



Leovanir Losso Lisboa

TRANSPLANTES NORMATIVOS E ALGUMAS REFRAÇÕES DA SUA UTILIZAÇÃO EM DECISÕES JUDICIAIS

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º
Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em
Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Constitucional

2017



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Leovanir Losso Lisboa

Transplantes normativos e algumas refrações da sua utilização em decisões judiciais

Normative transplants and some refractions of it's usage on judicial decisions

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Constitucional

Orientadora: Professora Doutora Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares da Silva

Coimbra, 2017

Agradecimentos

Sra. Dra. Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares da Silva, pela orientação e confiança depositada.

Luciana Osório Cavalli, por tudo.

Meus pais, Lenio e Marilene, pelos valores.

Laércio Losso Lisboa, pela capacidade de ser feliz em qualquer momento e pela imprescindível contribuição ao trabalho.

Bruno Periolo Odahara, pela amizade e ideias críticas sempre construtivas.

“Gabi”, Ivo, “Paulão”, “Pri” e “Waltão”, por comprovarem a tese de que as amizades construídas no exterior são as mais fortes. Nada seria possível sem vocês.

Resumo e palavras-chave

O tema relativo aos transplantes normativos encontra material esparso tanto em livros como em artigos científicos, mas nenhum confere uma sistematização mínima para o problema. Busca-se, com o texto, a definição de bases comuns para a nomenclatura e o conceito, bem como demonstrar quais são as teorias prevalentes nesta matéria. Passa-se então para a discussão se o transplante é possível ou não e também se apresenta uma metodologia eventualmente possível de ser aplicada para que a transferência seja bem sucedida.

Fixadas as bases centrais, analisa-se o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem demonstrando sua origem e meio de funcionamento. Evolui-se no raciocínio apresentando três metodologias por ele aplicadas para fundamentar suas decisões para, ao final, ser apresentada crítica à função deste Tribunal quando promove o transplante normativo com base nas técnicas decisórias empregadas.

Passa-se então ao derradeiro capítulo, momento no qual se apresenta um problema específico brasileiro, qual seja, o que os Tribunais Superiores do país decidem acerca das questões relativas ao cheque. Faz-se breve explanação da constituição destes Tribunais seguida da exposição da legislação que rege o cheque no Brasil e, ao final, são tecidas críticas às decisões consolidadas das Cortes brasileiras sobre a questão, demonstrando a má utilização do transplante.

Palavras-chave: Transplante normativo; Tribunal Europeu dos Direitos do Homem; Atuação do TEDH na utilização dos transplantes; Supremo Tribunal Federal; Superior Tribunal de Justiça; Atuação do STF e STJ na utilização dos transplantes.

Abstract and key-words

The normative transplant theme has a lot of material about it, such in books as in scientific articles, but none of them offers a minimum systematization to the problem itself. With this text the Author tries to set the common bases to it's nomenclature and definition, and also demonstrates what are the predominant theories about the matter. The next discussion is wether the transplant is possible or not and the text brings a eventual methodology available for application so the transferi s well succeeded.

After setting the central bases, the European Court of Human Rights is analyzed, showing it's origin and working method. On the next moment, three methodologies used by the ECHR to fundament it's decisions are duely exposed and, as a final approach, a criticism is made about the Court when it executes the transplant using the two decision technics showed before.

The third chapter rises, instant when a typical brazilian issue is confronted, wich is, what sort of decisions are adopted by the Superior Courts about the matter related to the bank cheque. There's an exposition about the organization of these Courts, proceeding with a brief study about the laws of bank cheque valid nowadays in Brazil. At the end some thoughts are directed to the decisions pronounced by the brazilian Courts about the issue that demonstrate the normative's transplants bad use.

Key-words: Normative transplant; European Court of Human Rights; The ECHR procedure on using transplants; Supreme Federal Court; Superior Court of Justice; The SFC and SCJ procedure on using transplants.

Lista de siglas e abreviaturas

- BRICS – Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul
CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CPC – Código de Processo Civil
DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem
IKEA – Ingvar Kamprad Elmtaryd Agunnaryd
JD – *Judicial Dialogue*
REsp – Recurso Especial
RHC – Recurso Ordinário em Habeas Corpus
STJ – Superior Tribunal de Justiça
STF – Supremo Tribunal Federal
TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Índice

Introdução.....	08
1. Transplantes Normativos.....	11
1.1. Nomenclatura	11
1.2. Conceito.....	13
1.3. Discussão entre Alan Watson e Pierre Legrand: possibilidade ou não do transplante .	16
1.3.1. Transferistas <i>versus</i> culturalistas.....	17
1.3.1.1. A posição de Otto Kahn-Freund.....	18
1.3.2. A teoria de Alan Watson	19
1.3.3. A teoria de Pierre Legrand	21
1.4. Justificativas para a realização ou não do transplante	25
1.4.1. Argumentos favoráveis ao transplante	25
1.4.2. Argumentos desfavoráveis ao transplante	32
1.5. Desconstrução da norma do país “doador” e sua reconstrução no país “receptor”	35
2. Transplantes e sua relação com o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem	41
2.1. Origem e funcionamento do TEDH	42
2.2. Principais técnicas decisórias utilizadas pelo TEDH	49
2.2.1. A margem de apreciação	49
2.2.2. O consenso do grupo do Conselho da Europa.....	57
2.3. A necessária menção ao <i>judicial dialogue</i>	62
2.4. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem como forma de ligação entre os sistemas normativos dos Estados	68
3. Transplantes e sua relação com os Tribunais Superiores brasileiros	78
3.1. Legislação relativa ao cheque.....	80
3.2. Competências e organização do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça	81
3.3. Posição do STF e STJ relativa a matéria de cheques	83
3.4. O cheque “pré-datado” e suas implicações	91
3.5. O transplante da Convenção de Genebra sobre cheque e sua aplicação no Brasil	97
Conclusão	102
Bibliografia.....	109

Introdução

A pesquisa a ser apresentada teve como surgimento a formulação de questionamento por parte da Sra. Dra. Suzana Loureiro Calvo Tavares da Silva em aula proferida no ano de 2015, ao sustentar, ainda que de passagem, que um transplante normativo não ocorre facilmente, devendo passar por diversas adaptações.

No caso discutido em sala à época, reiterou-se, a Sra. Dra. Suzana teceu contundente fundamentação acerca das decisões proferidas pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, pois, sob sua ótica, a decisão de questões relativas a determinado Estado, quando proferidas por julgadores que não possuem o efetivo conhecimento da sociedade sob julgamento, podem conduzir a conclusões nem sempre adequadas. Por exemplo, não há dúvidas que os valores que permeiam a sociedade portuguesa são bastante distintas daqueles que lastreiam a cultura turca.

A partir de tal raciocínio, incontáveis dúvidas surgiram para o acadêmico, a iniciar pela própria definição/conceituação do que é um transplante normativo, expressão absolutamente desconhecida para o pesquisador e raramente encontrada em publicações no território brasileiro. Posteriormente, seriam mesmo pertinentes os questionamentos da Sra. Dra. Suzana acerca da dificuldade de enquadramento cultural de uma decisão proferida pelo TEDH?

Aos olhos do incauto, o TEDH sempre emitiria decisões “boas”, “corretas” e “adequadas”, considerando-se a tentativa da busca da universalização dos direitos do homem, busca esta que se arrasta há séculos e não há solução definitiva.

Basicamente foram esses questionamentos/constatações que impulsionaram o anseio inicial da pesquisa, a qual se estendeu para além do singelo pensamento originário do pesquisador.

Somado a essa inquietação original, buscou-se resposta para a questão se a investigação seria proveitosa e relevante para o mundo jurídico. De plano, a indagação foi respondida de maneira afirmativa, pois os incontáveis trabalhos encontrados sobre decisões do TEDH tratam de questões pontuais, sobre um tema específico, passando ao largo da essência, qual seja, o TEDH agiu indevidamente como meio de um transplante normativo?

Metodologicamente, teve-se, primeiro, a definição de um objetivo específico, para depois retroagir para o objetivo geral. Este, por sua vez, busca identificar se um Tribunal

pode ou deve agir como instrumento de transplante. Se pode ou deve, a decisão sempre resultará em algo positivo dentro de certo contexto de pessoas? Além do mais, qual a legitimidade/cabimento/adequação de uma decisão proferida com base em norma transplantada se o Tribunal que publica tal decisão a faz de forma expressamente contrária à lei incorporada?

Estabelecido o objetivo geral e já demonstrado um dos objetivos específicos, apresenta-se outro a este título: a bibliografia acerca dos transplantes é por demais esparsa, não se tendo vislumbrado um mínimo de sistematização e/ou organização sobre seus elementos mais incipientes, o que causa estranheza.

Para tanto, busca-se no trabalho, em primeiro momento, trazer ordem aos transplantes, abordando-se desde a discussão sobre a melhor nomenclatura até a forma pela qual um texto pode ser desconstruído em um lugar e reconstruído em outro. Também é feita a análise dos dois grandes Autores que versam sobre o tema, demonstrando o efetivo confronto de ideias entre ambos.

No capítulo segundo, traz-se reflexão sobre o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e sua atuação como “agente transplantador”. São expostas sua origem e funcionamento, para em momento subsequente arguir se as técnicas de decisão por ele utilizadas, em especial a margem de apreciação e o consenso do grupo do Conselho da Europa¹, além de se proceder a uma breve mas necessária menção ao *judicial dialogue*, são suficientes e/ou aceitáveis para que um determinado pensamento “comunitário” seja implementado em um determinado Estado.

O segundo capítulo é encerrado justamente com críticas ao modelo de atuação do TEDH, ocasião na qual se apresentam reflexões no sentido de vislumbrar uma solução para o problema enfrentado.

A conclusão do trabalho surge com o capítulo três, momento em que se dedica à análise do transplante normativo e sua relação com os Tribunais Superiores do Brasil. Ao contrário da metodologia utilizada para o TEDH, em um primeiro momento optou-se pela apresentação imediata do problema que irá permear a discussão de todo o capítulo, qual seja, cita-se a legislação relativa ao cheque.

¹ Utiliza-se esta expressão ao invés daquela consagrada na doutrina, qual seja, consenso europeu. Faz-se tal opção metodológica pelo fato de que a Europa na acepção política atual é praticamente consumida pela União Europeia.

Ato contínuo, são expostas as características gerais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça bem como suas principais decisões acerca da matéria relativa ao título de crédito mencionado, ocasião na qual se expõe uma criação tipicamente brasileira, qual seja, o cheque pré-datado (ou pós-datado).

Na busca da elaboração de críticas pertinentes, são tecidos comentários sobre as implicações da aceitação em território brasileiro dessa prática não usual, desta “invenção” cultural brasileira.

Conclui-se o capítulo e o trabalho demonstrando a falta de comprometimento internacional do Brasil em matéria relativa ao cheque, pois, quando os Tribunais Superiores de uma nação entendem que não devem seguir a um tratado internacional em prol do “costume” da sociedade, isso evidencia que, deste lado do oceano Atlântico, ainda se engatinha no sentido de cumprimento das leis e da própria Constituição Federal.

1. TRANSPLANTES NORMATIVOS

A questão relativa aos transplantes normativos encontra vasta, ou até mesmo unicamente, bibliografia no idioma inglês.

Neste capítulo, traz-se linhas gerais sobre o tema, realizando uma explanação mínima para sua compreensão, bem como objetiva-se criar o mínimo de base teórica para fundamentar os dois últimos grandes tópicos deste texto.

O tema relativo aos transplantes sofre com inúmeras discussões, variando desde qual vocábulo melhor expressaria o fenômeno até se sua prática é aceitável/possível. A questão é espinhosa e será devidamente trabalhada nos tópicos a seguir.

1.1. Nomenclatura

Ao progredir no pensamento acadêmico, certos vocábulos devem, imediatamente, criar uma conexão para com aquilo que eles minimamente representam na mente daquele que já enfrentou determinado tema em sua jornada. Contudo, a questão relativa aos transplantes possui tantas dissonâncias que certos autores têm como ponto de partida justamente qual vocábulo pode melhor explicar e precisar o que significa o fenômeno.

Um autor essencial para a pesquisa é Alan Watson, o qual aponta a existência de outros conceitos que significariam a mesma coisa, tais como *imposed reception*, *solicited imposition*, *penetration*, *infiltration*, *crypto-reception*, *inoculation*, mas acaba por concluir que não há uma necessidade última em apresentar uma classificação detalhada². Não há possibilidade de concordância com sua posição.

Em um sistema linguístico ideal (mais adequado seria dizer utópico), cada vocábulo deveria ter somente um único significado, remetendo o leitor à compreensão imediata sobre a palavra e o que ela representa. Contudo, como se sabe, isso não ocorre. Logo, a tentativa de fazer a ligação entre a palavra/texto e a sua representação na mente daquele que recebe a mensagem deve ser a mais objetiva possível.

Veja-se que, quando Watson apresenta as expressões “recepção imposta” ou “imposição solicitada” como palavras sinônimas, a justificativa da não concordância com seu posicionamento é algo simples de compreender.

² WATSON, Alan. *Legal Transplants – An approach to comparative law*. Athens: University of Georgia Press, 1993, p. 30.

De outro giro, Wolfgang Wiegrand dispõe ser possível distinguir *transfer*, *transplantation*, *importation* e *reception*, mas adverte que, em uma análise mais aprofundada, nenhum destes termos define com precisão o processo da *reception*³.

Outros autores possuem uma visão mais agressiva sobre a questão, versando sobre a terminologia como uma “Batalha de Metáforas”⁴, incluindo *transplants*, *diffusion*, *borrowing*, *circulation*, *cross-fertilization*, *migration*, *engagement*, *influence*, *transmission*, *transfer* e *reception*, deixando claro que 4 (quatro) destas metáforas possuem uma maior capacidade de permanência: *transplants* e *borrowing*; *circulation* e *migration* seriam expressões equivalentes no direito constitucional comparado⁵.

Perju também traça uma linha distintiva importante neste artigo, considerando *transplants* e *borrowing* termos relativos única e exclusivamente ao transplante constitucional propriamente dito⁶, ao passo que outros autores, como Watson, fazem referência a tais termos abrangendo principalmente questões relativas ao direito privado, em especial (ou quase que exclusivamente) a matérias devidamente enfrentadas pelo direito civil⁷.

Prosseguindo, em uma espiral também agressiva, Józson menciona os termos *legal irritants*, *implantation*, *infusions*, *contaminants* e *legal transplantation* como expressões de que se valem certos autores, muito embora aqui, da simples leitura dos vocábulos, seja possível extrair um certo grau de repulsa a tal prática⁸.

Provavelmente, as melhores soluções para a questão relativa à terminologia provêm de Graziadei, a qual reconhece explicitamente que o termo *transplant* foi baseado em uma metáfora e sua escolha ocorreu simplesmente pela falta de outra expressão melhor⁹. Cita também que uma terminologia que ganhou relevância ao longo dos anos seria a *circulation of legal models*, sem esquecer dos termos *transfer* (utilizado como

³ WIEGAND, Wolfgang. *The reception of American Law in Europe*. 39 Am. J. Comp. L. 229 (1991), p. 236.

⁴ PERJU, Vlad F. *Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations*. Em *Oxford handbook of Comparative Constitutional Law*, editado por M. Rosenfeld e A. Sajo, 1204-1327. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 4.

⁵ Id.

⁶ Ibid, p. 6.

⁷ WATSON, *Legal transplants (...)*. p. 4-5.

⁸ JÓZSON, Mónika. *Why legal transplants instead of more adaptation within the process of legal approximation in the central-eastern European member states of the EU and the candidate countries?*. 6 Romanian J. Eur. Aff. 80 (2006), p. 92.

⁹ GRAZIADEI, Michele. *Comparative Law and the Study of Transplants and Receptions*. Em *Oxford handbook of Comparative Law*, editado por Mathias Reimann e Reinhard Zimmermann. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 443.

sinônimo de transplante), *reception* (o qual pode ter o mesmo significado que *transfer* e *transplant*, mas é comumente mais utilizado como significando a transferência global de uma lei)¹⁰.

Finaliza mencionando que *influence*, *inspiration* e *cross-fertilization* são também termos em uso e que vêm ganhando mais utilizadores¹¹.

Efetivamente, a questão terminológica suscita enormes desafios (inclusive já foi objeto do 13º Congresso da Academia Internacional de Direito Comparado) e não se trata de algo sem relevância, como foi possível de ser observado. Em uma análise bastante simples, não há como o termo *transplant* ser sinônimo de *borrowing*, pois transplante não guarda relação tão próxima com empréstimo a ponto de serem tratados como uma coisa idêntica.

Seja como for, reconhece-se que a esmagadora maioria da literatura utiliza ambos os conceitos acima mencionados como sinônimos, utilizando-os indistintamente para designar o mesmo fenômeno, prática esta não adotada neste trabalho.

1.2. Conceito

Após esta breve apresentação da caótica atribuição de vocábulos a determinado fenômeno, a efetiva compreensão do conceito demonstrará o motivo pelo qual nenhuma das palavras acima expostas consegue retratar com fidelidade o que é, em verdade, o transplante.

Watson, na obra já mencionada, apresenta o conceito sobre o tema, mas em sua forma mais rudimentar possível. Não se pode deixar de destacar tal posição justamente pelo fato de seu reconhecido pioneirismo no tema, logo, diversos outros autores também partem desta simples explicação. Segundo Watson, o transplante nada mais é que “(...) the moving of a rule or a system of law from one country to another, or from one people to another (...)”¹².

¹⁰ Id.

¹¹ Ibid. p. 444.

¹² WATSON, *Legal transplants* (...). p. 21.

Pierre Legrand, grande crítico da visão de Watson, recorre ao *Oxford English Dictionary* para fundamentar o pensamento de que transplante, necessariamente, implica deslocamento, pois se faz necessário remover e reposicionar algo¹³.

Contudo, tal definição não se mostra suficiente para abranger o que é efetivamente um transplante normativo na segunda década do século XXI. O processo de “pegar algo” de um país e inseri-lo em outro não se limita somente um artigo de lei, uma lei, uma Constituição ou qualquer outro texto emanado do Parlamento, pode também significar a adoção de uma determinada teoria ou um simples pensamento de algum autor estrangeiro.

Geller assume efetivamente esse papel de retirada de algo de um corpo jurídico e sua posterior introdução em outro corpo jurídico para conceituar o transplante, alargando um pouco o conceito de Watson por admitir a possibilidade de mover qualquer *legal notion* ou *rule* de um corpo para outro¹⁴.

Para demonstrar que o transplante pode abranger desde a cópia de uma lei até uma doutrina específica, Edwards define o tema como “(...) transfer of laws and other matters related to the law from one jurisdiction or institution to another (...)”¹⁵.

Reflexão imprescindível também é a feita por Silva, quando cita que o princípio da proporcionalidade tornou-se algo universal nas últimas décadas, transformando-se, portanto, em um transplante legal, muito embora reconheça que o conteúdo originário do princípio tenha sido alterado ao longo do tempo¹⁶.

Tal qual a proporcionalidade, verifica-se que o conceito de transplante também evoluiu ao longo dos tempos, passando da possibilidade única e exclusiva da transferência de uma lei ou sistema para todo e qualquer tema relativo ao direito, passando não só pelo que é produzido pelo legislador, abrangendo até as razões de decisão de uma Corte

¹³ LEGRAND, Pierre. *The Impossibility of ‘Legal Transplants’*. 4 Maastricht J. Eur. & Comp. L. 111 (1997), p. 111.

¹⁴ GELLER, Paul Edward. *Legal transplants in international copyright: some problems of method*. UCLA Pacific Basin Law Journal, vol. 13 (1994), p. 199.

¹⁵ EDWARDS, Gail. *Legal transplants and economics: The world bank and third world economies in the 1980s – A case study of Jamaica, the Republic of Kenya and the Philippines*. 9 Eur. J.L. Reform 243 (2007), p. 1.

¹⁶ SILVA, Suzana Tavares. *Direitos fundamentais na arena global*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014, p. 50-51.

constitucional estrangeira^{17,18}, sendo possível, atualmente, admitir que inclusive organismos internacionais sejam os “doadores” de determinada matéria¹⁹.

Sem ter a pretensão de apresentar um vocábulo definitivo ao conceito ora tratado, mas ousando se valer do pensamento crítico, sugere-se a palavra *reprodução* para definir o fenômeno ora discutido. Faz-se a sugestão por três motivos principais: a) não se afasta do viés biológico que grande parte da doutrina utiliza conceituar, também necessário para a compreensão do ora sugerido; b) reprodução, na biologia, significa o ato pelo qual os seres perpetuam sua espécie²⁰, ou seja, existe uma replicação de determinado conteúdo que, não necessariamente será idêntico ao original, pois no ato da divisão celular pode ocorrer uma mutação, em que o produto final não será uma cópia fiel ao ser originário; e, c) pode abranger tanto algo “vivo” (uma lei em vigor, uma teoria recente, etc.) como determinada coisa “morta” (lei já revogada, teoria já antiga em determinado país e em desuso, mas utilizada em outro local).

Com as devidas modificações pode-se valer deste raciocínio para o “transplante”, pois investiga-se algo produzido pelo direito de outro país e, ao decidir transcrevê-lo em outra nação, é possível, ou não, fazer adaptações, mantendo-se, digamos, as linhas gerais do objeto inicial. Em síntese, pode ser “exatamente” a mesma “coisa”²¹, pode ser algo parecido e derivado do pensamento original (adaptado), mas não pode ser algo que não tenha qualquer ponto de contato com a teoria original, pois se estaria diante de um novo pensamento²².

¹⁷ O caso emblemático a ser exposto é o da África do Sul que possui previsão constitucional expressa no sentido de que, ao se interpretar a *Bill of Rights* o juiz deve considerar a lei internacional e pode considerar a lei estrangeira. SOUTH AFRICA. 1996. Constitution of the Republic of South Africa. Disponível em <http://www.gov.za/documents/constitution/chapter-2-bill-rights#31>, acesso em 11/11/2016, artigo 39(1), “b” e “c”.

¹⁸ A Corte Constitucional sul-africana reconhece a existência desta previsão, sustentando a possibilidade de se valer de outros elementos para formar sua decisão final, mas se diz não obrigada a seguir obrigatoriamente o elemento estrangeiro utilizado como estudo. A título exemplificativo, 1995 (6) BCLR 694. *State v. Makwanyane*. Disponível em <http://www.constitutionalcourt.org.za/uhtbin/cgiirsi/KpYEGfYzTx/MAIN/0/57/518/0/J-CCT3-94>, acesso em 11/11/2016.

¹⁹ Como fez o Banco Mundial ao prestar auxílio à Jamaica, Kenia e Filipinas. GAIL, *Legal transplants and economics (...)*. p. 1.

²⁰ Conceito retirado de <https://www.priberam.pt/DLPO/reprodu%C3%A7%C3%A3o>, acesso em 12/11/2016.

²¹ Utiliza-se ambas as expressões propositalmente entre aspas pelo fato de que raramente um texto é exatamente igual ao outro, considerando-se as dificuldades de tradução e mesmo que se trate de países com a mesma língua, certos vocábulos possuem significados absolutamente distintos em um país e outro.

²² Exemplificando e recorrendo outra vez mais ao exposto por Suzana Tavares da Silva, a proporcionalidade, caso adotada diretamente do idioma alemão, sofrerá mudanças em sua essência, não por má-fé ou falta de competência de um tradutor, mas sim pelo fato de que certas palavras alemãs não possuem um cognato exato no idioma português, sendo traduzido, não raras vezes, pelo sentido existente em uma determinada frase.

Lança-se este novo vocábulo, dentro das modestas pretensões deste trabalho, sempre reverenciando a todos os demais autores que já se debruçaram sobre o tema, apresentando razões e fundamentos substanciais na defesa de sua posição.

1.3. Discussão entre Alan Watson e Pierre Legrand: possibilidade ou não do transplante

Não há como tratar do tema transplantes sem mencionar, ainda que não de forma exaustiva e exauriente, o debate não cordial entre Alan Watson e Pierre Legrand. A linguagem utilizada por ambos no “combate” ao pensamento contrário chega a ser chocante, valendo-se de expressões como “caricature Watson’s position²³” ou “I confess I do not see any substance in this, or in what follows²⁴”, dentre vários outros exemplos que seriam perfeitamente cabíveis para a fixação do ponto.

Ocorre que ambas as posições possuem seu valor acadêmico, mesmo sendo diametralmente opostas. Não raras ocasiões buscou-se localizar um único ponto de contato entre os pensamentos, mas tal pretensão se exauriu.

