políticas. Ao contrário, deve conter as mudanças por meio de limites legais, como a rigidez das emendas e isso é um problema no contexto pós-nacional caracterizado

³¹ IGNATIEFF, M (Org.). **Human rights as politics and idolatry**, p. 33 e 35.

³² KRISCH, Nico. **Beyond constitutionalism: the pluralism structure of postnational law**, p. 242.

por muitas e rápidas mudanças³³.

E também não é novo o espaço da política no direito. O contexto pós-nacional apenas acentuou a contestação política da neutralidade do direito. Esse é o dilema para o constitucionalismo pós-nacional: insistir na regra do direito é insistir na regra de um direito, uma política, um projeto sobre os outros. Num espaço em que relações de poder são centrais e arranjos governamentais fluidos, o constitucionalismo corre o risco de escolher uma perspectiva sobre as outras³⁴. É expressão dessa realidade o aumento da cooperação entre governos fora do campo jurídico, cooperação baseada no consenso e na não-obrigatoriedade dos compromissos, sem afetar as soberanias nacionais e sem a indesejável transferência de poderes a instituições internacionais. Protegem as reivindicações nacionais por supremacia.

2.2. Pruralismo

A multiplicidade de subordens na ordem jurídica pós-nacional opõe-se à ideia de unidade, central para a ideia de Direito. Assim, há fortes argumentos para se abandonar a unidade jurídica diante da multiplicidade de atores e da necessidade de se permitir uma efetiva contestação³⁵. Na governança pós-nacional - espaço institucional mais aberto, fluido e diverso do que o nacional - são impraticáveis e talvez nem mesmo desejados modelos domésticos com estruturas constitucionais rígidas, pensadas para sociedades homogêneas. Diante disso, é necessário considerar alternativas, como o pluralismo - mesmo que ele não coincida com nossas tradições políticas e expectativas comuns, mesmo que ele traga certos riscos - pois suas vantagens são mais significativas. O que domina a paisagem atual é o impreciso, o incerto, o instável ou, de forma mais provocadora, o *flo*, o doce, o *soft*³⁶.

O pluralismo jurídico enquanto maneira de lidar com a crise de unidade do Estado e do Direito, que procura ir além do monismo jurídico, visto como totalidade organizada e ordeira, que oculta as contradições que dilaceram a sociedade. Em outras palavras, a unidade do Estado e do Direito não é um ponto de chegada, mas sim um processo contínuo e aberto, pois as forças sociais não se constituem e se estabilizam de uma vez por todas, ao contrário, compõem-se e decompõem-se sem cessar, desempenhando o acordo das partes um papel fundamental neste processo³⁷. O pluralismo, no contexto pós-nacional, procura desenvolver uma estrutura normativa própria construída sobre a autonomia

³³ KRISCH, Nico. **Beyond constitutionalism**: the pluralism structure of posnational law, p. 23 e 262.

³⁴ KRISCH, Nico. **Beyond constitutionalism**: the pluralism structure of posnational law, p. 308.

³⁵ KRISCH, Nico. **Beyond constitutionalism**: the pluralism structure of posnational law, p. 297 e 303.

³⁶ DELMAS-MARTY, M. **Les forces imaginantes du droit**. v. III: La refondation des pouvoirs, Paris: Seuil, 2007, p. 6.

³⁷ LAFFER, C. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 71.

individual das pessoas e seu direito de determinar por qual política querem ser governados e como. Leis em conflito, distantes da universalidade e imparcialidade e próximas de interesses particulares. O pluralismo reclama uma ordem baseada não na força do constitucionalismo, mas nas escolhas³⁸.

Entre os autores do final do século XX e início do século XXI, há diferentes posições para explicar esses impactos, com destaque para a mudança de foco da teoria pluralista nos últimos anos. Alguns identificam pluralismo de fontes e atores dentro de uma ideia de fragmentação e contradição entre subsistemas jurídicos. A fragmentação é a expressão de múltiplas normas de validação. Outros destacam maior complexidade do direito internacional, que pode ser compreendida dentro dos limites das teorias tradicionais, derivadas desde os autores modernos até os clássicos do século XX, sobretudo no positivismo³⁹.