Antes de traçar as linhas de cada um dos pensamentos, vale deixar claro, de plano, a diferença de mais de duas décadas entre a publicação dos textos dos já mencionados Autores. Watson publicou sua obra (*Legal Transplants*) no ano de 1974 e a crítica de Legrand veio somente no ano de 1997, com o contraponto de Watson (*Legal Transplants and European Private Law*) somente em 2006. Grande parte da discordância dos autores se deve ao grande lapso temporal e às evoluções tecnológicas que foram experimentadas pela humanidade neste período.

Seja como for, essa discussão é estudada por toda a academia que emprega seus esforços neste tema, sendo citada em diversas publicações²⁵, e considerando a imensa

Seguindo o raciocínio, posso me valer da proporcionalidade e nela inserir ou realizar adaptações, ocasião onde transforma-se de uma trilogia (adequação, necessidade, proporcionalidade) para uma tetralogia (adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade). Por fim, não se pode dizer que reproduzi a proporcionalidade se digo que este princípio tem como núcleo, por exemplo, o subjetivismo do julgador quando da apreciação do caso concreto (não há qualquer relação da teoria da proporcionalidade com a frase: “Entendo que o caso posto sob minha análise não é proporcional.”

²³ Legrand, *The impossibility (...)*. p. 112.

²⁴ WATSON, Alan. *Legal Transplants and European Private Law*. p. 2.

²⁵ Por todos: BISTAS, Basil C. *Comparative Theory, Judges and Legal Transplants – A Practical Lesson from Singapore and its Relevance to Transnational Convergence*. p. 57.

divergência entre suas linhas fundamentais, surgiram duas correntes bastantes distintas, analisadas a seguir.

1.3.1. Transferistas²⁶ versus culturalistas^{27,28}

Mantendo a sequência cronológica, apresenta-se primeiramente os transferistas, cujo grande expoente repousa justamente em Watson, e que corrente acredita que a lei pode ser facilmente transferida de uma sociedade para outra²⁹ (recorrendo aqui ao livro de Watson que diz, textualmente, que “(...) the transplanting of legal rules is socially easy.³⁰”), ou que apoiam os legisladores a copiar leis estrangeiras³¹.

Fundamentam-se os seguidores de tal orientação no fato de que Watson evidencia a influência que o “Corpus Juris Civilis” exerceu sobre a Europa, demonstrando a aceitação destas normas advindas do Direito Romano. Ou seja, tal escola parte de acontecimentos históricos e empíricos. As incontáveis hipóteses de transplantes trazidas no livro de Watson servem como base suficiente para tal afirmação.

De outro giro, encontram-se os culturalistas, com uma visão mais pessimista³² acerca da impossibilidade do transplante, capitaneados por Legrand. Tais acadêmicos preceituam que é a sociedade quem cria a lei, ela seria um produto cultural³³, lançando sua base de sustentação em Montesquieu quando diz que as diferenças geográficas, culturais, climáticas e ambientais entre os vários países, somente por uma grande coincidência é que as leis poderiam ser transplantadas de um local para outro³⁴.

A única possibilidade para um culturalista admitir o transplante seria o fato de que a norma transplantada deveria ser exatamente a mesma no país doador e no receptor (interpretação esta feita em sentido contrário ao texto de Legrand).

²⁶ Em tradução livre de “transferists”.

²⁷ Em tradução livre de “culturists”.

²⁸ Existe também outra designação, conferida por Ran Hirschl onde tal Autor trata a dicotomia como sendo os “universalistas” e “particularistas”, sendo aqueles os transferistas e estes os culturalistas. HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 197.

²⁹ GAIL, *Legal transplants and economics (...)*. p. 7.

³⁰ WATSON, *Legal transplants (...)*. p. 95.

³¹ GAITÁN, María Paula Reyes. *The challenges of legal transplants in a globalized context: A case study on ‘working’ examples*. p. 16.

³² GAITÁN, *The challenges of legal transplants in a globalized context(...)*. p. 17.

³³ GAIL, *Legal transplants and economics (...)*. p. 7.

³⁴ BISTAS, Basil C. *Comparative Theory, Judges and Legal Transplants (...)*. p. 56.

No universo jurídico sempre existem duas correntes totalmente contraditórias e, com um maior debate e evolução do pensamento, termina-se por surgir uma terceira, intermediária, que busca extrair o que há de melhor nas outras.

Contudo, no ardiloso tema relativo aos transplantes, a corrente intermediária surgiu quase que ao acaso também no ano de 1974.

1.3.1.1. A posição de Otto Kahn-Freund

Existem diversas correntes intermediárias, tais como a de Galanter, Arvind, Özücü, Smits, Schauer, Sacco, Cohn, e Nelken³⁵, mas todas estas não encontram grande amparo e/ou citação na doutrina. Já o pensamento de Kahn-Freund sim é vastamente citada e apresenta argumentos interessantes.

Trabalha o autor com inúmeras metáforas a fim de facilitar a exposição de seu pensamento, muito embora quando o Autor parte para a explicação técnica, vê-se que certas comparações são desnecessárias.

Proclama Kahn-Freund que não existem dúvidas de que certas leis buscam a unificação internacional, tais como as leis relativas ao comércio, mas ao mesmo tempo reconhece que a tentativa de unificação esbarra em diversos outros pontos, como, por exemplo, questões culturais e políticas³⁶.

A primeira metáfora utilizada é justamente a da relação entre um órgão (córnea, rim ou coração) e um carburador. Ninguém diz que houve um transplante deste último, mesmo que uma peça tenha saído de um carro (doador) e inserido em outro (receptor). Por sua vez, um rim pode ser “adaptado” a um novo organismo ou pode ser por ele rejeitado³⁷. Neste sentido, o transplante de leis seria um carburador ou um rim?

Kahn-Freund diz que existem tanto um como outro. Existem leis que são facilmente transplantáveis (que versem sobre direito do trabalho, por exemplo ³⁸), do que outras, tais como leis relativas ao direito de família (embora reconheça que tal ramo do direito sofreu imensas evoluções ao longo do tempo, atingindo um certo grau interessante

³⁵ Para maiores esclarecimentos acerca de cada uma, ver GAITÁN, *The challenges of legal transplants in a globalized context(...)*. p 18-21.

³⁶ KAHN-FREUND, Otto. *On Uses and Misuses of Comparative Law*. (1974) 37 MLR 1. p. 3-4.

³⁷ Ibid. p. 5-6.

³⁸ Ibid. p. 20.

de penetração em outros países) e cita, por exemplo, a impossibilidade de a Inglaterra implementar a lei relativa ao casamento quando de sua dominação sobre a Índia³⁹.

Já a segunda metáfora guarda relação com o fato de que, em determinado ponto, não mais importa a força das raízes de algo, mas sim quem cultivou o jardim. Quanto maior o grau de proximidade do receptor para com o doador, seja ela em estrutura de poder ou mesmo em distribuição de funções constitucionais (ou outros fatores), melhor seria o transplante⁴⁰.

Como se vê, Kahn-Freund adota uma posição intermédia, sustentando que determinados transplantes mecânicos são mais facilmente realizáveis que os orgânicos⁴¹.

1.3.2. A teoria de Alan Watson

O principal expoente do grupo dos transferistas e já tantas vezes citado neste trabalho é Alan Watson, sendo a ele, inclusive, creditada a invenção da expressão “legal transplants⁴²”. Efetivamente, tal Autor foi o primeiro a tratar de forma aberta e crítica tal fenômeno, lançando as bases iniciais tanto do conceito como acerca da possibilidade (e até, facilidade) da ocorrência do fenômeno.

Na leitura de diversos críticos acerca de Watson, verifica-se que muitas críticas a ele direcionadas não são inteiramente pertinentes, pois, ao que tudo indica, não tiveram acesso à obra “Legal Transplants – Na Approach to Comparative Law”, pois o Autor traz logo em seu início qual o objetivo visado⁴³.

Watson é expresso quando diz que “(...) a legal rule (...) will interest us whether it can be moved unaltered, or whether, and to what extent, it undergoes changes in its formulation.⁴⁴” E conclui dizendo que como, quando ou em que extensão uma alteração ocorre, isso são problemas diferentes e mais complexos que não serão tratados⁴⁵.

Logo, toda e qualquer crítica relativa a Watson que abrange a questão do Autor “não se importar” com o efeito do que é transplantado é descabida, justamente pelo fato de

³⁹ Ibid. p. 16.

⁴⁰ Ibid. p. 18.

⁴¹ BISTAS, Basil C. *Comparative Theory, Judges and Legal Transplants (...)*. p. 54.

⁴² GAITÁN, *The challenges of legal transplants in a globalized context (...)*. p. 17.

⁴³ Tal qual a crítica feita por GAIL, *Legal transplants and economics (...)*. p. 9.

⁴⁴ WATSON, *Legal Transplants (...)*. p. 20.

⁴⁵ Ibid.

tal análise ter sido expressamente excluída. O que importa para Watson é tão somente a transferência do texto e não se ela será “boa” ou “ruim” no corpo do receptor.

A teoria de Watson pode ser reduzida em algumas premissas básicas, encontradas de forma esparsa em seus incontáveis artigos acadêmicos⁴⁶ e livros. Sabe-se que toda tentativa de síntese de pensamento é bastante difícil e temerária, mas ao mesmo tempo se mostra desafiadora e instigante. A busca pela essência do pensamento de outrem é difícil, mas quando alcançada é recompensadora.

Outra advertência deve ser feita a respeito de Watson, antes da apresentação das premissas de seu trabalho: a doutrina aponta dois momentos distintos de seu pensamento, o “strong Watson”, quando seus escritos eram incisivos no sentido de dizer que a lei existe por si própria e é culturalmente independente; já o “weak Watson”, visto como mais moderado, ainda via a existência da lei por si própria, embora com uma dimensão cultural⁴⁷.

Feito este pequeno, porém necessário, introito, lançam-se as três ideias básicas do pensamento de Watson:

a) A lei existe por si só, possui sua própria vida e força vital: para ele, não existe uma relação natural ou inevitável entre lei, estruturas legais etc. e as necessidades e interesses da política econômica, grupos dominantes etc. Se existisse essa necessária e intrínseca relação, o transplante seria difícil⁴⁸ (o que, como já dito nesse trabalho, confronta com a tese de Watson de que o transplante é socialmente fácil);

b) As normas legais fazem parte da estrutura social e também operam no campo das ideias. O desenvolvimento de determinada lei poderia ocorrer naturalmente em determinado corpo social, mas quando já existe uma lei no sentido desejado, cuja existência seja conhecida pelo detentor do poder para elaborá-la, ele pode antever os eventuais benefícios que poderiam dela derivar⁴⁹. Para manter a fidelidade, transcreve-se outra ideia de Watson, em que “The lesson must be that through transplants law becomes

⁴⁶ A título exemplificativo, em busca livre no site www.heinonline.org pelo nome Alan Watson, encontram-se mais de 70 (setenta) ocorrências.

⁴⁷ EWALD, William. *Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants*. 43 Am. J. Comp. L. 489 1995, p. 491-492.

⁴⁸ WATSON, Alan. *Comparative Law and Legal Change*. 37 Cambridge L.J. 313 1978. p. 314-315.

⁴⁹ Ibid.

similar, even if not identical, in many jurisdictions: and that lawmakers rely heavily on foreign law for their own changes, whether as legislators, judges or jurists.⁵⁰”

c) Quando diversos sistemas obtêm uma lei de uma única fonte, e o desenvolvimento da lei varia de um sistema para outro, é possível isolar e verificar perfeitamente os fatores que produziram as alterações na lei transplantada⁵¹. O papel das instituições (política, econômica, sociais etc.) pode ser analisado em detalhe. Esta terceira afirmação, embora no mesmo texto de Watson, já demonstra uma primeira face do “weak Watson”.

Com uma capacidade ímpar de síntese, clareza e precisão no raciocínio, descreve-se a posição de Gaitán:

(...) perceives law as a compilation of rules that can be transferred because there is no association between a society and its law and because legal transplants are the most fertile source of development and a highest record of positive changes in the society are the result of a legal borrowing⁵².

Verifica-se que, embora a teoria de Watson seja digna de menção e elogio, ele acaba por causar uma contradição entre a corrente transferista e culturalista justamente pelo fato de utilizar somente o receptor como referência de análise. O teste, para ele, não é somente se o transplante funcionará da mesma forma no receptor como no doador, mas sim se contenta que o transplante seja tão somente útil no país receptor.

1.3.3. A teoria de Pierre Legrand

Como contraponto às ideias de Watson e visto como o culturalista referencial, Legrand escreveu o célebre artigo “The Impossibility of ‘Legal Transplants’”, em que não só busca combater, como também a diminuir a teoria daquele Autor por dizer que os transplantes ignoram a existência de diferentes fenômenos, experiências e valores⁵³.

Diversas críticas são tecidas ao longo do artigo de Legrand, tais como o fato de Watson defender que a proximidade entre a lei e a sociedade é uma falácia, tal qual a

⁵⁰ WATSON, *Legal Transplants and (...)*. p. 5.

⁵¹ WATSON, *Comparative Law and Legal Change*. p. 316.

⁵² GAITÁN, *The challenges of legal transplants in a globalized context (...)*. p. 18.

⁵³ LEGRAND, Pierre. *The Impossibility (...)*. p. 122.

questão de que a lei pode existir independentemente de qualquer relação com esta mesma sociedade⁵⁴. Embora Legrand admita a possibilidade da interação e influência entre sistemas legais, ele entende que tal processo é lento e complexo⁵⁵.

O que a doutrina não enfrenta, a nosso ver, é o motivo, o fundamento pelo qual Legrand conclui pela impossibilidade do transplante. Em todos os artigos pesquisados, os estudiosos partem do fim da teoria para tentar explicá-la, nenhum analisa a grande questão que embasa o pensamento deste Autor. Isso causa estranheza, posto tal estrutura estar suficientemente exposta no “The Impossibility of ‘Legal Transplants’”.

Para não fugir à literalidade, traz-se o excerto “(...) the result of a particular crude apprehension of what law is and of what a rule is⁵⁶”, não admitindo o pensamento de Watson de “leis como regras⁵⁷” e “regras como mero modelo proposicional⁵⁸”. Ou seja, a análise de Legrand parte da semântica e a contar deste ponto de partida ele comprova que uma regra não é o mesmo em um país e outro, muito embora seja transportada.

Na tentativa de simplificação: cada palavra integrante de um texto possui um significado a ela atrelado, significado este ao qual recorreremos mentalmente da simples leitura. Ao se agregarem diversas palavras, cada qual terá seu significado individual e a frase dela formulada expressará algo totalmente dissociado do sentido das palavras isoladamente consideradas, sendo necessário interpretar esse texto para extrair o seu conteúdo.

Somado a isso, certas palavras possuem significados absolutamente distintos mesmo dentro de países com a mesma língua. Vem a calhar o caso de Portugal e Brasil, onde, a título exemplificativo, o vocábulo “propina” tem o significado de pagamento por um serviço lícito em Portugal, ao passo que no Brasil a palavra é utilizada no sentido de entregar alguma vantagem a alguém em troca de um determinado serviço lícito ou não. Outro exemplo é a palavra “rapariga”, que em terras lusitanas significa nada mais que uma menina e em solo brasileiro é vista como uma ofensa, por designar uma mulher que não possui uma conduta sexual adequada ao padrão reputado como adequado pela sociedade ocidental.

⁵⁴ LEGRAND, *The Impossibility (...)*. p. 112.

⁵⁵ GAIL, *Legal transplants and economics (...)*. p. 10.

⁵⁶ LEGRAND, *The Impossibility (...)*. p. 113.

⁵⁷ *Ibid.* p. 114.

⁵⁸ *Id.*

Destes simples exemplos, dentre países histórica e eternamente ligados por traços culturais e que utilizam a mesma língua onde se esperaria encontrar uma maior facilidade de entendimento dos vocábulos, deve-se trazer a lume a imensa dificuldade de um tradutor, por exemplo. Muitas vezes não se traduz palavra por palavra, mas sim se busca o melhor sentido para determinada frase. É possível sustentar que nenhuma tradução é exatamente a “mesma coisa” que o texto original, seja pelo motivo aqui exposto, seja pelo fato da inexistência de tradução para determinada palavra de um idioma para outro.

É possível expor um exemplo a este título. Günter Frankenberg, em artigo que será melhor explorado no momento apropriado, diz que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é bastante detalhada e resistente ao paradigma liberal e diz que, no art. 7º, XV, há previsão de que os trabalhadores serão “paid weekly preferably on Sundays.”⁵⁹ Ocorre que, o que realmente diz tal previsão constitucional é que os trabalhadores fazem jus a um descanso semanal que deverá ser pago pelo empregador e que preferencialmente deverá ser no domingo⁶⁰. Logo se vê o equívoco na tradução, pois está a se falar de remuneração por dia de descanso e não a data e a periodicidade de pagamento de salários no Brasil.

Legrand faz um comentário que ainda potencializa estas breves anotações genéricas, qual seja, o fato de que o sentido de uma regra⁶¹ é preenchido por premissas que são histórica e culturalmente conferidos por uma sociedade⁶². Se o sentido de uma palavra é a ela conferido pela sociedade na qual está inserida (como foi acima provado pelos exemplos de Portugal e Brasil), não seria possível levar esta mesma palavra a outro país (aqui se pode adicionar o agravante dos idiomas diferentes) e neste novo local ela ter o mesmo significado original.

Se já existe essa dificuldade do sentido inerente a cada palavra e o que uma frase pode dizer, Legrand avança ainda para o campo da interpretação, sustentando que este processo é sempre subjetivo (em se admitindo tal premissa, cada indivíduo também interpreta de acordo com o conhecimento intrínseco que adquiriu ao longo da vida) e, em

⁵⁹ FRANKENBERG, Günter. *Constitutions as Commodities. Notes on A Theory of Transfer*. p. 19.

⁶⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;”

⁶¹ Aqui utiliza-se esta expressão tal qual no artigo de Legrand.

⁶² LEGRAND, *The Impossibility (...)*. p. 114.

assim sendo, é em parte um produto cultural⁶³ que pode variar de pessoa para pessoa considerando a desigual distribuição de poder social e cultural⁶⁴.

Logo, uma regra não tem existência isolada e deslocada do mundo de significados que caracterizam uma certa cultura legal⁶⁵.

Em outra feliz síntese, Gaitán diz que

On the contrary, Legrand claims that a law is meant to reject a foreign rule because its mere existence is subject to an already established cohesive legal system. He also maintains that successful transplants are impossible and transplanting a legal rule per se is insufficient, as the whole process would require transplanting all over again an entire 'legal culture'⁶⁶.

Para Legrand, se o significado de determinada regra fica para trás (não por incompetência das pessoas, mas sim pela própria barreira que o estudo da semântica impõe), em verdade, a regra não é transplantada⁶⁷.

Embora o posicionamento seja bastante firme, admite o Autor a possibilidade do transplante como causa excepcional⁶⁸, pois entende que tal procedimento só ocorre efetivamente quando a declaração (o texto) e também o significado que constitui a lei é levado de uma cultura para outra⁶⁹, posto que, para ele, se o sentido da regra muda, a regra muda em si mesma⁷⁰.

Em uma primeira análise, portanto, o que pode ser deslocado de uma jurisdição para outra nada mais é que “(...) a meaningless form of words.⁷¹” e, com base nesta afirmação, um transplante simplesmente não pode ocorrer e essa é a expressão de Legrand que é citada em praticamente todo trabalho a ele relativo.

Em conclusão, Legrand faz a seguinte síntese de pensamento:

⁶³ Ibid. p. 115.

⁶⁴ Id.

⁶⁵ Ibid. p. 116.

⁶⁶ GAITÁN, *The challenges of legal transplants in a globalized context (...)*. p 18.

⁶⁷ LEGRAND, *The Impossibility (...)*. p. 118.

⁶⁸ Diz Legrand que o significado não sobrevive à jornada de um sistema legal para outro: LEGRAND, *The Impossibility (...)*. p. 117.

⁶⁹ Ibid. p. 117.

⁷⁰ Id.

⁷¹ Ibid. p. 120.

Law is part of the symbolic apparatus through which entire communities try to understand themselves better. Comparative legal studies can further our understanding of other peoples by shedding light on how they understand their law. But, unless the comparatist can learn to think of law as a culturally-situated phenomenon and accept that the law lives in a profound way within a culture-specific – and therefore contingent – discourse, comparison rapidly becomes a pointless venture.⁷²

Para que o cenário apocalíptico formado, e reforçado pela citação supra, pelo Autor não ocorra, ele próprio, quando admite em caráter excepcionalíssimo a possibilidade do transplante, sugere um método para que tal prática possa ocorrer, ou ainda, que possa ter alguma possibilidade de sucesso.

A metodologia/tentativa apresentada é, justamente, inevitavelmente reduzir a “law” para “rules” e as “rules” para “bare-propositional-statements”⁷³, ou seja, propõe, ainda que de forma muito incipiente, a desconstrução do texto ao sair do país doador e sua reconstrução ao chegar no receptor (técnica esta a ser analisada ainda neste capítulo).

1.4. Justificativas para a realização ou não do transplante

Feita a demonstração das teorias base a respeito do transplante, deve-se explorar também quais seriam os motivos justificadores de tal prática. Existem incontáveis argumentos favoráveis e contrários e diante de uma análise crítica seria possível aumentar em muito as razões para a adoção ou não do transplante.

Neste item do trabalho, apresentam-se as justificativas mais salientadas pela doutrina, tanto no sentido favorável ou contrário.

1.4.1. Argumentos favoráveis ao transplante

a) O transplante “funciona” no país doador:

⁷² Ibid. p. 124.

⁷³ Ibid. p. 120.

Se determinado texto, doutrina etc., já foi testado e experimentado em outro sistema⁷⁴, não se faz necessário inventar algo completamente diferente e deixá-lo à própria sorte, pois já se possui a “qualidade de uma determinada solução estrangeira⁷⁵”.

Obviamente que tal argumento pressupõe uma série de conhecimentos prévios acerca do funcionamento de determinado sistema jurídico. Exemplifica-se no sentido de que, para saber se determinada lei funcionou corretamente em um país, deve-se conhecer a condição daquele país antes e depois da instituição desta determinada lei, o que não se apresenta como uma tarefa das mais fáceis.

Saliente-se também que todo e qualquer transplante pode ocorrer a partir de algo que possua efeitos positivos (que, em regra, é o que se busca), negativos ou até mesmo neutros. Adler traz o seguinte exemplo de transplante de algo negativo: imagine-se a hipótese de um legislador adotar em sua Constituição a decisão do caso *Dread Scott*⁷⁶ que “funcionou” por determinado tempo no sistema constitucional estadunidense⁷⁷. Ainda, o texto pode ser neutro, como a Terceira Emenda da Constituição Estadunidense⁷⁸ ou até mesmo o preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil, a qual, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, não possui força normativa⁷⁹.

Desta feita, se algo “funciona”, ou não, em outro país é algo por demais fluido a ser adotado como razão única e exclusiva do transplante.

b) O transplante gera legitimidade:

⁷⁴ PERJU, *Constitutional Transplants (...)*. p.30.

⁷⁵ Id.

⁷⁶ Caso onde basicamente um escravo residiu no Estado de Misouri (onde era permitida a escravidão), foi levado posteriormente ao Estado de Illinois (onde a escravidão era proibida) e em seguida para o Território de Wisconsin (também era proibida a escravidão). Finalmente, o proprietário do escravo voltou para Misouri e então Scott apresentou petição requerendo sua liberdade pelo fato de ter resido em um Estado e em um Território livres. Em uma decisão lastimável, a Suprema Corte decidiu que a cidadania estadual não tinha qualquer relação com a cidadania federal e, portanto, Scott não poderia ter demandado em uma Corte Federal. Também decidiu que as pessoas trazidas da África não estavam sob proteção da Constituição dos Estados Unidos e jamais poderiam se tornar cidadãos do país. Por fim, declarou que o ato do Congresso que proibia a escravidão nos Territórios da União era inconstitucional. Disponível em <https://www.britannica.com/event/Dred-Scott-decision>, acesso em 08/01/2017.

⁷⁷ ADLER, Matthew D. *Can Constitutional Borrowing be Justified: A Comment on Tushnet*. 1 U. Pa. J. Const. L. 350 1998-1999. p. 356.

⁷⁸ “No Soldier shall, in time of peace be quartered in any house, without the consent of the Owner, nor in time of war, but in a manner to be prescribed by law.” Disponível em https://www.law.cornell.edu/constitution/third_amendment, acesso em 09/01/2017.

⁷⁹ ADI 2.076, rel. min. Carlos Velloso, j. 15-8-2002, P, *DJ* de 8-8-2003. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=2>, acesso em 09/01/2017.

A adoção de determinada previsão estrangeira pode demonstrar à sociedade internacional que determinado país está efetivamente sofrendo uma grande modificação, como, por exemplo, a saída de um período ditatorial para a democracia.

Essa legitimidade, segundo Perju, é bastante útil para países que estão implementando suas Cortes Constitucionais, pois quando o Judiciário de determinado local transplanta decisões de outros Estados, isso faz com que seus próprios juízes construam uma nova doutrina⁸⁰.

Logo, está-se diante de uma providência que nada mais busca que aumentar a reputação de um país no cenário global, reputação esta que também é buscada pelos atores políticos de determinado país. Com efeito, políticos buscam “soluções” em transplantes como uma forma de aumentar ou explicitar suas preferências⁸¹.

c) Estrutura constitucional e direitos fundamentais

Mesmo que pareça algo primário, o transplante ainda serve para que determinados países reconheçam o conteúdo mínimo de uma Constituição.

O conceito de Constituição moderna adotada por Canotilho traduz exatamente estes dois atributos. Diz o Autor: “(...) (2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de *direitos fundamentais* e do respectivo modo de *garantia*; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torna-lo um *poder limitado e moderado*.⁸²” ou ainda “(1) ordenar, fundar e limitar o poder político; (2) reconhecer e garantir os direitos e liberdades do indivíduo.⁸³”.

Talvez isso seja uma forma de reconhecimento de uma série de princípios aceitos como universais⁸⁴ ou mesmo o que se entende por “conceito ocidental de constituição⁸⁵”.

d) Imposição

⁸⁰ PERJU, *Constitutional Transplants (...)*. p.31.

⁸¹ Id.

⁸² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 52.

⁸³ Ibid. p. 54-55.

⁸⁴ PERJU, *Constitutional Transplants (...)*. p.32.

⁸⁵ CANOTILHO, *Direito Constitucional (...)* p. 32 *apud* SOARES, Rogério. *O Conceito Ocidental de Constituição*. In RLJ, 119, p. 36 e ss.

Em diversas oportunidades o transplante nada mais foi que o resultado da dominação de um povo sobre outro. Os exemplos são muitos ao longo da história, variando desde a conquista do Egito pelos Romanos em 30 a.C.⁸⁶ até a invasão alemã na Áustria em 1938⁸⁷ ou a “sovietização” das leis na Europa central e leste após a Segunda Guerra Mundial⁸⁸.

Graziadei sustenta que essa imposição pode ser dramática, porém, transitória (em que haveria oportunidade para rejeição do modelo); a instituição pode ser sustentada pelo controle político ou militar permanente ou ainda essa imposição poderia criar dois tipos de legislação, sendo uma para os conquistadores e outra para os conquistados⁸⁹.

Deve-se ter em mente que a razão sob análise não se mostra totalmente correta/aceitável, exatamente no sentido de que, em nosso entendimento, não há que se falar em transplante quando algo é imposto. A manifestação de vontade em adotar isso ou aquilo deve ser um dos elementos do ato, pois, a contar do momento da subtração da liberdade, não há possibilidade de negar ou não admitir determinada prática imposta pelo “dominador” como sendo usual. Por exemplo, imagine-se o país invasor admitir uma prática tal qual a pena de morte em um outro território onde, historicamente, tal prática não ocorre.

e) Prestígio

Em toda e qualquer área do conhecimento existem países expoentes em determinadas práticas, países em que a comunidade internacional reconhece a excelência do pensamento ou da ciência produzida. No mundo jurídico, por exemplo, atualmente não há quem negue a forte influência alemã em diversas áreas do direito, em especial no direito constitucional. Ocorre que, ao mesmo tempo que se busca o espelhamento em algo que “deu certo” na Alemanha, ignora-se o contexto social onde o futuro transplante será inserido.

⁸⁶ WATSON, *Legal Transplants (...)*. p. 31.

⁸⁷ GRAZIADEI, *Comparative Law (...)*. p. 456.

⁸⁸ Id.

⁸⁹ Ibid. p. 457.

Desta forma, e sob o ponto de vista de motivação favorável para o transplante, o prestígio pode ser visto tanto como o santo graal (em um primeiro momento) ou como a lança do destino (após uma análise pormenorizada).

Seja como for, é inegável a vontade humana de “possuir o que os outros possuem, especialmente se for considerado superior⁹⁰” e desta forma buscar algo de quem é consagrado no tema é algo natural.

f) Performance econômica

Aliar a performance econômica de determinado país a um motivo pelo qual o transplante ocorre pode soar estranho, porém não deixa de ter sua mínima razão de ser.

Considerando-se que são impostas condições aos países para obterem financiamentos de organismos internacionais⁹¹ (dentre elas a modificação e/ou adoção de diversas leis), não se pode negar que o transplante está aqui presente⁹².

Outro motivo que justifica essa hipótese seria que a uniformização de legislações facilita o comércio e auxilia a redução das despesas⁹³, mas ao mesmo tempo a adoção por países menos industrializados de regras “fornecidas” por países mais industrializados é atualmente considerada imprópria e desacreditada⁹⁴.

g) As razões ofertadas por Watson

Muito embora existam motivações favoráveis ao transplante ao longo de todo o livro de Watson, talvez para fins didáticos, o Autor tenha buscado compilar suas razões mais relevantes em um tópico específico. Também se apresenta uma razão específica trazida em artigo posterior.

⁹⁰ Id.

⁹¹ Graziadei traz informação de que desde o ano de 1990 até 2006 o Banco Mundial apoiou 330 projetos de lei e gastou mais de três mil milhões de dólares para financiá-los.

⁹² Talvez não um transplante propriamente dito, vez que, embora o ato de buscar/aceitar uma legislação seja voluntário, essa vontade está limitada a aceitar ou não o que é oferecido. Um país em séria crise econômica não possui grande margem de escolha para receber financiamento: ou aceita a condição para tentar melhorar sua condição ou rejeita e continua a enfrentar dificuldades orçamentárias.

⁹³ GRAZIADEI, *Comparative Law (...)*. p. 459.

⁹⁴ Ibid. p. 461.

Diz o Autor que o transplante é: extremamente comum; fonte fértil de desenvolvimento; socialmente fácil; e enraizado no passado⁹⁵. Por fim, diz ele que o transplante significa que um país pode ser profundamente influenciado pela lei de outro país.

Em suas razões, o fato de o transplante ser considerado comum não pode ser compreendido especificamente como um ponto favorável, como causa, mas sim como efeito de sua prática, pelo menos para o país que efetua diretamente esse transplante. Um determinado comportamento, para ser considerado comum, depende de sua reiteração por outros agentes. Parte-se de algo padrão e a contar daí se analisam as derivações. O fato da prática ser comum seria uma forma de legitimar/facilitar a mesma prática para outros países.

Diga-se que o país A transplante a norma N. Essa primeira operação não é justificável pelo fato de a prática ser “comum⁹⁶”. Contudo, outros países que promovam tal prática podem utilizar o “fundamento” de que isso sempre foi feito por outros países, a exemplo do país A.

Mantendo a análise, o transplante não deve ser visto como o método mais fértil de desenvolvimento de um sistema normativo. Sua influência na vida jurídica de um país é inegável, porém não necessariamente um transplante pode significar um efetivo “desenvolvimento”. A fundamentação para isso é, até certo ponto, simples: imagine-se o exemplo de um país que não possui pena de morte e decide transplantar as normas do Estado do Texas⁹⁷ que dizem respeito a tal tema. Aos olhos da maioria esmagadora da comunidade internacional, a pena capital é considerada um retrocesso do ponto de vista dos direitos humanos.

Outro elemento a ser considerado é que, se o transplante for considerado como o elemento mais fértil para o desenvolvimento, isso significa, ainda que não diretamente ou que seja um efeito imediato da prática, retirar do Legislativo de cada país a sua capacidade criativa. É ignorar (ou mitigar) por demais a função que o Parlamento exerce dentro de uma sociedade, que foi por ela escolhido.

⁹⁵ WATSON, *Legal transplants (...)*. p. 95-96.

⁹⁶ A explicação ora ofertada é meramente didática, pois os transplantes sempre ocorreram ao longo da história da humanidade. O “transplante original” que serviria de base para todos os subsequentes talvez jamais possa ser identificado.

⁹⁷ Expressas menções devem ser feitas ao Código Penal (capítulos 12.31, 19.03 e 8.07) e ao Código de Processo Penal (capítulos 37.071 e 43.14). Disponível <http://www.statutes.legis.state.tx.us/?link=PE> e <http://www.statutes.legis.state.tx.us/Docs/CR/htm/CR.37.htm>, acesso em 11/01/2017.

A questão relativa ao tema de que o transplante é socialmente fácil é duramente criticado pela doutrina⁹⁸, muito embora Watson seja expresso em afirmar em seu livro que os efeitos do transplante não serão por ele tratados⁹⁹. Desta feita, não serão repetidos aqui os argumentos já lançados no corpo deste texto.

Talvez o argumento que sustenta o fato de o transplante ser enraizado no passado seja o de maior relevância para o presente estudo. Não pela forma como ele é apresentado na obra de Watson, que vai no sentido, por exemplo, de que o contrato de compra e venda atualmente utilizado no Ocidente é fundamentalmente o mesmo que existia em Roma ao final do século 2 depois de Cristo¹⁰⁰.

O que deve ser “aproveitado” deste posicionamento é o fato de que o transplante (em sua forma ideal de utilização) deve considerar o passado para que determinada norma, teoria etc., seja implementada em um país. Não faz sentido determinado local decidir transplantar uma lei similar ou idêntica a outra que já foi revogada ou que não gera os efeitos desejados. A história deve ser utilizada como ponto de partida de aprendizado de uma comunidade e não, como sugere Watson, pelo fato de que há extrema coincidência entre um instituto jurídico atual e outro bastante antigo.

Finalmente, na visão do Autor, o transplante significa que um país pode ser profundamente influenciado pela lei de outro país que não possui grande relevância e/ou fundamento. Reduzir o pensamento ao ponto de dizer que pelo simples fato de um país adotar leis, instituições ou estruturas de outro isso significa que há grande influência de um em outro é por demais simplista.

Pode-se trazer como exemplo a Constituição da República Federativa do Brasil, a qual manteve o sistema presidencialista de governo (trazendo consigo o regime das leis delegadas, decretos-leis, medidas provisórias, iniciativa legislativa em certas matérias e até a possibilidade de iniciativa de emendas constitucionais), conservou alguns institutos nitidamente parlamentaristas tais como o sistema de eleição proporcional e o pluripartidarismo¹⁰¹. Aquele sofreu nítida influência dos Estados Unidos e este possui clara inspiração europeia.

⁹⁸ Como combatido por Pierre Legrand no artigo *The Impossibility of 'Legal Transplants'*.

⁹⁹ Ver nota de rodapé 43.

¹⁰⁰ WATSON, *Legal transplants (...)*. p. 95.

¹⁰¹ PINTO, Júlio R. S. *Poder Legislativo brasileiro: institutos e processos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 52-61.

O posicionamento de Watson não se aplicaria ao Brasil, pois este, ao adotar duas escolas jurídicas bastante distintas para a redação de sua Constituição, vez que não necessariamente uma determinada sociedade influenciou na lei brasileira, mas sim a sociedade estadunidense e a europeia. O sistema presidencialista adotado em terras brasileiras sofre atualmente uma de suas maiores crises e também o Parlamento, pela existência do pluripartidarismo, que não consegue erigir uma base sólida e constante, aliado ao fato de não ser digno de confiança, fato que conduz o país a uma situação incontestável de falta de governabilidade.

Logo, não se pode admitir que o Brasil sofre ou sofreu influência das leis das sociedades americanas ou europeias justamente pelo fato de que, da confluência de ambas, o país não conseguiu prosperar em nenhum sentido.

1.4.2. Argumentos desfavoráveis ao transplante

a) A lei traduz uma forma de processo cultural e uma construção linguística:

No extremo oposto dos argumentos trazidos no item anterior, verifica-se que os argumentos que buscam afastar a possibilidade do transplante são muito enraizados no pensamento de que uma lei possui uma íntima relação com o local onde é produzida. Legrand usa o exemplo de que, uma regra da França não se explica por si própria, mas sim significa que algo tipicamente francês está sendo feito¹⁰².

As leis nada mais são do que uma expressão histórica, cultural e demonstram a aspiração de determinado povo¹⁰³, pois nada mais fazem que refletir o hábito cultural e a sua forma de perceber a realidade, além de estar completamente preenchida da sua experiência histórica¹⁰⁴.

Em choque direto com Watson, Legrand cita que a regra não existe por si mesma, desvinculada do mundo de significados que caracterizam uma cultura legal. Diz o Autor: “the part is an expression and a synthesis of the whole: it resonates¹⁰⁵”.

¹⁰² Legrand, *The impossibility (...)*. p. 115.

¹⁰³ HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: (...)*. p. 198.

¹⁰⁴ Id.

¹⁰⁵ Legrand, *The impossibility (...)*. p. 115.

Sabe-se que todas as palavras possuem seu significado específico e uma frase específica constrói um pensamento determinado. Para que se descubra o que cada palavra ou frase quer explicitar, recorre-se à interpretação, processo este que implica conferir um sentido para o emaranhado de vocábulos. Desta feita, um texto escrito não possui, por si mesmo, qualquer significado, qualquer aptidão para gerar algum efeito, ele precisa ter certas lacunas preenchidas para que possa ser utilizado/aproveitado em sua plenitude.

Um texto sem interpretação nada mais é que o evento de uma árvore cair em uma floresta sem nenhum ser humano por perto e indagarmos se a queda produziu ou não algum tipo de ruído.

Valendo-se deste raciocínio, Legrand diz que o sentido de uma norma é atribuído pela função das premissas epistemológicas do intérprete, as quais, por sua vez, são histórica e culturalmente condicionadas¹⁰⁶. Prossegue dizendo que antes mesmo de uma criança inglesa frequentar a faculdade de Direito e se tornar um advogado, ela já é uma advogada *common law* em gestação¹⁰⁷.

b) O transplante pode ser superficial ou técnico:

Esta motivação, aqui exposta mais para fins metodológicos, preceitua que não importa a forma pela qual a adoção de determinado instituto jurídico originário de outro país é feita, perfunctória ou aprofundada.

Isso justamente porque a análise prévia “não possui” qualquer finalidade prática, pois ela não reflete, no recebedor, uma evolução legal autêntica¹⁰⁸. Por exemplo, analisar/estudar previamente (seja por muitas horas ou poucos segundos) uma lei que se quer transplantar não tem qualquer relevância, pois a evolução legislativa esperada de determinado país não seria dentro dele originada. A “evolução” seria externa e ilegítima.

Não é possível aderir totalmente a este pensamento. A verificação prévia tem, ao contrário do que escreve Hirschl, uma valia, ainda que mínima. Imagine-se o cenário da importação de uma lei que ingresse no novo ordenamento jurídico com a mesma hierarquia. Deve-se buscar previamente (ao menos em um país minimamente organizado e que respeite suas instituições) se a lei a ser transplantada é compatível com sua

¹⁰⁶ Ibid. p. 114.

¹⁰⁷ Ibid. p. 115.

¹⁰⁸ HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters (...)*. p. 198.

Constituição. Um exame prévio de constitucionalidade não seria desaconselhado, muito pelo contrário, deveria ser o ponto de partida do ato de transplantar.

No cenário hipoteticamente exposto pelo argumento de Hirschl, será que uma lei inconstitucional retrataria uma “evolução legal autêntica”? Do ponto de vista legislativo sim, é autêntico na medida em que seria uma lei aprovada pelo Parlamento, mas sob uma ótica legalista a aprovação de uma lei inconstitucional nada tem de evolução.

c) Não existe visão objetiva sobre um fato, a subjetividade sempre está presente:

Tentando fugir ao máximo da discussão filosófica sobre o conceito de verdade sobre algo, mas sem deixar de citar a máxima de Nietzsche¹⁰⁹ que se encaixa perfeitamente no presente raciocínio, não se admite uma visão neutra ou objetiva a respeito de qualquer prática realizada por um ser humano.

Hirschl aponta no mesmo sentido ao preceituar que as similaridades ou diferenças dependem da perspectiva subjetiva de quem analisa¹¹⁰ e a função de um comparativista é buscar compreender o contexto estrutural de uma certa cultura legal e como o pensamento coletivo está inserido nesse local¹¹¹.

Desta feita, a interpretação é sempre algo subjetivo e, portanto, é um produto cultural¹¹² além de poder variar de lugar para lugar e de acordo com o momento histórico. Veja-se o exemplo bastante citado na doutrina acerca da hipótese de existir em uma praia o seguinte aviso: proibido usar biquíni. Na década de 50 do século passado, o sentido que se pode extrair da notificação seria que, naquele local, a utilização de maiôs seria compulsória. Pensando-se na segunda década do século XXI, a interpretação mais “adequada”, ao menos em terras brasileiras, seria a de que aquela praia somente pode ser frequentada pelos adeptos do nudismo.

¹⁰⁹ “Contra o positivismo, que fica no fenômeno “só há fatos”, eu diria: não, justamente não há fatos, só interpretações [*Interpretationen*]. Não podemos verificar nenhum fato “em si”: talvez seja um absurdo querer uma tal coisa.

“Tudo é subjetivo”, dizeis: mas já isso é *interpretação* [*Auslegung*]. O “sujeito” não é nada de dado, mas sim algo inventado, posto por trás. – É afinal necessário pôr o intérprete por trás da interpretação? Isso já é poesia, hipótese.”

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A Vontade de Poder*. Rio de Janeiro: Contraponto Editora Ltda., 2011. p. 260.

¹¹⁰ HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters* (...). p. 198.

¹¹¹ Id.

¹¹² Legrand, *The impossibility* (...). p. 115.

Um último ponto digno de nota é trazido por Legrand, quando afirma que a interpretação também depende da distribuição do poder social e cultural¹¹³. Por exemplo, se a comunidade acadêmica confere a determinado texto uma certa interpretação, esta mesma comunidade tentará eliminar ou marginalizar qualquer outro tipo de interpretação que não seja idêntica a sua¹¹⁴.

1.5. Desconstrução da norma do país “doador” e sua reconstrução no país “receptor”

Antes de explorar efetivamente a metodologia supostamente cabível para o “funcionamento” do transplante, não há como deixar de abordar quais sistemas normativos são “indicados” para tal prática. É possível transplantar qualquer instituto jurídico de qualquer país do mundo, mas quais países são detentores de prestígio suficiente para tanto? O transplante de um instituto jurídico de um país sem tradição constitucional (e até legal) não possui a mesma densidade, o mesmo respeito que um instituto vindo de locais consagrados.

O que causa estranheza, contudo, é que justamente o transplante do instituto de um local com menor tradição constitucional pode ser mais proveitoso, mais efetivo, para o país receptor que um instituto de um país consagrado. Mas a vaidade humana, não raras vezes, supera o aspecto técnico de determinada prática.

Quando se fala em transplante de institutos jurídicos, mormente de direito constitucional, existem duas grandes escolas que influenciaram fortemente os países ocidentais e, em não raros locais (tal qual no Brasil, por exemplo), tentou-se aproveitar dos melhores institutos de ambas as escolas para a elaboração de sua Constituição.

Efetivamente, no discurso acadêmico de licenciatura, muito pouco ou nada se fala das Constituições dos países Orientais (aqui abrangidos aqueles em que não houve imposição de uma Constituição, como, por exemplo, no Japão pós 2ª Guerra Mundial) e, em assim sendo, a influência no Ocidente se deu, principalmente, pelas escolas Estadunidense e da Europa Continental.

Tanto assim é que Hirschl apresenta uma diferenciação entre o “norte e sul globais”, sustentando que aquele é representado pela América do Norte, maior parte da Europa, partes da Oceania (Austrália e Nova Zelândia) e o Japão, ao passo que o sul

¹¹³ Id.

¹¹⁴ Id.

abrange a África, América Latina, grande parte da Ásia e o Oriente Médio^{115,116}. A questão das ideias constitucionais do norte prevalecerem sobre as do sul possui diversas justificativas/fundamentos, mas retornando ao ponto relativo ao prestígio de certas legislações para o transplante, verifica-se que o norte é a “inspiração” justamente pelo fato desses países possuírem melhores níveis de democracia, governabilidade, transparência, desenvolvimento humano e econômico¹¹⁷.

Essa busca do “mundo ideal” traduzido pelas nações do norte não impede duas críticas bastante severas

(i) it highlights the obvious methodological problem with generalizing from a small and consistently unrepresentative sample, and of presenting these false generalizations as common knowledge and universal truth; and, (ii) it underlines the prioritization in comparative constitutional scholarship of concepts such as liberal rights and freedoms or limits on government action, and the corresponding neglect of concepts particularly relevant to the global south, such as the realization of human development, progressive notions of distributive justice, and the enhancement of state capacity via the constitutional domain¹¹⁸.

Valendo-se da premissa de que as Constituições do norte é que são as adequadas para toda a humanidade, pode-se concluir, portanto, que somente os “materiais de construção” destes países é que são “bons o suficiente” para a criação de uma nova Constituição, muito embora esses “materiais” possam não ser adequados para a construção a ser realizada no sul.

Frankenberg, em um texto que conjuga didática e técnica, apresenta claramente o que é a “metáfora IKEA^{119,120}”, ou seja, esta empresa põe à disposição no mercado um conjunto de materiais a partir dos quais é possível (ou seria possível) construir algo funcional, de acordo com o originalmente planejado.

¹¹⁵ HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters (...)*. p. 207.

¹¹⁶ Hirschl traz, entretanto, uma observação de que os países componentes do BRICS (Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul) não podem ser classificados na dicotomia norte-sul.

¹¹⁷ Id.

¹¹⁸ Ibid. p. 217-218.

¹¹⁹ FRANKENBERG, Günter. *Constitutions as Commodities (...)*. p. 4.

¹²⁰ A IKEA é uma empresa de origem sueca, cuja principal característica é produzir móveis de baixo custo, valendo-se de matérias-primas também de qualidade inferior, e que são montados diretamente pelo consumidor em sua casa. Disponível em <http://franchisor.ikea.com/product-for-a-better-everyday-life/>, acesso em 13/01/2017.

Analogicamente, no mercado constitucional existem diversos materiais que podem ser utilizados para a construção de um novo texto, mas para que eles entrem no “mercado”, são necessárias três operações de descontextualização na visão de Frankenberg.

a) Reificar: transforma normas, ideias e instituições “vivas” em objetos, esbulhando-o de seu contexto histórico e sociocultural¹²¹. O que fosse retirado de um país nada mais seria que uma comódite de informações¹²².

b) Formalizar: reduzir a norma a um texto nu, fazer com que esse texto tivesse todo seu conteúdo esvaziado, impedindo, assim, o debate interpretativo e a convenção epistêmica que lhe confere o significado¹²³.

c) Idealização: transformar a aparência de normas e outros elementos constitucionais, fazendo-os parecer melhores do que realmente são, distanciando o objeto idealizado de sua real essência¹²⁴. As instituições são apresentadas da forma pela qual se espera que funcionem¹²⁵.

Como exemplo para essa descontextualização, cita o Autor a fórmula do “We the people” presente na Constituição Estadunidense, surgida como uma tentativa de reprimir o povo¹²⁶ e para que fosse contida a fúria da democracia¹²⁷, considerando-se o momento histórico em que o documento foi lavrado.

Não restam dúvidas de que, se essa premissa do “We the people” não tivesse sido incorporada no texto constitucional, o sentimento de união necessário para que os Estados Unidos constituíssem um único país soberano e com maior poder internacional não seria obtido e cada colônia, com sua particularidade, poderia ter optado pela via do isolamento.

Essa premissa foi repetida e/ou adaptada em Constituições ao redor do mundo, mas não necessariamente esse transplante manteve o mesmo significado original. Para manter a fidelidade do pensamento, eis o que Frankenberg escreve:

(...) Despite the repetition of the original propositional formula, constitution-makers invoke and constitution-readers connote a different historical and

¹²¹ FRANKENBERG, Günter. *Constitutions as Commodities* (...). p. 13.

¹²² Id.

¹²³ Id.

¹²⁴ Id.

¹²⁵ Id.

¹²⁶ Ibid. p. 14.