É possível traçar um espectro em que interpretações do fenômeno variam entre um “pluralismo razoável”, como concebido por Rawls, em que o consenso se realiza por recortes, até a ideia de um “pluralismo ordenado”, com níveis hierárquicos pouco precisos, consoante sugerido por Delmas-Marty e Izorche; ou com destaque para a interdependência de sistemas jurídicos internacionais, como idealizado por Turgis, sem de fato determinar qual direito comum, qual unidade, qual convergência e qual ordem resultam dessa técnica⁴⁰.

Dinâmicas pluralistas são importantes em termos democráticos não apenas por dar grande espaço à contestação, mas por refletir a indecisão social sobre qual política deve conduzir questões transfronteiriças. A governança global é mais inclusiva para os atores sociais e o pluralismo favorece a solução para suas demandas, gerando comprometimento, demanda por comprometimento institucional e mudança em processos normativos. O pluralismo, diferente do constitucionalismo, não necessita decidir sobre a hierarquia entre estruturas jurídicas nacionais, regionais e globais, uma vez que concede espaço para concorrência, mútua acomodação e eventual consenso, mediante coexistência entre as subordens no campo heterárquico, em que se afaste a ideia de conflito. Não se deve estabelecer pesos entre as normas, mas integrá-las de maneira que alcancem consistência e estabilidade entre si mais do que tentem se impor umas às outras. Políticas pluralistas são aquelas que deixam a supremacia aberta e preferem

³⁸ KRISCH, Nico. **Beyond constitutionalism**: the pluralism structure of postnational law, p. 25, 225 e 297.

³⁹ VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do direito**, f. 444, 535 -536.

⁴⁰ RAWLS, J. **Le libéralisme politique**. Paris: PUF, 1995, p. 63; DELMAS-MARTY, M; IZORCHE, M.-L. Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit: réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste. In: **Revue internationale de droit comparé**, p. 780; TURGIS, Sandrine. **Les Interactions entre les norme internationales relatives aux droits de la personne**, p. 505.

conteúdos políticos a determinações legais⁴¹.

O caráter dos atores, a distribuição de poder entre eles, o desenho de suas identidades e interesses. Instituições e estruturas formais devem facilitar essa mudança e finalmente reconfigurar a sociedade pós-nacional para que o constitucionalismo floresça. Até lá, o pluralismo parece equilibrar a rigidez e a flexibilidade que uma cooperação justa e estável requer. O pluralismo repensa o Direito, porque tanto concepções binárias quanto dicotomias perdem seu papel central em prol do Incrementalismo, ou seja, forma de autoridade gradativa, cujos ajustes de interesses e expectativas são construídos ao longo do tempo⁴². Isso posto, senão imune a críticas, comparado a outros modelos concretos, o pluralismo se mostra mais adequado à sociedade pós-nacional.

2.2.1 Críticas ao pluralismo

Os avanços de múltiplos fragmentos constitucionais ou de pluralismo não revelam um planeta mais democrático, mais justo ou necessariamente ‘melhor’, como, de forma inocente, se nota nos discursos construídos a partir da visão isolada de sistemas dos direitos humanos⁴³. O pluralismo, conquanto não possa ser considerado como uma visão normativa, tem sido usado para se entender a estrutura do direito para além do Estado. Todavia, edificado sobre um terreno pedregoso de princípios pouco claros, nenhum de seus argumentos mostra-se plenamente convincente. Democracia, Estado de Direito, poder e estabilidade são pontos fracos do pluralismo como concepção político-jurídica pós-nacional, devido à ausência de marcos jurídicos na tutela das relações sociais.

Ferramentas menos impositivas são úteis para acomodar compromissos, mas reduz a garantia de obrigatoriedade das normas, em razão de seu fraco elemento de coação. Necessitam de pelo menos uma “sombra (ameaça) de hierarquia” para evitar desgoverno e malandragem. Deixar as relações sob a tutela de subordens jurídicas configura um quadro ideal, mas deixa aos juízes e outras autoridades o dilema de como essas subordens se relacionam, posto que a falta de uma estrutura padrão é um convite a escolhas arbitrárias e comportamentos oportunistas e pouco compromissivos⁴⁴. A ausência de um marco institucional e legal configura constante ameaça à estrutura do pluralismo. A sua força é ao mesmo tempo a sua fraqueza.