¹²⁷ Id.

political “We” depending on the national-cultural environment. The simple “We the People”, one may conclude, testifies against the possibility constitutional “transplants” but illustrates constitutional transfers and the art of *bricolagem* and the attribution of meanings in different constitutional settings¹²⁸.

Outro exemplo salutar diz respeito à Segunda Emenda da Constituição Estadunidense¹²⁹ que teve sua origem enraizada no direito à defesa pessoal que remonta ao Rei Henrique II, no século XII, e o direito de resistir à tirania¹³⁰. Logo, de um direito à resistência o transplante promoveu uma “abertura interpretativa” para que os estadunidenses tenham a liberdade de adquirir e de portar armas.

A Segunda Emenda, já eivada de clara dissonância com a ideia original, influenciou ainda a Constituição da Confederação Argentina de 1853 que obrigava o cidadão a se armar em defesa da pátria¹³¹.

Fugindo dos exemplos dos livros, tome-se a hipótese do direito à vida tal qual compreendido atualmente. Para simplificar, o Brasil, hoje, considera a vida como sendo o direito a nascer¹³² (inclusive sendo resguardados os direitos do nascituro¹³³), e a permanecer vivo¹³⁴, contudo, é proibido na nação brasileira a eutanásia ou o suicídio

¹²⁸ Ibid. p. 26.

¹²⁹ “A well regulated militia, being necessary to the security of a free state, the right of the people to keep and bear arms, shall not be infringed.” Disponível em https://www.law.cornell.edu/constitution/second_amendment, acesso em 14/01/2017.

¹³⁰ Ibid. 20.

¹³¹ “Artículo 21.- Todo ciudadano argentino está obligado a armarse en defensa de la Patria y de esta Constitución, conforme a las leyes que al efecto dicte el Congreso y a los decretos del Ejecutivo nacional. Los ciudadanos por naturalización son libres de prestar o no este servicio por el término de diez años contados desde el día en que obtengan su carta de ciudadanía.” Disponível em <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ar/ar147es.pdf>, acesso em 14/01/2017.

¹³² Sendo vedado o aborto fora das hipóteses previstas no art. 128, I e II do Código Penal Brasileiro (Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro: II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.) Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm, acesso em 18/01/2017. Também na hipótese de feto anencefálico o aborto é permitido consoante a decisão proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, publicada em 30/04/2013. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>, acesso em 18/01/2017.

¹³³ Conforme art. 2º do Código Civil Brasileiro (Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.) Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm, acesso em 18/01/2017.

¹³⁴ Conforme art. 5º, *caput* da Constituição da República Federativa do Brasil (Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:) Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 18/01/2017.

assistido. Portanto, o direito a terminar com a própria vida não é regulamentado. De outra forma, sabe-se que, na Holanda, o direito a pôr termo à própria vida é regulamentado pelo Termination of Life on Request and Assisted Suicide¹³⁵.

Imagine-se que a Holanda também possua ambas as acepções consagradas no Brasil a respeito do direito à vida (direito a nascer e a permanecer vivo), bem como que fossem eliminadas todas as demais variáveis a respeito do direito à vida, incluindo aqui a evolução histórica, tratando-o como um direito surgido recentemente e sem discussão no campo jurídico.

Caso o Brasil decidisse transplantar esse direito à vida holandês, deveria fazê-lo mediante o transporte dos três sentidos aplicáveis, contudo, devido à forte influência cristã em terras brasileiras, o sentido relativo a encerrar a própria vida não fosse adotado. Aqui estaria presente a arte da bricolagem e da atribuição de sentido em uma nova configuração constitucional.

Pois bem, quando se realiza um transplante (na maioria esmagadora das vezes) o destinatário não possui qualquer informação mais detalhada sobre o instituto jurídico alvo. Seria importante, ao menos, obter ou ter a mínima noção dos pré-requisitos textuais que fazem que este determinado instituto opere de forma apropriada no país doador¹³⁶.

Seguindo este caminho, quando a situação histórica, social e cultural do doador não fez parte do estudo primitivo, nem tampouco houve competência para averiguar o plano original¹³⁷ do país para ter instituído uma determinada norma, quando o legislador busca reconstruir aquilo que ele transplantou, o processo é feito sem qualquer tipo de “manual de instruções” preciso, adequado. Ao contrário, o que realmente ocorre é o recurso a manuais abstratos e não confiáveis fornecidos pelo constitucionalismo¹³⁸.

O processo de descontextualização, entretanto, não agrada a nenhum dos dois maiores pensadores a respeito do transplante. Para Watson, o processo de reificação não seria bem visto, considerando que, para este autor, a questão legislativa-histórica é de grande relevância, não sendo possível desnudar o texto a ponto de ignorar o processo evolutivo ao longo do tempo.

¹³⁵ Disponível em <http://www.eutanasia.ws/documentos/Leyes/Internacional/Holanda%20Ley%202002.pdf>, acesso em 18/01/2017.

¹³⁶ Ibid. p. 17.

¹³⁷ Ibid. p. 25.

¹³⁸ Id.

Na mesma linha de raciocínio, há direta colisão com o pensamento de Legrand, pois, quando diz ser o transplante possível na hipótese do significado das palavras também ser transportado, no processo de formalização a incompatibilidade surgiria.

2. TRANSPLANTES E SUA RELAÇÃO COM O TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

Lançadas as bases teóricas mínimas necessárias para uma melhor compreensão do tema dos transplantes, analisa-se, doravante, sua interação com o universo jurídico. Esta verificação se dará em tribunais bem distintos entre si, quais sejam, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, o Supremo Tribunal Federal do Brasil, o qual exerce funções não só de um tribunal constitucional, mas também de revisora de decisões proferidas pelas demais Cortes nacionais¹³⁹ e o Superior Tribunal de Justiça do Brasil, responsável por

¹³⁹ Conforme art. 102 da Constituição da República Federativa do Brasil (Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993](#)) b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999](#)) d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território; f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta; g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro; h) ([Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#)) i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 22, de 1999](#)) j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados; l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais; n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados; o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal; p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade; q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal; r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; ([Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#)) II - julgar, em recurso ordinário: a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; b) o crime político; III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. ([Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#)) Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constituicaocompilado.htm, acesso em 18/04/2017.

julgados que sejam de sua competência originária, bem como os relativos a toda e qualquer matéria que não seja ofensa à Constituição Federal e não digam respeito à esfera laboral, eleitoral e militar¹⁴⁰.

Inicia-se a investigação sobre o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), tratando primeiramente de sua origem e funcionamento básico.

2.1. Origem e funcionamento do TEDH

Antes de adentrar especificamente sobre questões relativas à origem do TEDH, faz-se necessária uma pequena digressão sobre o momento histórico que abrangeu seu surgimento.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), elaborada junto ao Conselho da Europa¹⁴¹ e aberta à assinatura em Roma na data de 04 de novembro de

¹⁴⁰ Conforme art. 105 da Constituição da República Federativa do Brasil (Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais; b) os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999](#)) c) os *habeas corpus*, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea "a", ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999](#)) d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, "o", bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos; e) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados; f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; g) os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União; h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal; i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias; ([Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#)) II - julgar, em recurso ordinário: a) os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória; b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão; c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País; III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#)) c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.) Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucaocompilado.htm, acesso em 18/04/2017.

1950¹⁴², entrou em vigor apenas após o depósito da 10ª ratificação, em 03 de setembro de 1953¹⁴³ e reflete em seu texto uma intrínseca relação com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) de 1948. A CEDH é um tratado internacional com características especiais, pois as previsões nela contidas têm como escopo serem aplicadas internamente nos Estados que a ratificarem, controlando e regulando as relações entre estes Estados e as pessoas submetidas à sua jurisdição, objetivando garantir uma série de direitos e garantias fundamentais¹⁴⁴. Em linguagem mais simples, outro objetivo da CEDH é “tornar coletivo algo que é individual” por meio dos julgamentos, prevendo não somente os direitos em sua forma genérica, mas também instituindo organizações que visam à implementação desses direitos.

O TEDH, por sua vez, ficou totalmente operacional somente no ano de 1959, pois certos Estados-membros, em princípio, não aceitaram duas cláusulas opcionais (mas não menos relevantes) acerca do sistema proposto pela CEDH, quais sejam, a petição individual e a se submeter à jurisdição do Tribunal¹⁴⁵. Verifica-se, portanto, que o Tribunal iniciou suas atividades aproximadamente 14 (quatorze) anos após o fim da 2ª Guerra Mundial e pouco mais de uma década da redação da DUDH.

Desta feita, os principais assuntos que rodeavam esse nascedouro eram justamente a falta de desenvolvimento do conteúdo normativo da CEDH¹⁴⁶ no aspecto jurídico e, politicamente, a Guerra Fria e a descolonização (questões estas relacionadas aos direitos

¹⁴¹ Fundado em 1949 cuja missão é desenvolver através da Europa, princípios democráticos comuns baseados na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e outros textos de referência (Disponível em <https://www.coe.int/en/web/sarajevo/objectives-mission>, acesso em 18/04/2017). É composto atualmente de 47 (quarenta e sete) Estados-membros (Disponível em <http://www.coe.int/en/web/about-us/our-member-states>, acesso em 18/04/2017) dos 50 (cinquenta) que compõem a região geográfica europeia (excluídos estão somente Bielorrússia, Cazaquistão e Vaticano).

¹⁴² Conforme Preâmbulo e conclusão da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Feito em Roma, aos 4 de Novembro de 1950, em francês e em inglês, os dois textos fazendo igualmente fé, num só exemplar, que será depositado nos arquivos do Conselho da Europa. O Secretário-Geral enviará cópias conformes a todos os signatários). Disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf, acesso em 18/04/2017.

¹⁴³ Disponível em <http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/005>, acesso em 18/04/2017.

¹⁴⁴ BARRETO, Ireneu Cabral. *O TEDH e Portugal: 30 anos de uma relação*. Em *A Mobilização Transnacional do Direito – Portugal e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*, organizado por Cecília MacDowell dos Santos. Coimbra: Almedina, 2012, p. 38.

¹⁴⁵ MADSEN, Mikael Rask. *O Surgimento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos Progressista: O TEDH e a transformação da Europa*. Em *A Mobilização Transnacional do Direito – Portugal e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*, organizado por Cecília MacDowell dos Santos. Coimbra: Almedina, 2012, p. 24.

¹⁴⁶ *Ibid.* p. 26.

humanos)¹⁴⁷. Nesse sentido, não causa surpresa a afirmação de que o Reino Unido e a França foram os Estados mais acionados quando do início da operação do TEDH¹⁴⁸, sendo direcionado àquele a primeira reclamação relativa ao tema¹⁴⁹. Apenas deve-se fazer menção que somente em 1998 houve a alteração da estrutura do TEDH, proporcionada pela assinatura do Protocolo 11, em que este substituiu a Comissão Europeia dos Direitos Humanos e o Tribunal dos Direitos Humanos¹⁵⁰.

Ao longo da década de 1950 e 1960, menos de 60 (sessenta) queixas foram admitidas pela Comissão e, após dez anos de funcionamento do TEDH, houve julgamento de somente dez casos e em um pequeno número destes foram encontradas violações à CEDH¹⁵¹.

Já na década de 1970, a jurisprudência do tribunal assumiu nova postura, deixando a que era mais contida, e lançou as bases de entendimento sobre o futuro da CEDH¹⁵², sendo que os julgados após 1975 conferiram um novo rumo aos direitos humanos¹⁵³. Demonstra-se esta afirmação a partir de dois julgados: *Tyrer c. Reino Unido*, decisão esta citada amplamente pela doutrina, em que consta, no item 31, que o TEDH deve ter em mente de que a CEDH é um instrumento vivo e deve ser interpretada à luz das condições atuais¹⁵⁴ e também o caso *Airey c. Irlanda*, em que se extrai do item 24 que a Convenção busca garantir não direitos que sejam teóricos ou ilusórios, mas sim direitos que sejam práticos e efetivos¹⁵⁵.

Em termos políticos, essa mudança de posicionamento ocorreu, principalmente, devido à atenuação da Guerra Fria e ao fim das mais violentas guerras de independência colonial¹⁵⁶, o que proporcionou uma nova aproximação ao tema dos direitos humanos no cenário internacional.

¹⁴⁷ Id.

¹⁴⁸ Id.

¹⁴⁹ Id.

¹⁵⁰ DOS SANTOS, Cecília Macdowell e LIMA, Teresa Maneca. *Portugal e o TEDH: Um retrato da litigação transnacional*. Em *A Mobilização Transnacional do Direito – Portugal e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*, organizado por Cecília MacDowell dos Santos. Coimbra: Almedina, 2012, p. 85.

¹⁵¹ MADSEN, Mikael Rask. *O Surgimento do Tribunal (...)*. p. 27-28.

¹⁵² Ibid. p. 29.

¹⁵³ Id.

¹⁵⁴ *Tyrer c. Reino Unido*. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (1978). Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57587%22%5D%7D>, acesso em 20/04/2017.

¹⁵⁵ *Airey c. Irlanda*. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (1979). Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57420%22%5D%7D>, acesso em 20/04/2017.

¹⁵⁶ MADSEN, Mikael Rask. *O Surgimento do Tribunal (...)*. p. 31.

Obviamente que o TEDH passou por inúmeros outros desafios e evoluções ao longo das décadas de 1980 até a presente data. Existem autores que, inclusive, mencionam que as decisões do TEDH, na década de 2000, refletem basicamente uma questão de reputação a ser conferida à Corte ou aos Estados¹⁵⁷.

Perfunctoriamente apresentada a origem e as tendências de julgamento do TEDH, não menos importante se faz uma digressão, ainda que breve, ao sistema de funcionamento do Tribunal, abrangendo desde suas competências até a execução de seus julgados.

Não existem grandes discussões na doutrina acerca da competência, sendo necessário apenas um pequeno comentário para além do contido no art. 32º, 1, da CEDH¹⁵⁸, onde Barreto, citando Costa, traz que

b) se a fixação da matéria de facto, a admissão das provas e a interpretação da lei interna são tarefas que devem ser deixadas em princípio para as instâncias nacionais, o Tribunal não se dispensa de exercer sobre a atividade das instâncias nacionais um controlo europeu¹⁵⁹.

A atividade do TEDH só pode ser solicitada após o esgotamento de todas as vias de recurso interno¹⁶⁰, em que se extrai o princípio da subsidiariedade. Preenchido este pressuposto, o Tribunal pode receber petições de quaisquer das pessoas mencionadas em seu art. 34º¹⁶¹.

¹⁵⁷ DOTHAN, Shai. *Judicial Tactics in the European Court of Human Rights*. University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper, No. 358 (2011). p. 116.

¹⁵⁸ Conforme art. 32º, 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (ARTIGO 32º Competência do Tribunal I. A competência do Tribunal abrange todas as questões relativas à interpretação e à aplicação da Convenção e dos respectivos protocolos que lhe sejam submetidas nas condições previstas pelos artigos 33º, 34º, 46º e 47º.) Disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf, acesso em 20/04/2017.

¹⁵⁹ BARRETO, Ireneu Cabral. *O TEDH e Portugal: (...) p. 38 apud COSTA, Jean-Paul. La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour Constitutionnelle*. In J. Gicquel (homenageado), *Constitutions et pouvoir – Mélanges em l'honneur de Jean Gicquel*. Paris: Montchrestien, p. 145-146.

¹⁶⁰ Conforme art. 35º, 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (ARTIGO 35º Condições de admissibilidade 1. O Tribunal só pode ser solicitado a conhecer de um assunto depois de esgotadas todas as vias de recurso internas, em conformidade com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos e num prazo de seis meses a contar da data da decisão interna definitiva.) Disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf, acesso em 20/04/2017.

¹⁶¹ Conforme art. 34º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (ARTIGO 34º Petições individuais O Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. As Altas Partes Contratantes comprometem - se a não criar qualquer entrave ao exercício efectivo desse direito.) Disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf, acesso em 20/04/2017.

Antes de 1998, o exame das queixas era um pouco diferente, pois vigorava à época o sistema tripartido. Em breves linhas: apresentava-se a queixa à Comissão; esta, após instrução, verificava se a petição estava bem fundada e elaborava um Relatório em que concluía pela violação de dispositivos da Convenção ou Protocolos; a Comissão ou o Estado poderiam solicitar o exame do caso pelo Tribunal e, caso isso não ocorresse, competia ao Comitê de Ministros decidir¹⁶². Logo, ao Tribunal competia o julgamento somente de casos complexos ou naqueles em que não existisse uma jurisprudência já consolidada¹⁶³. Atualmente, a análise inicial compete ao juiz singular, a comitês ou a secções e as queixas podem ser não conhecidas, inadmitidas, arquivadas ou processadas¹⁶⁴.

Superada a fase de admissibilidade, as partes podem ser convidadas a apresentarem provas suplementares, observações por escrito e ainda participação em audiência pública sobre o mérito da queixa, sendo admitida a participação de terceiros¹⁶⁵.

A qualquer tempo do processo é possível solucioná-lo amigavelmente, cuja negociação é confidencial¹⁶⁶, mas, caso isso não ocorra, é proferida sentença e a queixa é finalmente decidida¹⁶⁷.

¹⁶² BARRETO, Ireneu Cabral. *O TEDH e Portugal: (...)* p. 47.

¹⁶³ Id.

¹⁶⁴ Conforme arts. 27º, 1 e 3, 28º, 1, “a” e “b”, 29º, 1, 35º, 2, “a” e “b” e 3, “a” e “b” da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (ARTIGO 27º Competência dos juízes singulares 1. Qualquer juiz singular pode declarar a inadmissibilidade ou mandar arquivar qualquer petição formulada nos termos do artigo 34º se essa decisão puder ser tomada sem posterior apreciação. (...) 3. Se o juiz singular não declarar a inadmissibilidade ou não mandar arquivar uma petição, o juiz em causa transmite-a a um comité ou a uma secção para fins de posterior apreciação. ARTIGO 28º Competência dos comités 1. Um comité que conheça de uma petição individual formulada nos termos do artigo 34º pode, por voto unânime: a) Declarar a inadmissibilidade ou mandar arquivar a mesma sempre que essa decisão puder ser tomada sem posterior apreciação; ou b) Declarar a admissibilidade da mesma e proferir ao mesmo tempo uma sentença quanto ao fundo sempre que a questão subjacente ao assunto e relativa à interpretação ou à aplicação da Convenção ou dos respectivos Protocolos for já objecto de jurisprudência bem firmada do Tribunal. ARTIGO 29º Decisões das secções quanto à admissibilidade e ao fundo 1. Se nenhuma decisão tiver sido tomada nos termos dos artigos 27º ou 28º, e se nenhuma sentença tiver sido proferida nos termos do artigo 28º, uma das secções pronunciar-se-á quanto à admissibilidade e ao fundo das petições individuais formuladas nos termos do artigo 34º. A decisão quanto à admissibilidade pode ser tomada em separado. ARTIGO 35º Condições de admissibilidade 2. O Tribunal não conhecerá de qualquer petição individual formulada em aplicação do disposto no artigo 34º se tal petição: a) For anónima; b) For, no essencial, idêntica a uma petição anteriormente examinada pelo Tribunal ou já submetida a outra instância internacional de inquérito ou de decisão e não contiver factos novos. 3. O Tribunal declarará a inadmissibilidade de qualquer petição individual formulada nos termos do artigo 34º sempre que considerar que: a) A petição é incompatível com o disposto na Convenção ou nos seus Protocolos, é manifestamente mal fundada ou tem carácter abusivo; ou b) O autor da petição não sofreu qualquer prejuízo significativo, salvo se o respeito pelos direitos do homem garantidos na Convenção e nos respectivos Protocolos exigir uma apreciação da petição quanto ao fundo e contanto que não se rejeite, por esse motivo, qualquer questão que não tenha sido devidamente apreciada por um tribunal interno.

¹⁶⁵ DOS SANTOS, Cecília Macdowell e LIMA, Teresa Maneca. *Portugal e o TEDH: (...)* p. 92.

¹⁶⁶ Conforme art. 39º, 1 a 4 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (ARTIGO 39º Resoluções amigáveis 1. O Tribunal poderá, em qualquer momento do processo, colocar-se à disposição dos interessados com o objectivo de se alcançar uma resolução amigável do assunto, inspirada no respeito pelos direitos do

Na hipótese de ser proferida sentença, esta possui nítido carácter declaratório¹⁶⁸ muitas vezes limitando-se a decidir pela violação ou não a algum artigo da Convenção, e nas palavras de Barreto, observa dois princípios: a) as instâncias nacionais, por onde tramitou originalmente a questão, possuem maior qualificação para fixar a matéria de fato, para admitir provas e para aplicar a lei nacional, e; b) a aplicação da CEDH a um caso concreto deve respeitar a “margem de apreciação” que a própria Convenção fornece ao Estado¹⁶⁹.

Em tempos mais remotos, o TEDH permitia que o Estado optasse pela forma de cumprimento da decisão, que abrangiam desde a reabertura de um processo considerado injusto¹⁷⁰ até a readequação de sua legislação para que se conformasse com a Convenção e evitasse novos descumprimentos no futuro¹⁷¹. Recentemente, o Tribunal tem indicado as medidas a serem adotadas pelo Estado para suprir a deficiência apontada no julgamento. Salienta-se que tal providência não foi algo decidido de forma unilateral pelo TEDH, pelo

homem como tais reconhecidos pela Convenção e pelos seus Protocolos. 2. O processo descrito no n° 1 do presente artigo é confidencial. 3. Em caso de resolução amigável, o Tribunal arquivará o assunto, proferindo, para o efeito, uma decisão que conterá uma breve exposição dos factos e da solução adoptada. 4. Tal decisão será transmitida ao Comité de Ministros, o qual velará pela execução dos termos da resolução amigável tais como constam da decisão.) Disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf, acesso em 20/04/2017.

¹⁶⁷ Conforme arts. 42° a 44° da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (ARTIGO 42° Decisões das secções As decisões tomadas pelas secções tornam - se definitivas em conformidade com o disposto no n° 2 do artigo 44°. ARTIGO 43° Devolução ao tribunal pleno 1. Num prazo de três meses a contar da data da sentença proferida por uma secção, qualquer parte no assunto poderá, em casos excepcionais, solicitar a devolução do assunto ao tribunal pleno. 2. Um colectivo composto por cinco juizes do tribunal pleno aceitará a petição, se o assunto levantar uma questão grave quanto à interpretação ou à aplicação da Convenção ou dos seus protocolos ou ainda se levantar uma questão grave de carácter geral. 3. Se o colectivo aceitar a petição, o tribunal pleno pronunciar-se-á sobre o assunto por meio de sentença. ARTIGO 44° Sentenças definitivas 1. A sentença do tribunal pleno é definitiva. 2. A sentença de uma secção pronunciar-se-á definitiva: a) Se as partes declararem que não solicitarão a devolução do assunto ao tribunal pleno; b) Três meses após a data da sentença, se a devolução do assunto ao tribunal pleno não for solicitada; c) Se o colectivo do tribunal pleno rejeitar a petição de devolução formulada nos termos do artigo 43°. 3. A sentença definitiva será publicada.) Disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf, acesso em 20/04/2017.

¹⁶⁸ DOTHAN, Shai. *Judicial Tactics* (...). p. 119.

¹⁶⁹ BARRETO, Ireneu Cabral. *O TEDH e Portugal: (...)* p. 41.

¹⁷⁰ Pela relevância deste tipo de provimento foi criada a chamada Cláusula Öcalan, onde para sanar a ofensa à Convenção somente um novo julgamento atinge tais objetivos. Öcalan c. Turquia. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (2005). Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22%22CASE%20OF%20C3%96CALAN%20v.%20TURKEY%22%22\],%22sort%22:\[%22kdate%20Descending%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22JUDGMENTS%22\],%22itemid%22:\[%22001-69022%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22%22CASE%20OF%20C3%96CALAN%20v.%20TURKEY%22%22],%22sort%22:[%22kdate%20Descending%22],%22documentcollectionid%22:[%22JUDGMENTS%22],%22itemid%22:[%22001-69022%22]}), acesso em 21/04/2017. Item 210.

¹⁷¹ DOTHAN, Shai. *Judicial Tactics* (...). p. 118.

contrário, essa indicação de medidas se tratou de uma resposta ao convite formulado na Resolução Res (2004)3 do Comité de Ministros do Conselho da Europa¹⁷².