Além disso, o pluralismo favorece o forte em detrimento do fraco ao permitir determinações políticas e não jurídicas no relacionamento entre as subordens. De fato,

⁴¹ KRISCH, Nico. **Beyond constitutionalism**: the pluralism structure of posnational law, p. 27, 302 – 304.

⁴² KRISCH, Nico. **Beyond constitutionalism**: the pluralism structure of posnational law, p. 263 e 306.

⁴³ VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do direito**, p. 557.

⁴⁴ KRISCH, Nico. **Beyond constitutionalism**: the pluralism structure of posnational law, p. 25 e 238.

uma ordem informal e não hierarquizada está suscetível, de uma maneira que o constitucionalismo não está, ao abuso e à manipulação pelos poderosos, que têm recursos para influenciar escolhas e poderes de coerção. Ademais, os atores mais fracos têm menos recursos para obter informação e participar de processos formais de definição de regimes, que muitas vezes tomam ciência das implicações no momento da implementação. Certeza e segurança jurídicas não são centrais no pensamento pluralista, conquanto, mesmo no contexto doméstico, a previsibilidade não seja assegurada em questões específicas. A maioria das críticas que o pluralismo recebe repousa sobre sua instabilidade⁴⁵. Assim, é de se questionar se uma ordem baseada na lei, a exemplo do constitucionalismo, que limita o poder dos Estados ao tratá-los todos de maneira igual, não seria mais adequada aos mais fracos do que uma ordem pluralista com estruturas abertas e flexibilizadas. É certo que o pluralismo traduz com mais exatidão do que outros modelos as estruturas pós-nacionais, mas sozinho não é suficiente ou atrativo. Diante disso, parece mais uma etapa para se atingir algo mais completo e definitivo.

3. O DIÁLOGO ENTRE JUÍZES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS COM OS DE OUTRAS INSTÂNCIAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS INTERNACIONAIS

No atual estágio das relações jurídicas internacionais, observa-se uma absoluta ausência de coordenação entre os tribunais. A carência de relações de hierarquia formal ou material, com regras claras ou uniformes, é tão marcante que transforma o direito internacional em um “não-direito”⁴⁶. O papel do diálogo de juízes é interpretar e controlar as interações entre as fontes normativas internacionais. Assim, ocorre um intercâmbio entre as jurisprudências dos colegas, favorecendo a coerência entre os trabalhos e o ganho de eficiência na relação entre organizações regionais e entre estas e organizações infra regionais, como consequência do processo de fecundação cruzada⁴⁷.

Pelo diálogo entre os juízes, interpretações jurídicas desenvolvidas em outros tribunais, estrangeiros ou internacionais, passam a ser compartilhadas. Trata-se de uma das pedras angulares dos defensores da existência ou da possibilidade de uma ideia de ordem no direito internacional contemporâneo, marcado pela complexidade com a profusão de redes de atores e de normas, de organizações e de tribunais. A ordem viria da interpretação judicial comum ou dialogada, respeitando-se as diferenças culturais ou de linguagem, dentro da margem nacional de apreciação de cada Estado. O uso do efeito ricochete de decisões de outros tribunais internacionais é uma das técnicas que poderiam favorecer a integração. Os tribunais passam a considerar violações de outros conjuntos

⁴⁵ KRISCH, Nico. **Beyond constitutionalism**: the pluralism structure of postnational law, p. 251 e 302.

⁴⁶ OST, F; KERCHOVE. **De la pyramide au réseau**: pour une théorie dialectique du droit, p. 71.

⁴⁷ TURGIS, Sandrine. Les Interactions entre les norme internationales relatives aux droits de la personne, p. 86, 180 – 181.

normativos como próprios de sua lógica, avocando competências e impondo seu direito⁴⁸.

Todavia, em que pese o papel fundamental exercido pelos juízes, no plano internacional, não se pode atribuir a eles a responsabilidade pela leitura da alteridade ou de pontes de ligação entre diferentes ordens normativas, pois, em regra geral, desconhecem os elementos culturais estrangeiros e possuem limitada capacidade de leitura política dos efeitos de suas decisões nos Estados. Além disso, quais seriam os princípios jurídicos universais da humanidade, ou mesmo, norteadores do sistema jurídico internacional? Como pressupor que juízes de diferentes países tenham visões sequer próximas sobre como concretizar pseudoprincípios jurídicos universais em face da grande diversidade cultural do mundo? A ideia de uma comunidade global de juízes de países liberais, por exemplo, parece subestimar a heterogeneidade cultural, não apenas em nível global, mas mesmo entre os diferentes regimes liberais⁴⁹.

De todo modo, a interpretação de normas internacionais de proteção à pessoa humana pode assumir a forma de uma interpretação cruzada, que pode ajudar na determinação do sentido de um direito ou do conteúdo de uma disposição, pela comparação entre dois ou mais direitos ou jurisprudências internacionais. Ademais, pode conduzir à identificação de certo nível internacional de desenvolvimento, consoante os padrões internacionais existentes⁵⁰. Destaca-se uma modalidade de interpretação cruzada, chamada de “interpretação criativa”, ou seja, o uso de interpretações de um tribunal por outro diante da dificuldade dos juízes internacionais com conceitos amplos e imprecisos do direito internacional⁵¹.

Na esfera regional e especializada em razão da matéria direitos humanos, é possível identificar a fertilização cruzada com referências explícitas e implícitas feitas em contenciosos da Corte Interamericana de Direitos Humanos a outras instâncias de solução de conflitos internacionais. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Zambrano Vélez v. Equador*, 2007, § 46, transcreve o entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos, no contencioso *Lawless v. Irlanda*, 1961, § 28, a respeito dos requisitos necessários para que se manifeste um estado de exceção.

No § 87 do mesmo contencioso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos discorre sobre o uso da força, especificamente, a importância da formação e capacitação dos membros das forças armadas e organismos de segurança estatais sobre os princípios e normas de proteção dos direitos humanos e sobre os limites a que deve estar submetido o uso das armas pelos funcionários encarregados de fazer cumprir a lei, quais sejam,

⁴⁸ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito*, f. 217 e 272.

⁴⁹ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito*, f. 533 – 534.

⁵⁰ TURGIS, Sandrine. *Les Interactions entre les norme internationales relatives aux droits de la personne*, p. 69 - 70.

⁵¹ OST, F; KERCHOVE. *De la pyramide au réseau*: pour une théorie dialectique du droit, p. 66.

disposições legais claras e treinamento adequado, com respaldo nos contenciosos *Erdogan e outros v. Turquia*, § 68; *Kakoulli v. Turquia*, §§ 109-110; *Kiliç v. Turquia*, 2000, § 62; e *Simsek e outros v. Turquia*, 2005, §§ 104 - 108, da Corte Europeia de Direitos Humanos.

E, ainda, no § 89 do referido caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos assinalou que as investigações sobre o uso excessivo da força devem estar abertas ao escrutínio público com o escopo de assegurar a responsabilidade dos agentes estatais, tanto em teoria como na prática, baseada nos seguintes casos, no âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos: *Tanis e outros v. Turquia*, 2005, § 204; *Isayeva v. Rússia*, 2005, § 214; e *Sergey Shevchenko v. Ucrânia*, 2006, § 65; sobre o controle adequado e verificação da legitimidade do uso da força. No mesmo sentido, a referida instância europeia, nos casos *Erdogan e outros v. Turquia*, § 68; *Makaratzis v. Greece*, 2004, § 59, e *McCann e outros v. Reino Unido*, § 150; estabeleceu que a avaliação sobre o uso da força com utilização de armas deve ser feita sobre todas as circunstâncias e no contexto dos fatos, incluindo as ações de planejamento e controle dos fatos examinados.