Toda e qualquer sentença definitiva do TEDH é transmitida ao Comité de Ministros, responsável pela comunicação ao Estado condenado das medidas a serem por ele adotadas¹⁷³. Uma última nota sobre a decisão é digna de ser citada: a sentença produz efeitos somente entre a parte que apresenta a queixa e o Estado requerido, não tendo eficácia contra todos, sendo desnecessário que outros Estados, que não participaram da queixa, sigam/cumpram essa decisão do Tribunal¹⁷⁴. Contudo, se a função da Corte é justamente fixar a interpretação e a aplicação da Convenção, seria prudente que todos os demais Estados não envolvidos no julgamento observassem e seguissem voluntariamente a decisão.

O próprio TEDH buscou alternativas (além da decisão irradiar seus efeitos para todos os Estados do Conselho da Europa) para evitar as queixas repetidas, dentre elas, menção necessária se faz ao julgamento piloto¹⁷⁵.

¹⁷² Conforme previsão final contida no instrumento onde o Conselho: Invites the Court: I. as far as possible, to identify, in its judgments finding a violation of the Convention, what it considers to be an underlying systemic problem and the source of this problem, in particular when it is likely to give rise to numerous applications, so as to assist states in finding the appropriate solution and the Committee of Ministers in supervising the execution of judgments; II. to specially notify any judgment containing indications of the existence of a systemic problem and of the source of this problem not only to the state concerned and to the Committee of Ministers, but also to the Parliamentary Assembly, to the Secretary General of the Council of Europe and to the Council of Europe Commissioner for Human Rights, and to highlight such judgments in an appropriate manner in the database of the Court. Disponível em https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805dd190, acesso em 21/04/2017.

¹⁷³ Conforme art. 46º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (ARTIGO 46º Força vinculativa e execução das sentenças 1. As Altas Partes Contratantes obrigam-se a respeitar as sentenças definitivas do Tribunal nos litígios em que forem partes. 2. A sentença definitiva do Tribunal será transmitida ao Comité de Ministros, o qual velará pela sua execução. 3. Sempre que o Comité de Ministros considerar que a supervisão da execução de uma sentença definitiva está a ser entravada por uma dificuldade de interpretação dessa sentença, poderá dar conhecimento ao Tribunal a fim que o mesmo se pronuncie sobre essa questão de interpretação. A decisão de submeter a questão à apreciação do tribunal será tomada por maioria de dois terços dos seus membros titulares. 4. Sempre que o Comité de Ministros considerar que uma Alta Parte Contratante se recusa a respeitar uma sentença definitiva num litígio em que esta seja parte, poderá, após notificação dessa Parte e por decisão tomada por maioria de dois terços dos seus membros titulares, submeter à apreciação do Tribunal a questão sobre o cumprimento, por essa Parte, da sua obrigação em conformidade com o n.º 1.28 29. 5. Se o Tribunal constatar que houve violação do n.º 1, devolverá o assunto ao Comité de Ministros para fins de apreciação das medidas a tomar. Se o Tribunal constatar que não houve violação do n.º 1, devolverá o assunto ao Comité de Ministros, o qual decidirá-se-á pela conclusão da sua apreciação.) Disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf, acesso em 21/04/2017.

¹⁷⁴ BARRETO, Irene Cabral. *O TEDH e Portugal: (...)* p. 43.

¹⁷⁵ Conforme bem descrito por BUYSE, Antoine. *The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights: Possibilities and Challenges*. Nomiko Vima (The Greek Law Journal), Vol. 57, pp. 1890-1902, 2009.

2.2. Principais técnicas decisórias utilizadas pelo TEDH

Conjugando-se o caráter subsidiário da Corte com a necessidade de que suas decisões sejam aceitas e cumpridas pelos membros signatários sem que estejam presentes grandes desconfortos para esse cumprimento, o TEDH desenvolveu métodos para realizar esta conformação. Tais criações jurisprudenciais são bastante ricas e abundantes no cenário do TEDH.

Em primeiro lugar é essencial mencionar o fato de que, como a CEDH tem a natureza jurídica de tratado internacional, resta claro que um dos elementos de interpretação utilizados pelo TEDH é a Convenção de Viena sobre a Lei dos Tratados, em especial pelos artigos 31 a 33¹⁷⁶.

A título exemplificativo, cita-se a garantia de efetividade das decisões, o método comparativo¹⁷⁷, princípio da proporcionalidade etc., bem como outros dois métodos escolhidos para uma melhor análise neste texto, quais sejam, a margem de apreciação e o consenso europeu. Referidas medidas possuem diversos pontos de contato e, até certo ponto, são admitidos pela doutrina como técnicas aptas a manter a aceitação e o cumprimento das decisões do TEDH em um nível não agressivo/incômodo aos Estados.

2.2.1. A margem de apreciação

A quantidade de textos que se dedicam ao estudo da margem de apreciação é substancial, abrangendo todo o espectro relativo a uma matéria em si, ou seja, analisando desde elementos mais genéricos do tema até apresentando pontos de conexão bastante específicos¹⁷⁸. Para os fins deste trabalho acadêmico, a profundidade de análise do tema será mais restrita, atendo-se aos conceitos básicos e às principais críticas.

¹⁷⁶ ZIEMELE, Ineta. *Customary International Law in the Case Law of the European Court of Human Rights – The Method*. 12 Law & Prac. Int'l Cts. & Tribunals 243, 2013. p. 243-244.

¹⁷⁷ Vale menção ao artigo de DZEHTSIAROU, Kanstantsin e LUKASHEVICH, Vasily. *Informed decision-making: The comparative endeavours of the Strasbourg Court*. Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 30/3, 272–298, 2012. Faz-se uma análise detalhada acerca da elaboração de relatórios sobre direito comparado em praticamente todas as decisões submetidas ao Tribunal Pleno.

¹⁷⁸ Por exemplo, SALDANHA, Jânia Mara Lopes e BRUM, Márcio Morais. *A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado?* Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XV, 2015, p. 195-238.

A primeira menção à expressão “margem de apreciação”, embora não haja por parte do TEDH uma discussão mais aprofundada sobre sua abrangência, é encontrada no Caso Chipre (Grécia c. Reino Unido 1958-1959) em que, em síntese, a Grécia acedeu ao TEDH alegando uma série de violações à CEDH na ilha do Chipre, e o Reino Unido alegou que, levando-se em consideração a situação de inquietação civil do momento, havia perfeito enquadramento com o art. 15º da CEDH¹⁷⁹. A Comissão entendeu possuir competência para decidir tanto sobre se a derrogação era justificada quanto se as medidas tomadas pelo Reino Unido foram as estritamente necessárias para o que a situação de fato exigia, mas, não houve julgamento definitivo por parte da Comissão, pois a questão foi resolvida entre os Estados^{180,181}. Há nova menção no caso *Lawless c. Irlanda*, mas, outra vez, sem uma maior exploração do tema¹⁸².

Ou seja, a doutrina foi originalmente desenvolvida para cancelar, ou não, certa situação de fato que se enquadre nas previsões contidas no art. 15º da CEDH, mas foi estendida para outros direitos, em especial os do art. 8º ao 11º da Convenção¹⁸³.

O primeiro caso decidido pela Comissão, em que há efetivo enfrentamento a respeito do tema margem de apreciação, ocorreu somente em 1976 e ficou conhecido como *Handyside c. Reino Unido*. Neste julgado, o Sr. Richard Handyside acionou o Reino Unido por suposta violação à liberdade de expressão (art. 10º da CEDH¹⁸⁴) e ao art. 1º, do

¹⁷⁹ Conforme art. 15º, 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (ARTIGO 15º Derrogação em caso de estado de necessidade 1. Em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação, qualquer Alta Parte Contratante pode tomar providências que derroguem as obrigações previstas na presente Convenção, na estrita medida em que o exigir a situação, e em que tais providências não estejam em contradição com as outras obrigações decorrentes do direito internacional.) Disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf, acesso em 24/04/2017.

¹⁸⁰ GREER, Steven. *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights*. Estrasburgo: Concil of Europe Publishing. p. 8-9. Disponível em [http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-17\(2000\).pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-17(2000).pdf), acesso em 24/04/2017.

¹⁸¹ Relatório da Comissão disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-73858&filename=001-73858.pdf>, acesso em 24/04/2017.

¹⁸² *Lawless c. Irlanda*. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (1960). Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22CASE%20OF%20LAWLESS%20v.%20IRELAND%20\(No.%201\)%22%22,%22sort%22:%5B%22kdate%20Descending%22,%22documentcollectionid%22:%5B%22JUDGMENTS%22,%22itemid%22:%5B%22001-57516%22%5D%5D%7D](http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22CASE%20OF%20LAWLESS%20v.%20IRELAND%20(No.%201)%22%22,%22sort%22:%5B%22kdate%20Descending%22,%22documentcollectionid%22:%5B%22JUDGMENTS%22,%22itemid%22:%5B%22001-57516%22%5D%5D%7D), acesso em 24/04/2017.

¹⁸³ FEINGOLD, Cora S. *The Doctrine of Margin of Appreciation and the European Convention on Human Rights*. 53 Notre Dame Law. 90 1977-1978. p. 94.

¹⁸⁴ Conforme art. 10º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (ARTIGO 10º Liberdade de expressão 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.

Protocolo 1¹⁸⁵ que versa sobre propriedade, pois o Estado, por decisão judicial, realizou confisco e posterior destruição de todas as cópias encontradas do livro *The Little Red Schoolbook*. Nesta publicação, no capítulo relativo denominado “Pupils”, havia vinte e seis páginas dedicadas ao tema sexo, subdivididas em seções que foram consideradas obscenas e, portanto, possuíam conteúdo inapropriado ao público¹⁸⁶.

O TEDH, por sua vez, decidiu que o art. 10º, 2, confere ao Estado uma margem de apreciação, posto não ser possível encontrar na legislação europeia (aqui considerada de todos os Estados que compunham o Conselho da Europa) uma definição sobre o que é moral. Logo, cada membro terá seu próprio conceito sobre essa questão, o qual seria variável ao longo do tempo e local¹⁸⁷. De outro modo, reconheceu a Corte que esse poder conferido ao Estado não é ilimitado, sendo dela a responsabilidade para definir se certa providência adotada é, ou não, compatível com a liberdade de expressão¹⁸⁸. Mais ainda, sustenta o TEDH que “the domestic margin of appreciation thus goes hand in hand with a European supervision¹⁸⁹”.

Severa crítica, formulada por Feingold, é tecida à forma pela qual o TEDH pôs termo ao caso *Handyside*. A Autora diz que o motivo pelo qual a Comissão e a Corte se valem da margem de apreciação está aberto à especulação, ou, sob outra ótica, pode ser que o julgador tenha uma “relutância natural” para dizer que determinado Estado ofendeu a CEDH¹⁹⁰. Em verdade, conclui a estudiosa que talvez a utilização desta teoria retrate nada

2. O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.) Disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf, acesso em 24/04/2017.

¹⁸⁵ Conforme art. 1º do Protocolo 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (ARTIGO 1º Protecção da propriedade Qualquer pessoa singular ou colectiva tem direito ao respeito dos seus bens. Ninguém pode ser privado do que é sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional. As condições precedentes entendem - se sem prejuízo do direito que os Estados possuem de pôr em vigor as leis que julguem necessárias para a regulamentação do uso dos bens, de acordo com o interesse geral, ou para assegurar o pagamento de impostos ou outras contribuições ou de multas.) Disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf, acesso em 24/04/2017.

¹⁸⁶ *Handyside c. Reino Unido*. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (1976). Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22%22CASE%20OF%20HANDYSIDE%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%22%22\],%22sort%22:\[%22kdate%20Descending%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22JUDGMENTS%22\],%22itemid%22:\[%22001-57499%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22%22CASE%20OF%20HANDYSIDE%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%22%22],%22sort%22:[%22kdate%20Descending%22],%22documentcollectionid%22:[%22JUDGMENTS%22],%22itemid%22:[%22001-57499%22]}), acesso em 24/04/2017. Item 20.

¹⁸⁷ *Ibid.* Item 48.

¹⁸⁸ *Ibid.* Item 49.

¹⁸⁹ *Id.*

¹⁹⁰ FEINGOLD, Cora S. *The Doctrine of Margin (...)*. p. 105-106.

mais que uma escolha política da Comissão e da Corte, pois ficam receosos com eventual denúncia, ou mesmo saída, de algum Estado da CEDH¹⁹¹. Embora pertinente, deve se ter em conta que o artigo foi escrito no final da década de 1970 e muito se desenvolveu sobre a margem de apreciação.

Retornando especificamente ao caso analisado, decidiu-se que como o Reino Unido possuía regulamentação específica para este tema (Obscene Publications Acts 1959/1964) e ele não entrava em choque direto com a CEDH, por treze votos a um decidiu-se pela inexistência de ofensa ao art. 10º, da Convenção. Da mesma forma, por unanimidade, decidiu-se pela não violação do art. 1º, do Protocolo 1, da CEDH, pois o confisco e a destruição dos livros está autorizada pela segunda parte do primeiro parágrafo do artigo mencionado, considerando que a lei do Reino Unido decidiu pela ilicitude da publicação^{192,193}.

Uma das justificativas da doutrina da margem de apreciação é que uma atuação “muito efetiva” do TEDH poderia colocar em risco a segurança nacional dos Estados, o que explica seu surgimento no contexto do art. 15º da CEDH¹⁹⁴, mas a ele não fica restrito, abrangendo também questões que não envolvem apenas segurança, expansão esta realizada por política judicial¹⁹⁵. A esta dicotomia parte da doutrina adere¹⁹⁶.

Para manter fidelidade ao Autor, pode-se definir a margem de apreciação como “(...) based on the notion that each society is entitled to certain latitude in resolving the inherent conflicts between individual rights and national interests or among different moral convictions.¹⁹⁷”, permitindo à Corte manter deferência às leis domésticas de cada Estado sobre direitos, mas, ao mesmo tempo, mantendo uma supervisão internacional a estes

¹⁹¹ Id.

¹⁹² Ibid. Item 63.

¹⁹³ Digno de menção é o artigo de YOUROW, Howard Charles. *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*. 3 Conn. J. Int'l. L. 111 1987-1988, onde o Autor faz minuciosa evolução histórica do instituto promovendo a correlação dos pontos evolutivos e o julgado que a ele deu causa.

¹⁹⁴ BENVENISTI, Eyal. *Margin of appreciation, consensus, and universal standards*. 31 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 843 (1998-1999). Disponível em www.heinonline.org, acesso em 24/04/2017.

¹⁹⁵ Id.

¹⁹⁶ CONTRERAS, Pablo. *National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights: A Comparison Between the Jurisprudence of the European and the Inter-American Court of Human Rights*. 11, Nw. J. Int'l Hum. Rts. 28 (2012), p. 32 *apud* WILDHABER, Luzius. *A Constitutional Future for the European Court of Human Rights?* 23, Hum. Rts. L. J. 161 (2002). Disponível em <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1155&context=njihr>, acesso em 24/04/2017.

¹⁹⁷ Id.

direitos¹⁹⁸, sendo uma espécie de metodologia para equilibrar o aspecto universal dos direitos humanos com as particularidades de cada Estado¹⁹⁹, justamente pelo fato de que os Estados são os defensores primários desta proteção e o TEDH desenvolve sua função subsidiária²⁰⁰.

Uma parcela da doutrina diz que a margem de apreciação é uma nítida teoria de deferência à lei dos Estados e nada mais é que um mecanismo de autoimposição de contenção judicial^{201,202}, ou ainda uma ferramenta desenvolvida para trabalhar com a área de fricção entre a supervisão internacional e a soberania nacional²⁰³.

Mais robusta e precisa é a definição ofertada por Brauch ao citar Yourow:

The latitude of deference or error which the Strasbourg organs will allow the national legislative, executive, administrative, and judicial bodies before it is prepared to declare a national derogation from the Convention, or restriction or limitation upon a right guaranteed by the Convention, to constitute a violation of one of the Convention's substantive guarantees. It has been defined as the line at which international supervision should give way to a State Party's discretion in enacting or enforcing its laws²⁰⁴.

A natureza jurídica da margem de apreciação é um tanto divergente na doutrina, ora sendo qualificada como doutrina, critério interpretativo, ou mesmo como método de compatibilização.

Adere-se ao posicionamento de Contreras, o qual entende a função da margem de apreciação como sendo um critério interpretativo²⁰⁵, pois, ao aplicá-la, o TEDH se vale

¹⁹⁸ CONTRERAS, Pablo. *National Discretion (...)*. p. 43.

¹⁹⁹ BENVENISTI, Eyal. *Margin of appreciation (...)*. p. 846.

²⁰⁰ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; SILVA, Maria Beatriz Oliveira e MELLO, Rafaela da Cruz. *Novas geometrias jurídicas e a construção de um direito comum pluralista: uma análise da aplicação da margem nacional de apreciação pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*. p. 167.

²⁰¹ WADA, Emily. *A Pretty Picture: the Margin of Appreciation and the Right to Assisted Suicide*. 27 *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.* 275 2005. p. 278.

²⁰² O'DONNELL, Thomas A. *The Margin of Appreciation Doctrine: Standarts in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*. 4 *Hum. Rts. Q.* 474 1982. p. 495

²⁰³ DEL MORAL, Ignacio de la Rasilla. *The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin-of-Appreciation Doctrine*. 7 *German L. J.* 611 2006. p. 615.

²⁰⁴ BRAUCH, Jeffrey A. *The Dangerous Search for an Elusive Consensus: What the Supreme Court Should Learn from the European Court of Human Rights*. 52 *Howard L. J.* 277 2008-2009. p. 279. *apud* YOUROW, Howard Charles. *The Margin of Appreciation and the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*. 13 (1996).

²⁰⁵ CONTRERAS, Pablo. *National Discretion (...)*. p. 28.

justamente da hermenêutica ao decidir se revisa a decisão de um Estado ou a ela concede deferência.

Não se compreende a margem de apreciação como um método de compatibilização, posto que o TEDH não exerce função precípua de analisar e de julgar a lei de determinado Estado como sendo “inconvencional”. Se a Corte decide pela violação de um direito do homem ela não faz com que a lei estatal seja retirada do ordenamento jurídico, mas sim apenas a afasta da aplicação daquele caso concreto específico. Em um pensamento absurdo, se nenhuma das leis de um determinado Estado for compatível com a CEDH isso não significa que o mencionado Estado não possui nenhuma lei. Além do mais, existe um espectro em que pode se mover o Estado para decidir como irá cumprir certa decisão do Tribunal e, dentro de uma das medidas, pode-se admitir que o parlamento estatal revogue a lei considerada em choque com a Convenção.

Da mesma forma, não se vislumbra a margem de apreciação como uma doutrina, na acepção mais técnica da palavra. Doutrina sobre algum instituto jurídico é considerada como todos os estudos que envolvem este tema, sendo sua função mais voltada à compreensão da essência da matéria em análise. Pede-se vênia pela expressão, mas é a margem de apreciação que dá origem à doutrina e não a doutrina que dá origem à margem de apreciação.

A doutrina menciona certos pontos favoráveis à utilização da margem de apreciação muito embora a crítica da inexistência da metodologia para aplicação seja algo latente e já exposto brevemente no texto. Eventualmente, caso o TEDH formulasse um teste rígido para que ele pudesse aplicar a margem de apreciação, isso poderia causar uma rigidez indesejada, algo que seria tão prejudicial ao sistema quanto a liberdade irrestrita. Um certo nível de flexibilidade é desejável, pois quando a regra possui baixo grau de maleabilidade, a possibilidade de que se produza um resultado injusto é algo considerável²⁰⁶. Uma outra justificativa para o uso da margem de apreciação que também deve ser levada em consideração, é o aumento surreal de casos postos sob julgamento²⁰⁷ o que existe uma maior velocidade de processamento que pode acarretar em queda de consistência das decisões²⁰⁸.

²⁰⁶ KRATOCHVÍL, Jan. *The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights*. 29 Neth. Q. Hum. Rts. 324 2011. p. 354.

²⁰⁷ Ibid. p. 357.

²⁰⁸ Id.

Existem ainda defensores da margem de apreciação que a veem como uma teoria sólida e legítima para interpretar a CEDH²⁰⁹, pois exerce sua função de proteger a legítima variedade cultural que permeia o continente e, desta forma, o TEDH reconhece e leva em especial atenção os diferentes processos democráticos dos países quando aplica a doutrina²¹⁰.

Em uma tentativa de sistematização para que a margem de apreciação “possa” ser racionalmente utilizada pelo TEDH, Kratochvíl faz sugestões, dentre elas parar de utilizar a doutrina de forma automática, guardando-a para certos casos específicos, e se valer de testes para estabelecer critérios seguros de utilização²¹¹.

O cenário como um todo possui, ainda que poucos, lugares onde o terreno da margem de apreciação não é tão traiçoeiro. O TEDH “construiu”, talvez de forma não intencional, certos requisitos que precisam ser cumpridos para que a Corte mantenha deferência às leis e decisões do Poder Judiciário do Estado. Ao interpretar o art. 14º da CEDH²¹², o Tribunal permite a atuação dos Estados dentro da margem de apreciação a eles conferida para editar leis que discriminem pessoas somente se: a) existir uma relevante diferença de tratamento entre pessoas que se encontrem em situação similar; b) o Estado deve demonstrar que há uma justificação objetiva e razoável para a diferença de tratamento, e; c) existir uma razoável proporcionalidade entre os meios empregados e o fim que determinada política visa atingir²¹³.

Esta trilogia foi utilizada também no caso *Pretty c. Reino Unido*²¹⁴, onde a Sra. Pretty era portadora de uma doença degenerativa e não tinha condições de ceifar sua própria vida, tendo solicitado que seu marido a auxiliasse no cometimento do suicídio

²⁰⁹ DEL MORAL, Ignacio de la Rasilla. *The Increasingly Marginal (...)*. p. 620.

²¹⁰ Ibid. p. 620-621.

²¹¹ KRATOCHVÍL, Jan. *The Inflation of the Margin of Appreciation (...)*. p. 354. Os testes estão bem explicitados no artigo e não serão citados no trabalho, considerando abranger certas especificidades que não são objeto primário desta investigação.

²¹² Conforme art. 14º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Artigo 14º O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.)

²¹³ NOZAWA, Junko. *Drawing the Line: Same-sex adoption and the jurisprudence of the ECtHR on the application of the “European consensus” standard under Article 14.* 29 *Merkourios-Utrecht J. Int'l & Eur. L.* 66 2013. p. 68.

²¹⁴ *Pretty c. Reino Unido*. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (2002). Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22CASE%20OF%20PRETTY%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%22%5D,%22sort%22:%5B%22kdate%20Descending%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22JUDGMENTS%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-60448%22%5D%7D>, acesso em 18/06/2017.

assistido e não fosse por isso processado e eventualmente penalizado criminalmente. O Reino Unido possui legislação que trata o auxílio ao suicídio como crime e, caso a ajuda fosse prestada, o homem poderia ser alvo de investigação e processo judicial. Levantou-se possível ofensa a vários direitos previstos na CEDH, dentre eles ao art. 14º, onde foi proferida decisão no sentido de que no caso concreto a discriminação entre pessoas que podem cometer suicídio isoladamente e aquelas que necessitam de algum tipo de ajuda é justificável e, conseqüentemente, não há ofensa ao artigo mencionado²¹⁵.

Como nenhum instituto jurídico passa imune a críticas, a margem de apreciação também sofre diversos questionamentos, os quais se encontram muito bem sintetizados na obra de Arai-Takahashi: a) a margem de apreciação é compatível com a noção de direitos humanos?; b) o TEDH age corretamente em apenas dizer que a CEDH serve apenas como um denominador mínimo de direitos? Não seria necessária uma atuação mais ambiciosa?; c) a margem de apreciação não seria apenas algo transitório, temporário, até que toda a Europa atinja o mesmo grau de desenvolvimento sobre os direitos humanos, e assim, ao longo do tempo, a técnica interpretativa perderia sua razão de ser?; d) a ausência de previsão expressa na CEDH não faria com que essa técnica fosse uma invenção e opção do juiz internacional europeu?; e) haveria suposta modificação de valores, no sentido de conferir proeminência ao Estado como agente central do TEDH ao invés do ser humano?; f) a ausência de critérios firmes para a aplicação da margem de apreciação, bem como a não uniformização de sua jurisprudência, não seria uma forma de o TEDH perder seu prestígio e força política?²¹⁶

De fato, será que a margem de apreciação não é somente uma variação geométrica perniciosa dos direitos humanos, fazendo com que o buscado padrão universal de defesa através da CEDH materialize uma derrota constante²¹⁷?

Infelizmente, este trabalho não é o campo apropriado para a discussão de cada crítica em específico, contudo, deixa-se registrada a existência de questionamentos sobre a técnica ora exposta.

²¹⁵ Id. Itens 88 e 89.