Por fim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no § 90 do caso em destaque, transcreveu o § 36 do Informe provisional sobre a situação mundial, apresentado pelo Relator Especial das Nações Unidas sobre execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias, Philip Alston, na Assembleia Geral, em 5 de setembro de 2006, que as normas de direitos humanos sobre o uso da força surgem do entendimento de que a irreversibilidade da morte justifica rigorosas salvaguardas do direito à vida, especialmente quanto às devidas garantias processuais. Um procedimento jurídico que respeite as devidas garantias processuais e chegue a uma sentença definitiva é um requisito essencial sem o qual a decisão de um Estado e seus agentes de matar alguém viola o princípio de que 'ninguém poderá ser privado da vida arbitrariamente' e, portanto, violaria o direito à vida.

No § 104, agora do contencioso *Gomes Lund v. Brasil*, 2010, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a caracterização do desaparecimento forçado de pessoas como violação múltipla e continuada de direitos humanos transcende a jurisprudência daquele Tribunal, ao citar a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, especificamente, os §§ 124 a 128 do contencioso *Kurt v. Turquia*, 1998; os §§ 104 a 106 do contencioso *Çakici v. Turquia*, 1999; os §§ 102 a 105 do contencioso *Timurtas v. Turquia*, 2000; os §§ 84 a 87 do contencioso *Tas v. Turquia*, 2000; e, ainda, os §§ 132 a 134 e 147 a 148 do contencioso *Chipre v. Turquia*, 2001.

No mesmo sentido, são referenciadas as seguintes decisões tomadas no âmbito do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas: *Solorzano v. Venezuela*, 1986, § 5.6; *E. e A.K. v. Hungria*, 1994, § 6.4; e, por fim, *Ivan Somers v. Hungria*, 1996, § 6.3. Destarte, no §

105 do contencioso *Gomes Lund v. Brasil*, 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos verificou a consolidação internacional do crime de desaparecimento forçado de pessoas como violação múltipla e continuada de direitos humanos, com supedâneo em julgados de outras instâncias de solução de conflitos internacionais.

No § 145, do mesmo contencioso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos citou os casos *Aksoy v. Turquia*, 1996, § 98; *Aydin v. Turquia*, 1997, § 103; *Selçuk e Asker v. Turquia*, 1998, § 96; e, finalmente, *Keenan v. Reino Unido*, 2001, § 123; em que a Corte Europeia de Direitos Humanos considerou, de acordo com a obrigação de investigar e, se for o caso, punir graves violações de direitos humanos no Direito Internacional, que, em casos de violações do direito à vida ou à integridade pessoal, a noção de um "recurso efetivo" implica, além do pagamento de uma compensação, quando proceda, e sem prejuízo de qualquer outro recurso disponível no sistema nacional, a obrigação do Estado demandado de levar a cabo uma investigação exaustiva e eficaz, capaz de conduzir à identificação e punição dos responsáveis, bem como ao acesso efetivo do demandante ao procedimento de investigação.

Da mesma maneira, no § 146, do contencioso trazido à baila, a Corte Interamericana de Direitos Humanos referenciou os §§ 97 e 98 do caso *Movimento Costa-Marfinense de Direitos Humanos (MCDH) v. Costa do Marfim*, 2008, sob os auspícios da Comissão Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos em que a concessão de total e completa imunidade contra o processamento e julgamento de violações de direitos humanos, bem como a falta de adoção de medidas garantidoras da punição dos autores dessas violações e devida compensação das vítimas, não apenas impedem que as últimas obtenham reparação dessas violações, negando-lhes, com isso, seu direito a um recurso efetivo, mas promovem a impunidade e constituem uma violação das obrigações internacionais dos Estados.

Outrossim, no § 161 do contencioso *Gomes Lund v. Brasil*, 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, para tutela de um recurso efetivo, sustentou a imprescritibilidade dos processos penais referentes a crimes considerados de grave violação aos direitos humanos, como a tortura, portanto, insuscetíveis de concessão de anistias ou perdões, com base no caso *Abdülsamet Yaman v. Turquia*, 2004, § 55, levado às barras da Corte Europeia de Direitos Humanos.