²¹⁶ ARAI-TAKAHASHI, Yutaka. *The margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the jurisprudence of the ECHR*. Nova Iorque: Intersentia, 2001. p. 16-18 e 227-228.

²¹⁷ DEL MORAL, Ignacio de la Rasilla. *The Increasingly Marginal (...)*. p. 620.

2.2.2. O consenso do grupo do Conselho da Europa

Por sua vez, o consenso do grupo do Conselho da Europa foi mencionado originalmente no caso Tyrer já apresentado²¹⁸, quando o TEDH decidiu que a existência de um consenso há muito teve papel importante no desenvolvimento e na evolução da CEDH. A discussão sobre o consenso guarda estreita relação com a técnica da interpretação dinâmica apresentada neste mesmo julgado.

Verifica-se grande esforço argumentativo/interpretativo da Corte para demonstrar que um determinado fato pode ser intolerável para certo período histórico, porém, com a evolução da sociedade, o comportamento antes censurado (inclusive por meio da lei) pode ser visto como “injusto” na conjectura atual²¹⁹.

A doutrina sinaliza para a dificuldade em captar o que o TEDH entende por consenso do grupo do Conselho da Europa, sendo que, em certos casos, decide que o fato de certa lei (por ele considerada mais justa) existir em poucos Estados isso não impossibilita o reconhecimento da evolução que o consenso do grupo do Conselho da Europa pode atribuir àquela questão em particular²²⁰, ou seja, pode-se achar o consenso independentemente das leis dos Estados. Outro julgado em que isso se apresenta é o Rasmussen c. Dinamarca, no qual um pai questionou a existência de prazo para ele contestar a paternidade de suposto filho seu nascido durante a constância do casamento, mas sua ex-mulher poderia buscar o reconhecimento da paternidade a qualquer momento. Na visão do Sr. Rasmussen, isso caracterizava uma discriminação que tem por fator de distinção o sexo de cada pessoa²²¹. O TEDH disse que não foi possível encontrar um ponto

²¹⁸ Ver nota de rodapé 154.

²¹⁹ Por exemplo, houve insurgência contra uma lei belga que determinava procedimentos diferentes para o registro de filhos legítimos e ilegítimos (Marckx c. Bélgica. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (1979). Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22%22CASE%20OF%20MARCKX%20v.%20BELGIUM%22%22\],%22sort%22:\[%22kdate%20Descending%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22JUDGMENTS%22\],%22itemid%22:\[%22001-57534%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22%22CASE%20OF%20MARCKX%20v.%20BELGIUM%22%22],%22sort%22:[%22kdate%20Descending%22],%22documentcollectionid%22:[%22JUDGMENTS%22],%22itemid%22:[%22001-57534%22]}), acesso em 02/05/2017. Item 41) e também a prática de certos atos sexuais por parte dos homossexuais ser considerada crime (Dudgeon c. Reino Unido. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (1981). Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22%22CASE%20OF%20DUDGEON%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%22%22\],%22sort%22:\[%22kdate%20Descending%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22JUDGMENTS%22\],%22itemid%22:\[%22001-57473%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22%22CASE%20OF%20DUDGEON%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%22%22],%22sort%22:[%22kdate%20Descending%22],%22documentcollectionid%22:[%22JUDGMENTS%22],%22itemid%22:[%22001-57473%22]}), acesso em 02/05/2017. Item 60.)

²²⁰ Marckx c. Bélgica. Tribunal (...). Itens 41 e 58.

²²¹ Rasmussen c. Dinamarca. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (1984). Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22%22CASE%20OF%20RASMUSSEN%20v.%20DENMARK%22%22\],%22sort%22:\[%22kdate%20Descending%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22JUDGMENTS%22\],%22itemid%22:\[%22001-57563%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22%22CASE%20OF%20RASMUSSEN%20v.%20DENMARK%22%22],%22sort%22:[%22kdate%20Descending%22],%22documentcollectionid%22:[%22JUDGMENTS%22],%22itemid%22:[%22001-57563%22]}), acesso em 02/05/2017. Item 41.

de identidade na maioria dos Estados, pois a regulação sobre este tema era bastante diferente. Logo, qual seria a quantidade mínima para que o consenso surgisse?

Proporcionando ainda mais dificuldade ao trabalho do pesquisador, a Corte sequer utiliza a mesma terminologia para se referir a este tema, variando desde “international consensus amongst the Contracting States of the Council of Europe”, “any European Consensus”, “common standart amongst the member States of the Conuncil of Europe”, “common European Standart”, “general trend”²²² dentre outros.

Não consta qualquer definição do que seria o consenso do grupo do Conselho da Europa em julgamentos do TEDH²²³, nem tampouco da Convenção é possível extrair o que se entende por tal instituto²²⁴.

A doutrina, entretanto, oferta algumas soluções, variando desde a simples análise gramatical das palavras, onde consenso significaria, em última análise, uma opinião coletiva e unânime sobre algo²²⁵ até a compreensão que consenso, em verdade, seria uma tendência para onde algo esteja se desenvolvendo ou modificando²²⁶.

Talvez o melhor conceito encontrado sobre o instituto seja justamente o de que “(...) may be defined as a general agreement among the majority of Member States of the Council of Europe about certain rules and principles identified through comparative research of national and international law and practice.²²⁷”. Ou, ainda, “The “European Consensus” standard is a generic label used to describe the Court’s inquiry into the existence or non-existence of a common ground, mostly in the law and practice of the Member States.²²⁸”

Na busca do estreitamento da amplitude conceitual trazida no parágrafo anterior, recorre-se a Ziemele:

Sometimes what the Court considers as European consensus might indeed coincide with a norm accepted by European States but sometimes, as in the A.,

²²² DZEHTSIAROU, Kanstantsin. *Does consensus matter? Legitimacy of European consensus int the case law of the European Court of Human Rights*. Public Law No. 3, 2011. p. 541.

²²³ Id.

²²⁴ Ibid. p. 534.

²²⁵ Ibid. p. 541.

²²⁶ Ibid. p. 542.

²²⁷ DZEHTSIAROU, Kanstantsin. *European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights*. 12 German L.J. 1730 2011. p. 1731.

²²⁸ Disponível em http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/chr/paper2_en.asp#P250_32680, acesso em 02/05/2017.

B. and C. case, it only refers to likeminded practices which have not generated a specific binding rule²²⁹.

Logo, o consenso pode ser um acordo tácito entre os Estados sobre a existência, ou não, de certas regras, princípios, pontos de partida iniciais de construções de teorias ou ainda práticas que não foram aptas a gerar uma regra obrigatória específica.

O consenso do grupo do Conselho da Europa ocupa um lugar peculiar no que tange ao seu enquadramento jurídico, de fato, pouco se encontrou a respeito deste tema na doutrina. Em verdade, a natureza jurídica do consenso é trazida apenas de passagem em poucos escritos. Recorre-se outra vez mais a Dzehtsiarou que preceitua ser o consenso uma ferramenta de legitimação, um método de fundamentação legitimador pois confere previsibilidade à interpretação da CEDH, mas, ao mesmo tempo, não possui densidade suficiente para, por si só, alcançar solidez suficiente de informação. Por isso, o papel do consenso europeu seria subsidiário²³⁰.

Estranhamente, em artigo publicado no mesmo ano, Dzehtsiarou considera o consenso como um mediador entre a interpretação dinâmica e a margem de apreciação²³¹. Seja como for, verifica-se que o consenso assume função integrativa, como ponto de conexão entre outras técnicas de solução de casos utilizadas pelo TEDH. Há, inclusive, estudos que demonstram ser o consenso europeu inversamente proporcional à margem de apreciação: quanto menos o TEDH verifica a existência de consenso, maior seria a margem de apreciação de cada Estado para a solução do tema posto^{232,233,234}.

A fluidez que envolve a questão do consenso não diminui quando ocorre a passagem do ponto estritamente teórico para o prático, ou seja, como e onde se aplica o consenso?

Pode-se constatar a existência de dois níveis distintos de consenso: aplicável sobre regras e sobre princípios, em que se extrai uma nítida preferência do TEDH para se valer

²²⁹ ZIEMELE, Ineta. *Customary International* (...). p. 250-251.

²³⁰ DZEHTSIAROU, Kanstantsin. *Does consensus matter?* (...). p. 534.

²³¹ DZEHTSIAROU, Kanstantsin. *European Consensus* (...).p. 1733.

²³² BENVENISTI, Eyal. *Margin of appreciation* (...). p. 851.

²³³ Isso, contudo, não se verificou no caso A, B e C c. Irlanda, onde mesmo existindo um verdadeiro consenso geral entre os Estados, o TEDH garantiu uma grande margem de apreciação à Irlanda sobre a questão do aborto. A, B e C. c. Irlanda. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (2010). Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["a,\"CASE OF A, B AND C v. IRELAND\""\],"sort":\["kpdate Descending"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS"\],"itemid":\["001-102332"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{), acesso em 03/05/2017.

²³⁴ NOZAWA, Junko. *Drawing the Line*: (...). p. 69.

do consenso quando decide sobre princípios²³⁵ (apenas faz-se a ressalva de que o consenso é mais fácil de ser encontrado em um princípio e não em como o princípio é aplicado na prática²³⁶).

No que guarda relação com as regras, elas são mais utilizadas para a identificação de tendências ao invés de esperar pela formação da unanimidade nas leis dos Estados²³⁷.

Prosseguindo no traiçoeiro terreno do consenso, qual é o efetivamente buscado pelo TEDH? Helfer, analisando a jurisprudência do Tribunal, verifica que as decisões recaem, principalmente, em três fatores distintos de consenso: a) legal; b) dos expertos, ou; c) consenso europeu público²³⁸. Contudo, tal pesquisa data hoje de quase duas décadas e meia, não guardando relação com as decisões mais recentes do TEDH.

Dzehtsiarou afirma existirem quatro tipos de consenso: a) aquele identificado por análise comparativa das leis dos Estados; b) consenso internacional identificado por meio de tratados internacionais; c) consenso interno no Estado parte da queixa, ou; d) consenso entre os expertos²³⁹.

Complicando ainda mais a tarefa, Regan questiona se o consenso que o TEDH procura é somente legislativo, judicial ou ainda um consenso baseado na opinião pública²⁴⁰? Há nítida falta de transparência por parte da Corte.

Não só esta falta de previsibilidade é criticada. Existem Autores que analisam as práticas do TEDH justamente para fundamentar o motivo pelo qual outra Corte não deve seguir suas decisões, ou tê-las como ponto de reflexão. A falta de método para articular e aplicar um padrão previsível e funcional do consenso, analisando a própria questão do já considerável tempo de funcionamento do TEDH, demonstra que talvez o “consenso” não seja algo positivo de ser utilizado por este ou qualquer outro tribunal²⁴¹.

Pode-se imaginar a torrente de críticas contra este método integrativo, justificado pelo fato da quase ausência de concordância sobre qualquer característica, por mais elementar que seja, do instituto consenso do grupo do Conselho da Europa.

²³⁵ DZEHTSIAROU, Kanstantsin. *Does consensus matter?* (...). p. 542.

²³⁶ *Ibid.* p. 543.

²³⁷ *Id.*

²³⁸ HELFER, Laurence R. *Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights*. 26 *Cornell Int'l L. J.* 133 1993. p. 1993.

²³⁹ *Ibid.* p. 548.

²⁴⁰ REGAN, Daniel. “*European Consensus*”: *A worthy endeavour for the European Court of Human Rights?* 14 *Trinity C. L. Ver.* 51 2011. p. 55.

²⁴¹ BRAUCH, Jeffrey A. *The Dangerous Search for an Elusive Consensus*(...). p. 288.

Ocorre que a função do TEDH não se apresenta nenhum pouco facilitada, pois deve o Tribunal sempre tentar conjugar dois fatores quando dos seus julgamentos: uma diz respeito à proteger os direitos da CEDH atenta às circunstâncias políticas e sociais e outra, quando o TEDH deve manter o nível de confiança atribuído pelos Estados para que estes respeitem o seu julgamento²⁴².

Deve-se apresentar, de outro giro, uma contradição entre o que o TEDH diz acerca da CEDH e a utilização do consenso como forma de resolução de controvérsias. Ora, se o Tribunal já decidiu que a Convenção é um instrumento e deve ser interpretada à luz das condições atuais, como é possível que o consenso seja utilizado? O consenso faz exatamente o caminho inverso, pois olha o que os Estados fizeram para tentar proteger direitos, recorre ao que já aconteceu, ao passado²⁴³. Isso, sem sombra de dúvida, faz com que o desenvolvimento dos direitos humanos seja retardado, pois se o Tribunal aguardar que os Estados legislem sobre determinado direito, a evolução é claramente prejudicada²⁴⁴.

Outra boa hipótese de incongruência é a utilização do consenso como um “produtor” de direitos a serem “impostos” nos Estados, pois, quando o TEDH invoca a doutrina, ele, implicitamente, diz que, se há consenso suficiente ela irá reconhecer a existência de um direito²⁴⁵ e isso pode gerar sérias questões de legitimidade.

Reduzir a atuação do TEDH ao que foi decidido pelos Estados é temerário, pois “If it makes no sense to let the majorities decide what rights individuals have, then it makes no sense either to resolve legal disagreement in human rights cases by appealing to what the majorities now believe or have legislated²⁴⁶”. Efetivamente, não faz sentido o indivíduo que contesta uma determinada norma de seu Estado (promulgada pelo Parlamento, eleito pela maioria) perante uma Corte Internacional que tomará sua decisão pautada no que a maioria (ou unanimidade) dos demais Estados entende sobre aquele tema²⁴⁷.

²⁴² BUZÁS, Péter. *The Convention on Human Rights and Biomedicine: European Consensus or Lowest Common Denominator?* 2015 Law Ver. Kyiv U. L. 327 2015. p. 329.

²⁴³ Ibid. p. 59.

²⁴⁴ Ibid. p. 63.

²⁴⁵ Ibid. p. 60.

²⁴⁶ LETSAS, George. *The truth in autonomous concepts: how to interpret the ECHR*. 15 Eupropean Journal of International Law 279 (2004). p. 304.

²⁴⁷ Resta claro que o pensamento da “maioria contra a maioria” somente é aplicável caso os Estados de onde se busca o consenso tenham entendimento idêntico ou similar àquele combatido no Estado de origem do queixoso.

Finalmente, um último ponto a ser considerado é o de que, se um dos objetivos do TEDH é estabelecer padrões universais de proteção aos direitos, bem como exercer uma função de guardião externo a esses pedidos, manter-se atrelado ao que os Estados decidem sobre a matéria o impedem de cumprir uma de suas funções²⁴⁸.

2.3. A necessária menção ao *judicial dialogue*

Os dois últimos pontos trazidos para análise versam sobre meios/formas/técnicas pelas quais o TEDH se vale para decidir casos postos para julgamento, mas não são únicas. Outra importante ferramenta utilizada pelos Tribunais é justamente o *judicial dialogue* (JD), analisado doravante.

Tal qual diversos outros institutos jurídicos, o JD também sofre com diversas inconstâncias e discussões na doutrina, iniciando-se pela própria terminologia. O JD também é conhecido por *cross-jurisdictional exchange*, *transnational judicial dialogue*, *judicial engagement*, *trans-judicial deliberation*, *cross-pollination between jurisdictions*, *constitutional cross-fertilization*, *judicial use of foreign law* e *constitutional convergence*²⁴⁹, sendo que essa ambiguidade terminológica guarda também um grande problema metodológico²⁵⁰.

Gramaticalmente, diálogo significa uma discussão entre duas ou mais pessoas sobre determinada matéria na busca da solução para certo problema²⁵¹ e, doutrinariamente, vê-se o JD como a prática de uma Corte quando cita outro Tribunal estrangeiro dentro de um contexto mais amplo, conhecido como a comunidade global das Cortes²⁵².

O conceito apresentado, contudo, não é suficiente para abranger todas as formas que o JD pode assumir. Law diz existir outra “modalidade”, a qual adota o JD em seu sentido literal, qual seja, interações diretas e trocas de informações entre juízes²⁵³. Existem ainda Autores que festejam a utilização do direito comparado em decisões como sendo o

²⁴⁸ BENVENISTI, Eyal. *Margin of appreciation (...)*. p. 852.

²⁴⁹ LEE, Megan. *Judicial Dialogue: Method in the Madness?* 5 King's INss L. Ver. 125 2015. p. 127..

²⁵⁰ Id.

²⁵¹ ZOETHOUT, Carla M. *The European Court of Human Rights and Transnational Judicial Dialogue*. 9 Vienna J, on Int'l Const. L. 398 2015. p. 401.

²⁵² LEE, Megan. *Judicial Dialogue (...)*. p. 128-129.

²⁵³ LAW, David S. & CHANG, Wen-Chen. *The Limits of Global Judicial Dialogue*. 86 Wash. L. Rev. 523 2011n. p. 526.

quinto método de interpretação no direito constitucional, junto com o texto, o contexto, a história e a política²⁵⁴.

Em diversos artigos vê-se que essa interação entre as Cortes tem especial relevo no que diz respeito aos direitos humanos, sustentando que tais direitos facilitam a interação entre os Tribunais, fazendo com que seja possível o surgimento de uma jurisprudência global na área dos direitos humanos²⁵⁵, demonstrando, assim, a universalidade destes direitos, sendo função do TEDH em elaborar um padrão mínimo comum²⁵⁶. Muito embora o texto pesquisado se refira ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), mas isso não exclui a aplicação do mesmo raciocínio ao TEDH, certos Autores chegam a sustentar que o JD tem como objetivo a integração política por meio da jurisprudência²⁵⁷.

A doutrina festeja quando o juiz se torna um mediador entre o direito humano internacional e a ordem doméstica onde está inserido²⁵⁸ tornando-se protetores desses direitos, dando pouca importância para os limites nacionais impostos pela lei de onde exerce suas funções²⁵⁹. Outro aspecto positivo apontado pelos estudiosos é o fato de que o JD acarreta uma melhora da tomada de decisão pelas Cortes, pois faz com que seja possível ver um determinado problema sob outra ótica e também a capacidade de se antever uma determinada circunstância, dentre outros²⁶⁰.

A troca de informações e experiências pode fazer com que um Tribunal seja mais sensível e aberto a novas culturas, principalmente quando a Corte é responsável pelo julgamento e apreciação de várias culturas legais²⁶¹. Esse respeito poderia se materializar caso uma dupla via seja estabelecida: o TEDH observa e respeita as práticas estatais se este reconhecer que a CEDH é a “Constituição da Europa”. Ao menos é este o sentido que o

²⁵⁴ BRYDE, Brun-Otto. *The Constitutional Judge and the International Constitutionalist Dialogue*. 80 Tul. L. Ver. 203 2005-2006, p. 205. *apud* HÄBERLE, Peter. *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat*, in JURISTEN ZEITUNG [JZ] 913 (Franz-Peter Gillig ed., 1989) (F.R.G.).

²⁵⁵ LAMBERT, Héléne. *Transnational Judicial Dialogue, Harmonization and the Common European Asylum System*. 58 Int'l & Comp. L. Q. 519 2009. p. 520.

²⁵⁶ JACOBS, Francis G. *Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice*. 38 Tex. Int'l L. J. 547 2003. p. 554.

²⁵⁷ *Ibid.* p. 550.

²⁵⁸ WATERS, Melissa A. *The Future of Transnational Judicial Dialogue*. 104 Am. Soc'y Int'l L. Proc. 465 2010. p. 466.

²⁵⁹ *Ibid.* p. 467.

²⁶⁰ LEE, Megan. *Judicial Dialogue (...)*. p. 130.

²⁶¹ KOCH JR., Charles H. *Judicial Dialogue for Legal Multiculturalism*. 25 Mich. J. Int'l L. 879 2003-2004. p. 897.

TEDH externa em certas decisões²⁶², atitude inclusive vista com bons olhos pelos Autores²⁶³. Deve-se buscar a “soberania constitucional” em substituição à “soberania política”²⁶⁴.

Há também o fato de que a interação com outras Cortes traz prestígio para aquela que cita seus pares²⁶⁵, desde que o Tribunal cuja decisão se analisa não seja o do Zimbábue²⁶⁶.

A visão utópica a ser conferida para o JD é encontrado em Caligiuri, quando aduz que este método é o único meio que parece hábil a garantir um elevado padrão de proteção aos direitos humanos (em especial na União Europeia), bem como ser função do TEDH fixar um padrão mínimo de proteção por meio da interpretação evolutiva, levando em consideração os princípios estabelecidos nos mais avançados sistemas de proteção de alguns Estados contratantes²⁶⁷.

Tal definição, entretanto, simplesmente não existe e, muito embora existam pontos positivos na prática do JD, são as críticas que aparentemente dominam esse tema.

Efetivamente a doutrina parece não poupar esforços em apresentar argumentos no sentido de reduzir e/ou de suprimir qualquer utilidade aos estudos de direito comparado sob a forma de julgamentos de Cortes Constitucionais.

Autores citam que o diálogo só é um mecanismo efetivo a contar do momento em que as instituições olham para outro sistema legal e compreendem sua forma de operação²⁶⁸, mas sem que isso coloque a Corte em um caminho de subversão da sua própria jurisdição²⁶⁹. Essa posição é também reforçada por Lee, ao afirmar que o JD é

²⁶² Loizidou c. Turquia. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. (1997). Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22sort%22:%5B%22kdate%20Descending%22%2C%22appno%22:%5B%2215318%2F89%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22JUDGMENTS%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-57920%22%22%7D>, acesso em 16/06/2017, item 75.

²⁶³ ZOETHOUT, Carla M. *The European Court* (...). p. 411.

²⁶⁴ KUO, Ming-Sung. *Discovering Sovereignty in Dialogue: Is Judicial Dialogue the Answer to Constitutional Conflict in the Pluralist Legal Landscape?* 26 Can. J. L. & Jurisprudence 341 2013. p. 370.

²⁶⁵ BRYDE, Brun-Otto. *The Constitutional Judge* (...). p. 205.

²⁶⁶ Knight c. Florida, 528, E.U.A. 990, 996. Justice Breyer citou um julgado deste país e disse que a Supreme Court deveria ter mais atenção às decisões de outras Cortes Constitucionais. O fato é que houve referência jocosa ao Zimbábue, pois tal Estado não é a “human rights capital of the world”.

²⁶⁷ CALIGIURI, Andrea e NAPOLETANO, Nicola. *The Application of the ECHR in the Domestic Systems*. p. 159.

²⁶⁸ EECKOUT, Piet. *Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky?* 38 Fordham Int'l L. J. 955 2015. p. 961.

²⁶⁹ Ibid. p. 963.

melhor aproveitado em locais onde estão presentes genealogias constitucionais comuns a ambos os países²⁷⁰.

Outros são muito mais contundentes e severos, chegando-se ao ponto de dizer que o JD nada mais é que uma metáfora, com limitado impacto prático²⁷¹ ou, ainda, ao extremo, que o diálogo tem o condão de justificar a prática dos “(..) elite lawyers and judges steeped in the tenets of political liberalism (...)”²⁷². Da mesma forma encontrou-se menção de que esse citado “diálogo” nada mais é que um monólogo, pois países com Cortes mais fracas (em especial aqueles Estados submetidos a rigoroso poder colonial) simplesmente recebem e imitam outros Tribunais²⁷³ sob a “proteção” do “diálogo”²⁷⁴.

Tal falácia se apresenta atrativa, pois promete que a todos os participantes será conferida a oportunidade de falar e de ser ouvido²⁷⁵. Isso se comprova a partir do momento em que, entre 1995 e 2009, a Corte Constitucional da África do Sul citou decisões da Suprema Corte canadense com uma frequência trezentas vezes superior que no sentido inverso (850 contra 3 citações)²⁷⁶. Observando esses números, é realmente difícil de concordar que exista um efetivo “diálogo” entre Cortes.

Pode-se admitir, como último argumento, que a Suprema Corte do Canadá realmente tenha acesso e leia as decisões de sua equivalente sul-africana, contudo, quando em uma decisão não se promove sequer uma singela referência a outro julgado é difícil de admitir que a decisão estrangeira exerça influência sobre as mentes dos julgadores domésticos.

Essa discussão é bem retratada por Zoethout quando expõe os três propósitos de como uma lei estrangeira exerce influência nos julgadores nacionais: a) expositivo, quando se promove apenas contraste e explicação de uma regra constitucional doméstica; b) empírica, a Corte busca os efeitos que determinada regra causou no país analisado e os leva em consideração quando revê a lei doméstica sob a luz da Constituição, ou seja, busca-se ver os diferentes efeitos causados em outro país a partir de uma norma de redação comum a ambos os países, e; c) substantiva, quando a Corte busca no estrangeiro uma forma de

²⁷⁰ LEE, Megan. *Judicial Dialogue (...)*. p. 130.

²⁷¹ KUO, Ming-Sung. *Discovering Sovereignty in Dialogue (...)* p. 344.

²⁷² LAW, David S. & CHANG, Wen-Chen. *The Limits of (...)* p. 530.

²⁷³ Ibid. p. 528.

²⁷⁴ Reflexão também efetuada por SILVA, Suzana Tavares. *Direitos fundamentais (...)*. p. 155.

²⁷⁵ LAW, David S. & CHANG, Wen-Chen. *The Limits of (...)* p. 531.

²⁷⁶ Ibid. p. 532-533.

definir o conteúdo de uma regra constitucional doméstica²⁷⁷. Infelizmente, não se encontra a posição definitiva da Autora sobre qual dos métodos é melhor e/ou gera decisões melhores. Entende-se, contudo, que as três análises são complementares e não excludentes entre si, sendo possível harmonizá-las.

A outra forma de troca de experiências citada anteriormente, a dos juízes em face de seus pares em outros países, também não é bem vista por certos Autores, os quais consideram-na vaga senão uma verdadeira anedota, vez que não existem métodos que comprovem que tais encontros face a face realmente desenvolvam a jurisprudência constitucional de uma nação²⁷⁸. Podem-se empregar métodos tendentes a aferir a utilidade destas espécies de encontros, contudo, limita-se a pesquisa a entrevistar os juízes sobre suas próprias experiências²⁷⁹.

Outra crítica considerável ao JD é similar àquela tecida em face da teoria de Watson, pois os Estados são diferentes e, por óbvio, entregam respostas diferentes²⁸⁰ a problemas similares. Brilhante também neste sentido foi a manifestação de um *Justice* aposentado da Corte Constitucional da República da China, quando diz que: “We are already fully knowledgeable about foreign law. The problem is translating this knowledge into our social and political context”²⁸¹. O problema recairia então em como aplicar as lições obtidas pelo contato com leis e decisões estrangeiras, considerando-se a cultura e a construção social de cada povo. Demonstra-se, assim, a grande distância a ser percorrida entre aprendizado e aplicação.

As condições existentes nos países nunca são exatamente as mesmas (em especial quando se analisam Estados mais ricos em face dos mais pobres economicamente²⁸²) e, portanto, algo que funciona perfeitamente em uma determinada localidade pode ser simplesmente inútil em outro território²⁸³. Decisões proferidas por Judiciários nacionais trazem inegável carga social, política, cultural e histórica de cada povo.

Silva também adere a este pensamento, referindo-se que os valores de um povo são ligados de forma muito íntima com a identidade cultural do Estado, restando difícil a

²⁷⁷ ZOETHOUT, Carla M. *The European Court (...)*. p. 406.

²⁷⁸ *Ibid.* p. 536.

²⁷⁹ *Ibid.* p. 537.

²⁸⁰ BJORGE, Eirik. *National supreme courts and the development of ECHR rights*. 9 Int'l J. Const. L. 5 2011. p. 18.

²⁸¹ LAW, David S. & CHANG, Wen-Chen. *The Limits of (...)* p. 563.

²⁸² Questão trazida por Hirschl quando fala sobre o “norte e sul globais”. Ver notas de rodapé 115 e 116.

²⁸³ BRYDE, Brun-Otto. *The Constitutional Judge (...)*. p. 215.

aceitação por este povo de outra gama de direitos “impostos” por outras pessoas que não aquelas eleitas pela comunidade²⁸⁴

O fato é que todos os Tribunais se valem do JD, variando a utilização desde simples “consulta” até adoção das mesmas razões de decisão.

Algo digno de nota e que possui bom grau de relevância é o fato de que Cortes mais jovens tendem a se valer mais de direito comparado^{285,286}, técnica esta que vai arrefecendo na medida em que o Tribunal desenvolve sua própria jurisprudência²⁸⁷ e é capaz de citar seus próprios precedentes como fundamentação das decisões.

Talvez a crítica mais severa ao JD seja a questão relativa à falta de metodologia para sua utilização, questão abordada por diversos Autores quando fazem objeções às decisões tomadas pelo TEDH²⁸⁸. Outros são mais contundentes e dizem que não existem dúvidas da possibilidade que um juiz tem de aprender coisas de outros lugares, eles até poderiam aprender algo com o Harry Potter²⁸⁹.

Pondo de lado as considerações jocosas, há nítida falta de procedimento consistente para a aplicação do JD, não há incorporação de nenhuma referência metodológica²⁹⁰. Efetivamente, a partir de que momento a lei estrangeira se torna persuasiva ou forte o suficiente para ser citada no âmbito doméstico²⁹¹? Sob quais condições isso pode ocorrer?

Em verdade, a partir do momento em que não há padrões seguros a serem observados no processo de julgamento, passando ao lado do rigor intelectual e da própria consistência do julgamento, a opção da escolha de citar uma Corte em detrimento de outra é, em última análise, política em sua essência²⁹² fundamentada nas relações diplomáticas de um Estado para com o outro²⁹³.

²⁸⁴ SILVA, Suzana Tavares. *Direitos fundamentais (...)*. p. 123.

²⁸⁵ *Ibid.* p. 205.

²⁸⁶ Faz-se breve impugnação ao dito por JACOBS, Francis G. *Judicial Dialogue (...)* p. 553, quando sustenta que alguns Tribunais Sul-Americanos são de “origem recente”. Apenas a título ilustrativo, o Supremo Tribunal Brasileiro, que exerce funções de Tribunal Constitucional, foi instituído em 1891, não sendo tão recente assim.

²⁸⁷ *Ibid.* p. 206.

²⁸⁸ Por todos, AMBRUS, Mónica. *Comparative Law Method in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights in the Light of the Rule of Law*. 2 Erasmus L. Rev. 353 2009.

²⁸⁹ LEE, Megan. *Judicial Dialogue (...)*. p. 131, *apud* WALDRON, Jeremy. *Partly Laws Common to All Mankind: Foreign Law in American Courts* (Yale University Press 2012) 84.

²⁹⁰ *Id.*

²⁹¹ *Id.*

²⁹² *Ibid.* p. 132.

²⁹³ *Ibid.* p. 135.

Isso gera diversas críticas, dentre as quais se sobressaem a queda da confiança no Judiciário, pois a escolha é casuística, bem como que a opção, como já dito, não é jurídica em si, mas sim feita a partir de impressões²⁹⁴ sobre outro Tribunal fundamentados principalmente em seu prestígio internacional.

Muito embora as críticas sejam pertinentes, não se deve abandonar ou desconsiderar a técnica no JD, pois o próprio estudo do direito é pautado e evolui a partir do estabelecimento da dissidência, do questionamento. Não há dúvida de que os questionamentos são muito mais importantes que as respostas em si, pois são aquelas que efetivamente auxiliam na progressão do pensamento como um todo. O objetivo de todo e qualquer Tribunal (ao menos na visão ideal), é a busca pelo aprimoramento de suas decisões a fim de que possa ser reestabelecida a “paz social”.

Comprovando o raciocínio, um diálogo de sucesso tem por início uma contestação e então evolui para o espírito de cooperação, conduzindo para a resolução do conflito potencial entre as partes²⁹⁵. A melhor “resposta” para determinado problema seria a coordenação de esforços das Cortes e não a submissão de uma em face de outra que possui uma maior “importância”²⁹⁶.

2.4. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem como forma de ligação entre os sistemas normativos dos Estados

Viu-se que, pelo fato de o TEDH desempenhar função nobre (consistente em proferir julgamentos acerca dos mais íntimos direitos de um ser humano) e difícil (pois deve, simultaneamente, manter certa deferência aos sistemas normativos estatais e aplicar a CEDH), sua atuação é sempre objeto de análise e questionamentos por parte dos Estados.

A dificuldade inerente a todo e qualquer julgamento de um Tribunal passa justamente pela tarefa de analisar fatos trazidos e respectivas provas, investigando tal ocorrência à luz do direito aplicável, proferindo decisão. Desta operação não se afasta o TEDH, contudo, sua atribuição relativa a “aplicar o direito” é muito mais complexa que aquela enfrentada por outros Tribunais.

²⁹⁴ Id.

²⁹⁵ KUO, Ming-Sung. *Discovering Sovereignty in Dialogue (...)* p. 364.

²⁹⁶ Ibid. p. 354.

O TEDH, em todos os seus julgamentos, deve ser extremamente cauteloso e, pelo que se observa da maioria de suas decisões, mantém postura contida no sentido de não proferir decisão agressiva demais ao Estado.

Para tanto, vale-se de certas técnicas interpretativas e autocontenções de caráter político pelo fato de necessitar manter, ao mesmo tempo, coesão, lógica, racionalidade e legitimidade em suas decisões fazendo com que o Estado condenado atue no sentido que ele determinar, sem que o membro se sinta por demais invadido pela competência do Tribunal.

A constituição peculiar do TEDH, firmada por meio de tratado internacional que pode ser denunciado²⁹⁷, faz com que suas decisões sejam proferidas sempre em um espectro muito limitado e de difícil obtenção.

Para demonstrar a estreita linha mencionada, veja-se o Julgado *Alekseyev c. Rússia* ocasião na qual o Estado banuiu a realização da Parada do Orgulho Gay em Moscou. Levada a discussão perante o TEDH, que decidiu existir ofensa à CEDH, determinou que fossem pagos ao requerente EUR 12.000 (doze mil euros) a título de danos não pecuniários. Contudo, um membro do Parlamento russo declarou que a Rússia estaria pronta a pagar EUR 3.000 (três mil euros) todo ano para os organizadores do evento para que ele não ocorresse em Moscou²⁹⁸. Logo, se a penalidade pecuniária é de um valor considerado aceitável, é melhor o Estado pagar e impedir a realização de um ato considerado contrário ao que se entende por correto e aceitável dentro da sociedade russa.

Outro ponto a ser considerado neste caso concreto é o fato de o julgamento ter sido realizado por juízes de nacionalidades grega, croata, tadjique, austríaca, azerbaijana,

²⁹⁷ Conforme art. 58º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Artigo 58º Denúncia 1. Uma Alta Parte Contratante só pode denunciar a presente Convenção ao fim do prazo de cinco anos a contar da data da entrada em vigor da Convenção para a dita Parte, e mediante um pré - aviso de seis meses, feito em notificação dirigida ao Secretário - Geral do Conselho da Europa, o qual informará as outras Partes Contratantes. 2. Esta denúncia não pode ter por efeito desvincular a Alta Parte Contratante em causa das obrigações contidas na presente Convenção no que se refere a qualquer facto que, podendo constituir violação daquelas obrigações, tivesse sido praticado pela dita Parte anteriormente à data em que a denúncia produz efeito. 3. Sob a mesma reserva, deixará de ser parte na presente Convenção qualquer Alta Parte Contratante que deixar de ser membro do Conselho da Europa. 4. A Convenção poderá ser denunciada, nos termos dos parágrafos precedentes, em relação a qualquer território a que tiver sido declarada aplicável nos termos do artigo 56.) Disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf, acesso em 12/05/2017.

²⁹⁸ DZEHTSIAROU, Kanstantsin e GREENE, Alan. *Legitimacy and the Future of the European Court of Human Rights: Critical Perspectives from Academia and Practitioners*. 12 German L. J. 1707 (2011). p. 1709. Efetivamente não se encontrou o motivo pelo qual o parlamentar fala em EUR 3.000 e não no valor da condenação em si.

luxemburguesa e norueguesa, países estes que guardam diferenças culturais profundas entre si e com a própria Rússia. Não é de se acreditar que o tratamento conferido aos gays que vivem na Noruega seja idêntico ao conferido no Tajiquistão (país este inclusive componente da ex-União das Repúblicas Socialistas Soviéticas).

Embora unânime o julgamento, mas conhecendo minimamente a história russa, os juízes provavelmente em seu foro íntimo sabiam que sua decisão poderia não surtir grande efeito prático.

Inquestionável o fato de que, quando o TEDH profere decisão que não está em consonância com o ordenamento jurídico interno de cada país, prestando pouca ou mesmo nenhuma deferência ao que determinada sociedade entende como adequado e suficiente para seu desenvolvimento, age o Tribunal como um “transplantador” ao buscar a “melhor” solução para o caso concreto em outras ordens jurídicas.

O efeito “transplantador” promovido pelo TEDH é legítimo? O Estado, diante da adesão pura e simples à CEDH aceita toda e qualquer interpretação e decisão do Tribunal? Variações no pensamento da Corte são sinais de evolução sobre determinada matéria ou mera decisão casuística?

A busca da Corte em “ordenar o caos” faz com que inúmeras técnicas surjam e, dentre elas, a construção de cada instituto deve ser cautelosa e, quando de sua conclusão, aceita pela maioria dos Estados. Todas as partes signatárias devem “estar de acordo” com o que o TEDH emprega na solução do caso concreto.

Eis a função da margem de apreciação, portanto. Surgida ao final da década de 1950 e, desde então trabalhada, atualmente é aceita pelos Estados como critério interpretativo sem grandes questionamentos. Se cada membro possui um certo espaço para definir conceitos, mas tal espaço deve andar lado a lado com uma supervisão europeia, a noção que a Europa possui sobre determinada matéria traduz um transplante de conceitos que será, ou não, empregado pelo Tribunal.

Por exemplo, o caso *Handyside c. Reino Unido*, já explorado no trabalho, expõe a dificuldade em se definir com precisão o conceito da moral (considerando que, na legislação europeia, não havia uma identidade de pensamento) e que, logo, cada Estado poderia definir tal conceito em suas leis. Para proteger este conceito, decidiu-se pela validade e adequação da lei do Reino Unido frente a CEDH, sendo legítima a não incidência do direito à liberdade de expressão no caso concreto.

Em exercício interpretativo, se a Corte tivesse decidido pela prevalência do direito à liberdade de expressão do indivíduo sobre a moral, valendo-se da margem de apreciação conferida a todos os demais Estados sobre esse tema, caso “toda” a Europa conceituasse a moral de forma alheia ao que é entendido pelo Reino Unido, o TEDH promoveria nítido transplante para solucionar o caso concreto.

Ao realizar o somatório do que cada Estado entende por moral, isso materializaria um “número” maior daquele exposto por um único Estado e a decisão da maioria seria imposta.

Haveria transplante do que outras sociedades entendem por “moral” (autorizada a definição do conceito pela margem de apreciação conferida pelo TEDH) a um Estado que possui entendimento diverso. No caso Handyside, caso a decisão fosse contrária à lançada, a conceituação de moral por outros Estados estaria hierarquicamente superior à própria lei do Reino Unido. A conceituação de algo “não jurídico” como a moral seria superior a uma lei em vigor em determinado Estado.

Se concedo margem de apreciação para que o Estado defina certas questões, não parece muito sábio impor tais definições para outro membro, ainda mais se isso ofende ato normativo emanado do Parlamento. Haveria transplante de conceito, podendo ser sobre algo jurídico ou não, e imposição sobre uma população absolutamente distinta.

O que a maioria entendesse como mais adequado em certo tema seria imposto à minoria. Mas tal raciocínio destrói uma das funções mais relevantes de um Tribunal, qual seja, defender as minorias.

A margem de apreciação é um meio utilizado na promoção da democracia em uma comunidade, pois retrata a deferência do TEDH às decisões de cada população de cada Estado. Contudo, quando se versa sobre os direitos de uma minoria, por exemplo, eles sempre tendem a não prevalecer frente ao que decide a maioria²⁹⁹. Se mais da metade das pessoas decide em um sentido, isso basta para o sistema democrático.

Essa minoria, então, deve ter um sistema que resguarde seus direitos, sob pena de, em casos extremos, ser praticamente extinta por uma maioria eventualmente opressora. Aos Tribunais compete essa função, analisando os casos concretos à luz da lei e de princípios existentes naquele determinado ordenamento jurídico.

²⁹⁹ BENVENISTI, Eyal. *Margin of appreciation* (...). p. 852.

Se o TEDH “aceita” que a maioria dos Estados atue dentro dos limites de uma determinada margem de apreciação e aplica essa conclusão a outro Estado que dele não se vale, há uma dupla ofensa ao membro minoritário, pois, a um, a decisão de seu povo sobre aquele determinado tema não prevalece frente à comunidade (podendo, ou não, estar expresso em lei propriamente dita) e, a dois, o que a maioria da população dos Estados decide sobre a matéria valerá em local que não considera tal pensamento “justo” ou “adequado”.

Por mais repetitiva que seja a próxima afirmação, a democracia do Estado dissonante é derrotada pela democracia dos outros Estados, representada pela maioria da população de cada um deles. O que a quantidade majoritária das pessoas entende por correto se sobressai sobre o que, eventualmente, a totalidade da população de um Estado entende sobre a matéria (em caso, por exemplo, de uma legislação encontrar respaldo na unanimidade dos nacionais de um país).

Tal Estado divergente não deveria ter uma maior proteção conferida pelo TEDH? O que outros decidem sobre certo tema é adequado para a “minha população”?

A margem de apreciação é, portanto, uma criação do TEDH que pode ser por ele utilizada na hipótese de certo Estado não aderir ao que pensam os demais membros, promovendo verdadeiro transplante de normas de um país para outro, pelo simples fato de que o que pensa cada nação sobre determinada matéria deve andar de mãos dadas com uma supervisão europeia.

Caminhando para a questão relativa ao consenso europeu, a atuação do TEDH não está imune a críticas.

A respeito desta questão há também presença da democracia “invertida”, pois, se para decidir certo requerimento o Tribunal se vale do que a maioria dos Estados, em um consenso, entende sobre o tema, a minoria sofrerá com as consequências.

Se para a decisão de um caso o TEDH recorre ao que os membros entendem sobre determinada matéria, promovendo verdadeiro estudo de direito comparado, e desta análise ele “cria” uma norma a ser aplicável no caso concreto, o transplante da novel legislação é claro.

A Corte formula uma previsão genérica e abstrata, tendo por base a vontade de outros Estados (refletida por lei ou não), e a aplica para solucionar a questão posta sob sua análise, mas tal prática não deveria prevalecer.

Existe julgado que inclusive sustenta que a CEDH foi criada para proteger os direitos humanos individuais de ofensas a serem praticadas pelos Estados e não para criar direitos específicos e impô-los aos Estados³⁰⁰. Se o objetivo da CEDH é proteger o direito do homem, sob qual fundamento é criada uma nova “lei” a partir do consenso e por qual motivo ela é imposta para o Estado, se nem mesmo da análise da CEDH frente um caso concreto não se admite que um novo direito seja criado?

Pior.

Isso já foi dito textualmente por um Juiz do Tribunal, muito embora em fundamentação utilizada para afastar outro método interpretativo do qual se vale o TEDH, qual seja, a interpretação evolutiva:

It is true that the Convention and its Protocols must be interpreted in the light of present-day conditions. However, the Court cannot, by means of an evolutive interpretation, derive from these instruments a right that was not included therein at the outset³⁰¹.

As dificuldades em legitimar essa conduta são incontáveis, pois: a) o TEDH dificilmente encontrará unanimidade de entendimento sobre uma matéria em 47 (quarenta e sete) Estados distintos, tais quais com suas peculiaridades e culturas; b) caso tome a decisão de encontrar o consenso somente na maioria dos Estados, tal conduta pode caracterizar a concessão de maior prestígio da Corte para com certos países, levando-se em conta a atuação e a posição destes no cenário internacional (é mais confortável para o Tribunal justificar decisões tomadas com base no consenso entre a Alemanha, França e Reino Unido do que entre Chipre, Albânia e Moldávia, por exemplo), e; c) ao analisar a lei ou outra questão jurídica para encontrar o consenso, pode o Tribunal incorrer na falha de buscar somente o que lhe interessa para fundamentar a decisão, escolher somente o que é benéfico, o famoso “cherry picking”.

Caracterizada a existência de transplantes pelo TEDH tanto pelo método interpretativo da margem de apreciação quanto pela ferramenta de legitimação do consenso

³⁰⁰ Áustria c. Itália. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. (1961). Arquivo .pdf disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-115598%22%5D%7D>, acesso em 15/05/2017.

³⁰¹ Johnston c. Irlanda. Julgamento em 18 de dezembro de 1986; (1987) 9 EHRR 203, item 53. Disponível em <http://www.refworld.org/pdfid/58a72e674.pdf>, acesso em 15/05/2017.

européu, deve-se verificar se o fato de um Estado aderir à CEDH faz com que, automaticamente, esses transplantes sejam aceitos e respeitados.

Não pairam dúvidas acerca da manifestação de vontade de um Estado, tendo em vista que, quando ele adere livremente à CEDH, exprime sua concordância com os termos lá expostos, contudo, um Estado pode discordar de certo problema posto em julgamento que não tenha sido antevisto quando do momento da ratificação³⁰². Esta abordagem subjetiva da “vontade do Estado” em determinado momento pode levar a incongruências, posto que determinada inclinação hoje pode não ser a mesma de ontem. Por isso, a Comissão, quando ainda atuava como órgão julgador, decidiu que a interpretação da CEDH deve ser realizada de forma objetiva³⁰³ e restrita, pois não se pode impor aos Estados contratantes algo que não se teve intenção de assumir quando da assinatura do instrumento³⁰⁴.

Essa busca por objetividade pode trilhar dois caminhos distintos, no sentido de considerar a CEDH como uma declaração de direitos universal ou relativa.

Basta uma simples leitura do preâmbulo da Convenção para que se verifique o intuito universalista do documento³⁰⁵, mas, ao recorrer aos institutos da margem de apreciação e consenso europeu, essa busca universal fica extremamente prejudicada. Se o TEDH presta deferência a tradições e a práticas estatais específicas isso demonstra, na verdade, uma aproximação relativista³⁰⁶.

Corroborando esta visão relativa dos direitos humanos perpetrada pela Corte, traz-se o julgado *Soering c. Reino Unido*³⁰⁷ em que a Corte decidiu ser possível, por meio da interpretação integrada da Convenção e seus Protocolos, a possibilidade de um Estado impor a pena de morte para certos crimes. Quando questionada sobre os motivos dessa autorização, já que a maioria dos Estados europeus aboliram este tipo de pena, a Corte se

³⁰² DZEHTSIAROU, Kanstantsin e LUKASHEVICH, Vasily. *Informed decision-making (...)*. p. 297.

³⁰³ OVEY, Clare e White, Robin C. A. *Jacobs and White, The European Convention on Human Rights*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2002. p. 39.

³⁰⁴ *Ibid.* p. 40.

³⁰⁵ Conforme preâmbulo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Considerando que esta Declaração se destina a assegurar o reconhecimento e aplicação universais e efectivos dos direitos nela enunciados;) Disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf, acesso em 13/05/2017.

³⁰⁶ REGAN, Daniel. “*European Consensus*”: (...). p. 68.

³⁰⁷ *Soering c. Reino Unido*. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (1989). Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-57619%22%5D%7D>, acesso em 15/05/2017.

limitou a dizer que os Estados que não ratificaram o Protocolo opcional 6 poderiam se valer da pena capital³⁰⁸.

Outro caso emblemático é o de *Al Adsani c. Reino Unido*³⁰⁹, em que o requerente apresentou queixa face ao governo do Kuwait, nas Cortes inglesas, alegando ter sido torturado por agentes governamentais do mencionado emirado árabe. O Kuwait, por sua vez, alegou com sucesso o argumento da imunidade estatal e o TEDH, por nove votos a oito, decidiu que essa restrição ao direito do requerente era possível e permitida, tendo encontrado um consenso acerca da imunidade estatal considerando-a superior inclusive ao crime internacional de tortura.

Diante de tal fato é que MacCrudden sustenta que a percepção de direitos humanos é ideologicamente distinta nas jurisdições dos Estados³¹⁰, bem como que os juízes é quem foram lançados (ou se lançaram) para a linha de frente da tentativa de resolução dos problemas relativos aos direitos humanos³¹¹. Contudo, sabe-se que a atuação isolada do Judiciário contra interesses políticos nem sempre é bem sucedida. O tema relativo à “solução” do problema dos direitos humanos deve passar por séria apreciação política.

Postas tantas críticas aos métodos empregados pelo TEDH, então qual seria uma decisão considerada boa, que buscasse ao máximo fugir destas técnicas que promovem transplantes equivocados?