E, por fim, no § 162, ainda do mesmo caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com fulcro na jurisprudência da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, especificamente, os contenciosos *Associação da Malásia Africana e outros v. Mauritania*, 2000, § 83; e *Fórum da ONG de Direitos Humanos do Zimbábue v. Zimbábue*, 2006, §§ 211 e 215; salientou, respectivamente, que as leis de anistia não podem isentar o Estado que as adota do cumprimento das obrigações internacionais, e, ademais, que, ao

proibir o julgamento de autores de violações graves de direitos humanos, mediante a concessão de anistia, os Estados não só promoviam a impunidade, mas também eliminavam a possibilidade de que esses abusos fossem investigados e que as vítimas desses crimes dispusessem de um recurso efetivo para obter reparação.

Conquanto definidos em vários tratados, bem como, entre outras, nas jurisprudências das acima mencionadas jurisdições internacionais de proteção de direitos humanos, conceitos jurídicos – a exemplo da imprescritibilidade de crimes de grave violação aos direitos humanos, do direito de informação (comissões da verdade) e da impossibilidade de autoanistia, firmado com base no direito das vítimas a um processo equitativo e no direito dos povos à memória - se deram, no caso *Barrios Alto v. Peru*, 2001, no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com supedâneo em decisões de instâncias jurídicas internacionais, todavia, de maneira implícita, o que não significa a inexistência de diálogo entre os juízes desses órgãos, mas tão somente a ausência de referências expressas aos contenciosos de outros tribunais internacionais.

Ainda na seara das citações tácitas a fontes externas, a título de exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no contencioso *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, 1988, se valeu da lógica da decisão do caso *Rubio v. Colômbia*, 1987, sob a égide da então Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, contudo, sem citá-la. Do exposto, observa-se verdadeira convergência entre as decisões das diferentes instâncias de solução de conflitos internacionais no intuito da construção de uma unidade em torno da ideia de direitos humanos.

Mesmo que ainda seja prematuro vislumbrar uma espécie de comunidade informal de juízes, cujo intercâmbio engendraria decisões com efeitos extraterritoriais, como sustentado por Delmas-Marty, e menos prudente ainda advogar um movimento de magistrados de países liberal-democráticos imbuídos da construção de um Direito mundial válido para toda uma comunidade jurídica transnacional e viabilizado pela existência de valores comuns, como o devido processo legal e a realização da justiça, como quer, é inegável que traços de uma ordem jurídica global começam a ser desenhados pelo contato entre juízes internacionais, diminuindo a margem de apreciação judicial pelos Estados, consoante as concepções de Neves e, ainda mais especificamente, na tese de Turgis de que a via jurisprudencial da interpretação cruzada pode conduzir a uma certa unidade do direito internacional de proteção à pessoa humana ao afastar o perigo da superabundância de normas e órgãos responsáveis pela desagregação desse direito⁵².

Sem negar a existência desse processo novo e desafiador, contudo, devidamente

⁵² DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit*. v. III: La refondation des pouvoirs, p. 41 – 43; SLAUGHTER, Anne-Marie. *International law in a world of liberal states*, p. 519 - 520; NEVES, M. *Transconstitucionalismo*, 2009; TURGIS, Sandrine. *Les interactions entre les norme internationales relatives aux droits de la personne*, p. 454.

atento em não se superestimar sua importância, cumpre ponderar que não há unidade pela ação única dos juízes. Citar decisões de outros juízes não significa influência apenas do respectivo tribunal, senão de diferentes atores e ideias responsáveis por múltiplos processos na construção da internacionalização do direito. Por exemplo, conceitos de “margem nacional de apreciação” e “níveis de risco aceitáveis” são indispensáveis, sobretudo no campo dos direitos humanos, para regular o processo de internacionalização do direito ou para encontrar um mecanismo de acoplamento estrutural entre os diferentes subsistemas normativos⁵³.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No esforço hercúleo de se entender como se estrutura o direito pós-nacional, a única certeza que se tem é que nem o constitucionalismo, nem o pluralismo revelam proposta jurídica à altura de tão grande e aberta questão. Nessa nova sociedade internacional, marcada por um alto grau de diversidade e contestação, a lei não pode determinar sozinha como e quais fatos são relevantes (constitucionalismo), por um lado, tampouco pode se furtar a essa determinação (pluralismo), por outro. No complexo espaço pós-nacional, soluções fáceis são ilusórias. Nesse cenário *sui generis*, isolados uns dos outros, os argumentos constitucionalistas parecem ultrapassados e inadequados e os pluralistas parecem provisórios e acomodatórios. Entretanto, combinados, podem revelar a direção certa. O pluralismo pode ser, nesse momento, a peça que falta para o constitucionalismo se adaptar às novas circunstâncias. Por óbvio que seja, diante do dilema entre concepções de rigidez (constitucionalismo) e adaptabilidade (pluralismo), estará mais bem equipado aquele que possuir ambas.

Diante do embate entre unidade e fragmentação no campo jurídico pós-nacional, merece destaque o diálogo entre juízes de instâncias de solução de conflitos internacionais. Assim, ao investigar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, foi possível constatar referências explícitas e implícitas feitas a outras instâncias de solução de conflitos internacionais, um verdadeiro processo de fertilização cruzada capaz de conferir, no plano internacional, considerável unidade jurídica em torno da ideia de direito humanos. Mais do que isso, vislumbra-se um significativo movimento no sentido da construção de uma ordem jurídica global como resposta à sobreposição de ordens jurídicas desconexas.

⁵³ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito*, f. 531 e 534.

REFERENCIAS DAS FONTES CITADAS

DELMAS-MARTY, M. **Les forces imaginantes du droit**. v. III: La refondation des pouvoirs, Paris: Seuil, 2007.

DELMAS-MARTY, M; IZORCHE, M.-L. Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit: réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste. In: **Revue internationale de droit comparé**, v. 52, n. 4, oct.-déc., 2000, p. 753-780.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Trad. Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012. 515 p.

FARIA, J. E. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

IGNATIEFF, M (Org.). **Human rights as politics and idolatry**. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2001. 187 p.

KRASNER, Stephen D. **Sovereignty: organized hypocrisy**. Princeton: Princeton University Press, 1999. 264 p.

KRISCH, Nico. **Beyond constitutionalism: the pluralism structure of postnational law**. Oxford: Oxford University Press, 2010. 310 p.

LAFFER, C. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. 406 p.

MUTUA, Makau W. Savages, victims, and saviors: the metaphor of human rights. **Harvard International Law Journal**, v. 42, n. 1, p. 201-245, 2001. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=15255471>. Acesso em: 04 set. 2023.

NEVES, M. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

OST, F. **Legal system between order and disorder**. Oxford: Oxford University Press, 1994.

OST, F; KERCHOVE. **De la pyramide au réseau: pour une théorie dialectique du droit**. Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002.

RAWLS, J. **Le libéralisme politique**. Paris: PUF, 1995.

SLAUGHTER, Anne-Marie. International law in a world of liberal states. **European Journal of International Law**, n. 503, 1995, p. 502-538.

TEUBNER, G. **Constitutional fragments**. Oxford: OUP, 2012.

TURGIS, Sandrine. Les Interactions entre les norme internationales relatives aux droits de la personne. Paris: Editions A. Pedone, 2010.

VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do direito**. Tese de Livre Docência. São Paulo, 2012.

WALDRON, Jeremy. Is Dignity the Foundation of Human Rights? **New York University School of Law, Public Law Research Paper Series, Working Paper n. 12-73**, Janeiro, 2013. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2196074> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2196074>. Acesso em: 03 set. 2023.

COMO CITAR

ELIAS, Fernando Lopes Ferras. O diálogo entre os juízes na fragmentada ordem do Direito pós-nacional. **Revista Direito e Política**. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v^o 21, n^o1, 1^o quadrimestre de 2026. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/rdp.v21n1.p83-105>

SOBRE OS AUTORES:

Fernando Lopes Ferraz Elias

Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1998), Graduação em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1998), Mestrado em Relações Internacionais pela Universidade do Sul de Santa Catarina (2002). Doutorado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (2017). Experiência docente e de gestão acadêmica, desde 1999. Produção científica nas áreas de Direito e Relações Internacionais, com ênfase em Direito Internacional.

Received: 29/07/2024
Approved: 06/02/2026

Recebido em: 29/07/2024
Aprovado em: 06/02/2026