Dzehtsiarou, citando o Juiz Zupančič quando questiona o papel do consenso europeu assim entende a decisão como adequada: “We start from the assumption that what we are dealing with is something objective with pertains to the sense of justice: logic, cognitive analysis rather than simply a prevailing view of the judges or even more prevailing view of the states they come from³¹²”. Em outro artigo, o mesmo autor sustenta

³⁰⁸ Apenas a título ilustrativo, veja-se que o Estatuto de Roma que estabeleceu o Tribunal Penal Internacional cuja competência se resume ao julgamento de crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e agressão (art. 5º, 1) autoriza a aplicação de pena limitada a 30 (trinta) ou de prisão perpétua (art. 77, 1, “a” e “b”). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm, acesso em 13/05/2017.

³⁰⁹ *Al Adsani c. Reino Unido*. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (2001). Disponível em <http://www.refworld.org/docid/3fe6c7b54.html>, acesso em 15/05/2017.

³¹⁰ MCCRUDDEN, Christopher. *A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*. p. 500.

³¹¹ *Id.*

³¹² DZEHTSIAROU, Kanstantsin. *European Consensus and the Evolutive Interpretation (...)*. p. 1738.

que a decisão “boa” ou “certa” só é atingida se toda a informação relevante para o julgamento do caso é levada em conta³¹³.

De fato, em uma decisão judicial deve prevalecer a aplicação da lei (no caso da CEDH), não “inventando” direitos que as partes, originariamente, não puderam prever e nem criando novas normas a partir de práticas dos Estados (seja na utilização da margem de apreciação ou no consenso europeu) a serem impostas para os demais contratantes.

A ideia constante no preâmbulo da CEDH, de que os Estados possuem um patrimônio comum de ideias e de tradições políticas, de respeito pela liberdade e pelo primado do direito³¹⁴, em verdade, não é obtida por meio do simples lançamento destas palavras no papel. Há real dificuldade em se obter, por exemplo, um patrimônio comum de ideias entre países de matrizes histórias, políticas e religiosas tão distintas. Neste sentido, quando o TEDH fica restrito às tradições e aos costumes dos Estados contratantes, valendo-se da margem de apreciação e do consenso europeu, essa busca universal dos direitos humanos é claramente afetada³¹⁵.

Em verdade, aplicando-se a ótica de quem não possui convívio mais próximo com o TEDH, nem tampouco possui um conhecimento aprofundado sobre todas suas idiossincrasias, entende-se que uma das grandes lutas do Tribunal é buscar uma melhor reputação para si.

Na construção do raciocínio simplista, nenhum dos Estados signatários da CEDH foi obrigado e/ou coagido a participar do Conselho da Europa. Cada um dos participantes aderiu por motivos específicos, praticamente impossíveis de serem desvendados. Logo, se não são obrigados “legalmente” à ratificação da Convenção, o TEDH surge como alguém totalmente externo à força cogente estatal judiciária que pode, em última análise, dizer como tal ou qual direito deve ser interpretado nos Estados.

A função do TEDH em cada julgamento é demonstrar que possui relevância, competência e importância no julgamento de questões a ele submetidas, mas que não pode executá-las, dependendo da confiança nas autoridades de cada um dos Estados para que se obtenha o resultado prático.

O Tribunal detém posição incômoda dentro do atual cenário global e do momento histórico de fácil acesso à informação que vivemos. Deve ele sempre tomar suas decisões

³¹³ DZEHTSIAROU, Kanstantsin e LUKASHEVICH, Vasily. *Informed decision-making: (...)*. p. 277.

³¹⁴ Conforme preâmbulo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

³¹⁵ REGAN, Daniel. *“European Consensus” (...)*. p. 74.

pautado em uma determinada convicção momentânea que pode não prevalecer nos próximos meses.

Se o Estado não precisa do TEDH para solucionar suas questões jurídicas, ele “aceita” e “cumpre” as decisões muito mais pelo receio de como ficará sua posição no cenário internacional. Mas como já exposto no texto, a questão relativa à parada gay em Moscou foi “resolvida” mediante o pagamento anual (caso fosse necessário) de uma indenização pecuniária aos organizadores do evento. A decisão de se garantir a liberdade de expressão dos gays em território russo foi, praticamente, inócua. Some-se a isso o fato do atual presidente não ser uma pessoa que parece buscar na cooperação internacional a solução de problemas que a “morte” do TEDH está assegurada, pois, no atual momento e com os elementos de política internacional disponíveis, a Rússia não parece estar de veras preocupada com a visão de outros países sobre seu comportamento.

Então, o TEDH possui legítima expectativa de que um Estado de alta reputação cumpra as decisões mais frequentemente que um Estado de baixa reputação³¹⁶, mas tal cumprimento fica atrelado ao custo do julgamento³¹⁷ - o Estado cumpre o julgamento quando o ganho de reputação é maior que os custos materiais de obediência à decisão³¹⁸ e somente ele tem condições de saber o que lhe é mais favorável no caso concreto.

Invertendo um pouco a linha de raciocínio, se a reputação da Corte é maior, maiores podem ser as sanções por ela impostas³¹⁹, mas, como a execução fica a cargo do Estado, ele pode optar por não cumprir valendo-se do seu direito de retirada da Convenção, simplesmente não cumprir ou até mesmo retardar o cumprimento³²⁰.

Por isso retoma-se o dito em linhas anteriores acerca da necessidade da fuga da argumentação “imposta” pelos Estados para uma fundamentação hígida, técnica e adequada. Isso leva à condição de que o descumprimento de qualquer decisão do TEDH seja vista como mais agressiva e prejudicial aos interesses externos do Estado.

Talvez a grande conduta a ser adotada pelo TEDH seja, efetivamente, dar um passo atrás, no sentido de reconhecer a natureza relativa dos direitos humanos no cenário europeu e, em suas decisões, tentar manter a maior deferência possível ao contido na lei do Estado demandado, tentando adequá-la às previsões da CEDH.

³¹⁶ DOTHAN, Shai. *Judicial Tactics* (...). p. 120.

³¹⁷ *Ibid.* p. 122.

³¹⁸ *Id.*

³¹⁹ *Ibid.* p. 125.

³²⁰ HELFER, Laurence R. *Consensus, Coherence* (...). p. 1993.

3. TRANSPLANTES E SUA RELAÇÃO COM OS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS

Analisar o tema relativo aos transplantes e sua relação com Tribunais brasileiros não é tarefa das mais fáceis, considerando-se a imensa quantidade de Cortes de justiça espalhadas pelo país-continente, que proferem decisões a todo instante, em matérias diversas, em milhões de processos.

Para se ter uma pequena noção do tamanho do Poder Judiciário brasileiro, quando se fala somente em quantidade de Tribunais³²¹, o Brasil possui: o Supremo Tribunal Federal; quatro Superiores³²²; vinte e sete Estaduais; cinco Regionais Federais; vinte e quatro do Trabalho; vinte e sete Regionais Eleitorais e três de Justiça Militar Estaduais, totalizando impressionantes 91 (noventa e um)³²³. Ainda, caso admita-se que as Turmas Recursais são um tipo de Tribunal, embora não tenham essa nomenclatura, bem como que tal órgão julgador exista em todas os Estados, somam-se mais trinta e dois³²⁴.

Toda essa quantidade de Tribunais, e as demais unidades de julgamento singular, têm sob sua responsabilidade o julgamento de mais de 100.000.000 (cem milhões) de processos³²⁵. O último censo populacional realizado no Brasil, no ano de 2010, apontou a existência de mais de 190.000.000 (cento e noventa milhões) de pessoas³²⁶, mas o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE possui site interessante na internet em que apresenta a estimativa da população em tempo real³²⁷ e em 19 de maio de 2017 a estimativa da população brasileira era de mais de 207.494.000 (duzentos e sete milhões, quatrocentos e noventa e quatro mil) pessoas.

³²¹ No Brasil, o vocábulo Tribunal é utilizado para definir órgão de julgamento colegiado. Existem também outros órgãos colegiados de julgamento definidos como Turmas Recursais, responsáveis pelo julgamento de recursos interpostos perante os Juizados Especiais.

³²² Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral e Superior Tribunal Militar.

³²³ Informações obtidas no Relatório Justiça em Números 2015 elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>, acesso em 19/05/2017.

³²⁴ Vinte e sete Turmas Recursais estaduais e cinco Turmas Recursais federais.

³²⁵ Relatório Justiça em números 2015 – CNJ. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>, acesso em 19/05/2017.

³²⁶ Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default.shtm>, acesso em 19/05/2017.

³²⁷ <http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>, consulta realizada em 19/05/2017, às 10:16:20.

Mediante simples cálculo de cunho evidentemente ilustrativo, a cada dois brasileiros, um deles está se valendo das atividades do Poder Judiciário. Evidentemente, rastrear todas as decisões proferidas e quais as tendências é tarefa praticamente impossível.

Esta simples descrição do Poder Judiciário brasileiro está limitada à apresentação de números, critérios objetivos, publicados oficialmente. O caos se instala completamente quando se procede à análise do sistema legal: a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, foi emendada 95 (noventa e cinco) vezes³²⁸ em um lapso temporal de menos de 30 (trinta) anos e, ao se falar em leis ordinárias federais³²⁹, o Brasil publicou, até a data de 12 de maio 2017, 13.444 (treze mil, quatrocentas e quarenta e quatro)³³⁰ delas.

O Estado do Paraná, local de origem do pesquisador, também contribui negativamente nas estatísticas. Até 19 de maio de 2017, foram publicadas 19.025 (dezenove mil e vinte e cinco)³³¹ leis ordinárias, sem contar todos os demais atos normativos.

Diante desse gigantismo legislativo, entende-se que o dever do pesquisador é buscar uma única questão a ser debatida, bem como que tal matéria guarde relação com diplomas normativos internacionais, além de ser amplamente debatida e ter decisões consolidadas e estáveis nos Tribunais nacionais brasileiros.

Para tanto, decidiu-se pela análise relativa a algo bastante comum em diversos países: o cheque. Ao longo do texto serão demonstradas a legislação mundial e local relacionada ao tema aliada à relação deste título de crédito com as decisões proferidas pelos dois Tribunais de cúpula do Brasil (STF e STJ), culminando com a demonstração da debilidade do conceito de transplante oferecido por Watson.

³²⁸ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/quadro_emc.htm, acesso em 19/05/2017.

³²⁹ Os atos normativos primários descritos na Constituição Federal são: emendas constitucionais; leis complementares; leis ordinárias; leis delegadas; medidas provisórias; decretos legislativos e resoluções. Ver art. 59, incisos I a VII da Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, acesso em 19/05/2017.

³³⁰ Informação disponível em <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/leis-ordinarias/2017-leis-ordinarias>, acesso em 19/05/2017.

³³¹ Disponível em <http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=iniciarProcesso&tipoAto=1&orgaoUnidade=1100&retiraLista=true&site=1>, acesso em 19/05/2017.

3.1. Legislação relativa ao cheque

No cenário normativo internacional está em vigor a Convenção para adoção de lei uniforme em matéria de cheques elaborada em Genebra, em 19 de março de 1931, onde diversos países detectaram certos problemas comuns sobre o tema e, conforme consta do preâmbulo, buscaram “(...) evitar as dificuldades originadas pela diversidade de legislação nos vários países em que os cheques circulam e aumentar assim a segurança e rapidez das relações do comércio internacional³³²”.

O Brasil ratificou tal instrumento em 26 de agosto de 1942³³³, muito embora ele só tenha iniciado sua vigência no território nacional em 1966, possuindo como idiomas oficiais o francês e o inglês.

Mesmo diante de tal cenário, houve grande controvérsia doutrinária no Brasil acerca da adoção e da validade da Lei Uniforme. Isso só foi sanado em 1971, quando o Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária, decidiu que a incorporação de tais Leis Uniformes foi legítima e sua aplicabilidade era imediata, inclusive nos pontos em que modificasse a legislação interna³³⁴.

O ponto que mais interessa à discussão é a previsão contida no art. 28 da Convenção de Genebra:

Article 28

A cheque is payable at sight. Any contrary stipulation shall be disregarded.

A cheque presented for payment before the date stated as the date of issue is payable on the day of presentment.

Logo se vê que o cheque materializa uma ordem de pagamento à vista, não se levando em consideração qualquer escrito em sentido contrário. Reforçando tal ideia,

³³² BRASIL. Decreto 57.595/1966. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D57595.htm, acesso em 19/05/2017.

³³³ Informação disponível em <https://treaties.un.org/pages/LONViewDetails.aspx?src=LON&id=550&chapter=30&clang=en>, acesso em 19/05/2017.

³³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 71.154-PR. Relator Ministro Oswaldo Tribueiro. DJ 27.08.1971, RTJ 58/70. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/896118/recurso-extraordinario-re-71154-pr/inteiro-teor-100578753#>, acesso em 25/05/2017.

mesmo que o cheque seja apresentado em data anterior à constante no título como sua emissão, há dever de pagamento.

Efetivamente, é do próprio conceito doutrinário brasileiro o fato de o cheque ser uma ordem de pagamento à vista, emitida contra um banco em razão de fundos que o emitente possui nesta determinada instituição financeira, desde que preencha os requisitos expostos na Convenção de Genebra e certos padrões fixados pelo Banco Central do Brasil³³⁵, demonstrando também o respeito ao princípio da literalidade³³⁶.

O Decreto nº 57.595/1966 que internalizou a Convenção de Genebra não fez qualquer reserva ao mencionado artigo, prevalecendo tal qual previsto no instrumento internacional.

A Lei nº 7.357/1985, conhecida como a Lei do Cheque e publicada quase vinte anos após a adoção da Convenção de Genebra, traz exatamente a mesma redação desta. Veja-se o art. 32:

Art . 32 O cheque é pagável à vista. Considera-se não-estrita qualquer menção em contrário.

Parágrafo único - O cheque apresentado para pagamento antes do dia indicado como data de emissão é pagável no dia da apresentação.³³⁷

Está-se diante de uma “lei internacional”, um compromisso firmado pela República Federativa do Brasil perante diversos outros Estados, sem qualquer tipo de reserva a este artigo em específico e que, ainda, reforçou tal obrigação ao emitir nova lei que versa sobre o tema, dispondo exatamente o mesmo que já estava em vigor.

3.2. Competências e organização do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça

O Supremo Tribunal Federal do Brasil é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, exercendo tanto as funções específicas de um Tribunal Constitucional quanto as de um

³³⁵ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Empresarial Esquematizado*. São Paulo: Método, 2010. p. 386.

³³⁶ Ibid. p. 367-368.

³³⁷ BRASIL. Lei 7.357/1985. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17357.htm, acesso em 19/05/2017.

Tribunal revisor de julgamentos. Compõem-no onze Ministros³³⁸ cujas atribuições podem ser exercidas até o advento de 75 (setenta e cinco) anos de idade quando são compulsoriamente aposentados³³⁹. As questões submetidas a julgamento podem ser decididas pelo Plenário ou por uma das duas Turmas, cada qual composta por cinco Ministros³⁴⁰.

As competências do STF são inúmeras e vêm expostas no art. 102 do texto constitucional³⁴¹, já devidamente apresentadas neste texto.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, é o Tribunal responsável pelo julgamento de questões que não ofendam diretamente a Constituição e nem versem sobre matéria trabalhista, eleitoral e militar. Foi criado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com o objetivo de acabar com um sério problema, exposto claramente por Mendes:

A discussão travada em torno da chamada crise do recurso extraordinário e da admissão da arguição de relevância para apreciação dos recursos interpostos sob a alegação de afronta ao direito federal ordinário favoreceu a criação de uma Corte que, ao lado do Tribunal Superior Eleitoral e do Tribunal Superior do Trabalho, se dedicasse a preservar a interpretação adequada e a unidade do direito federal ordinário em relação às causas julgadas pelos tribunais federais comuns e pelos tribunais estaduais³⁴².

³³⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. “Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.” Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, acesso em 19/05/2017.

³³⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília, 1988. “Art. 100. Até que entre em vigor a lei complementar de que trata o [inciso II do § 1º do art. 40 da Constituição Federal](#), os Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União aposentar-se-ão, compulsoriamente, aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, nas condições [do art. 52 da Constituição Federal](#).” Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, acesso em 19/05/2017.

³⁴⁰ BRASIL. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Brasília, 2017. “Art. 3º São órgãos do Tribunal o Plenário, as Turmas e o Presidente. Art. 4º As Turmas são constituídas de cinco Ministros.” Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>, acesso em 19/05/2017.

³⁴¹ Ver nota de rodapé 139.

³⁴² MENDES, Gilmar e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 894.

Vê-se que a ideia que deu substrato à criação do STJ foi justamente que tal tribunal tivesse por principal função uniformizar e harmonizar a interpretação relativa às leis federais, considerando a inexistência de várias dezenas de outros Tribunais a ele inferiores espalhados pelos Estados federados mais o Distrito Federal.

Prosseguindo, o STJ é formado por, no mínimo, trinta e três ministros³⁴³, sendo-lhes aplicada a mesma regra de aposentadoria compulsória aos setenta e cinco anos de idade³⁴⁴. Funciona o Tribunal em Corte Especial (composta pelos quinze Ministros mais antigos), em Plenário (totalidade dos Ministros), em Seções especializadas (em número de três) e em Turmas especializadas (somando seis)³⁴⁵.

As competências do STJ já foram demonstradas³⁴⁶, sendo importante ressaltar que a competência para julgamento de questões relativas a títulos de crédito é da Segunda Seção³⁴⁷, composta pela Terceira e Quarta Turmas.

3.3. Posição do STF e STJ relativa a matéria de cheques

Conforme demonstrado acima, o Brasil vive um momento de caos no Poder Judiciário, consubstanciado pela existência de mais de cem milhões de processos. Na tentativa de coordenar as ideias, este trabalho buscará analisar as decisões mais estáveis dos tribunais superiores brasileiros, com suas peculiaridades.

³⁴³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. “Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros.” Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, acesso em 19/05/2017.

³⁴⁴ Ver nota de rodapé 339.

³⁴⁵ BRASIL. Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, 2017. “Art. 2º O Tribunal funciona: I - em Plenário e pelo seu órgão especial (Constituição, art. 93, XI), denominado Corte Especial; II - em Seções especializadas; III - em Turmas especializadas. § 1º O Plenário, constituído da totalidade dos Ministros, é presidido pelo Presidente do Tribunal. § 2º A Corte Especial será integrada pelos quinze Ministros mais antigos e presidida pelo Presidente do Tribunal. § 3º Há no Tribunal três Seções, integradas pelos componentes das Turmas da respectiva área de especialização. As Seções são presididas pelo Ministro mais antigo, por um período de dois anos, vedada a recondução, até que todos os componentes da Seção hajam exercido a presidência. § 4º As Seções compreendem seis Turmas, constituídas de cinco Ministros cada uma. A Primeira e a Segunda Turmas compõem a Primeira Seção; a Terceira e a Quarta Turmas, a Segunda Seção; e a Quinta e a Sexta Turmas, a Terceira Seção. O Ministro mais antigo integrante da Turma é o seu presidente, observada a disposição do parágrafo anterior quanto à periodicidade.” Disponível em <http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>, acesso em 19/05/2017.

³⁴⁶ Ver nota de rodapé 140.

³⁴⁷ BRASIL. Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, 2017. “Art. 9º A competência das Seções e das respectivas Turmas é fixada em função da natureza da relação jurídica litigiosa. § 2º À Segunda Seção cabe processar e julgar os feitos relativos a: X - títulos de crédito;” Disponível em <http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>, acesso em 19/05/2017.

Nesta tentativa de ordenação, debater-se-ão as súmulas publicadas pelos tribunais acerca do tema. O Brasil possui tamanha peculiaridade no sistema processual que se faz necessária uma breve digressão sobre o que é um enunciado de súmula em terras brasileiras.

O Brasil, historicamente, adotou o sistema jurídico da “civil law” com alguns leves temperamentos, mas algumas décadas atrás passou a dar atenção também ao sistema da “common law”, criando um sistema jurídico próprio, híbrido, valendo-se de lições de ambos os sistemas.

Seja como for, insta salientar que a súmula é uma prática bastante antiga no ordenamento jurídico brasileiro, tanto assim o é que a súmula 1 do STF, mais antiga em vigor no Brasil, foi aprovada na sessão plenária de 13/12/1963³⁴⁸.

Mas o sistema que se vale das súmulas guarda nítida e intrínseca relação com o sistema dos precedentes, de modo que Didier Jr., a respeito disso, leciona:

No Brasil, o sistema de precedentes tem um aspecto curioso.

À luz das circunstâncias específicas envolvidas na causa, interpretam-se os textos legais (*lato sensu*), identificando a norma geral do caso concreto, isto é, a *ratio decidendi*, que constitui o elemento nuclear do precedente. Um precedente, quando reiteradamente aplicado, se transforma em jurisprudência, que, se predominar em tribunal, pode dar ensejo à edição de um enunciado na súmula da jurisprudência deste tribunal³⁴⁹.

Há um caminho a ser trilhado por determinado entendimento judicial: primeiro são geradas decisões que, se seguem o mesmo entendimento, viram jurisprudência. A jurisprudência, por sua vez, pode virar súmula.

Recorrendo outra vez mais a Didier Jr.:

Vê-se, então, que o enunciado da súmula é, por assim dizer, o texto que cristaliza a norma geral extraída à luz de casos concretos, de outro texto (o texto legal, em sentido amplo). (...)

348

Informação

obtida

em

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=1.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>, acesso em 25/05/2017.

³⁴⁹ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 487.

E do ponto de partida (texto legal) ao ponto de chegada (texto sumulado) estão os precedentes que compuseram a jurisprudência que veio a ser dominante; precedentes esses que também são textos a serem interpretados, considerando as circunstâncias fáticas subjacentes, que serviram de base para sua construção³⁵⁰.

Deve-se deixar claro, entretanto, que os enunciados de súmulas não são de seguimento obrigatório para os demais componentes do Poder Judiciário. É algo como uma orientação a ser seguida, pois, em tese, caso a questão chegue às portas do tribunal será por ele decidido daquela forma prevista em seu enunciado.

Com a publicação e a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil brasileiro, o sistema de precedentes (e conseqüentemente as súmulas) receberam tratamento privilegiado, recebendo uma maior atenção do legislador, tudo para evitar que se debata desnecessariamente uma questão já sedimentada. O Brasil atua, então, para “evitar” o acesso do cidadão ao Judiciário em uma tentativa de racionalizar os milhões de processos existentes³⁵¹.

Ainda não se vislumbra, na prática, uma alteração substancial da aplicação da teoria dos precedentes em questões processuais cíveis, pois o novo código está em vigor há pouco mais de 1 (um) ano, sendo tal prazo irrisório em termos do Poder Judiciário brasileiro.

Há previsão no novo CPC de que os juízes e tribunais “observarão” os enunciados de súmula do STF e STJ³⁵², mas, como mencionado, não se vislumbrou ainda, na prática,

³⁵⁰ Id.

³⁵¹ Situação parecida ocorre no TEDH quando instituiu o modelo dos julgamentos piloto, onde o objetivo de tal prática é justamente fazer com que o Estado resolva em sua própria jurisdição os casos individuais que surgem a partir do mesmo problema estrutural, sendo essa técnica também útil para se conferir efeito *erga omnes* às decisões do TEDH dentro do Estado respondente. Mas em última vista, o julgamento piloto nada mais é que uma forma de racionalizar os escassos recursos do Tribunal, exatamente como feito no Brasil, mas se valendo de ferramentas diversas. Opiniões sobre o julgamento piloto extraídas de CALIGIURI, Andrea e NAPOLETANO, Nicola. *The Application of the ECHR (...)*. p. 148-150.

³⁵² BRASIL. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no [art. 10](#) e no [art. 489, § 1o](#), quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A

uma alteração substancial de comportamento. Lampejos de aplicação existem aqui e ali, mas ainda não são a regra.

Trazendo mais elementos para discussão, existe no Brasil a figura da súmula vinculante, incorporada ao ordenamento jurídico por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004 que acrescentou o art. 103-A à Constituição da República Federativa do Brasil. Tal instituto só pode ser editado pelo Supremo Tribunal Federal e, esta sim, é de observância obrigatória por todos os demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública³⁵³. Exclui-se deste cumprimento obrigatório, logicamente, o Poder Legislativo. Existe lei ordinária que detalha o regime jurídico da súmula vinculante (Lei nº 11.417/2006), mas ela não será aqui comentada.

Como último tópico digno de menção, traz-se a figura do julgamento de demandas repetitivas, que recebeu regramento específico próprio no novo CPC. Em linhas grossas, questões repetitivas nada mais são que a replicação de um número substancial de processos, que versam somente sobre questões de direito (o contexto fático não varia, ou varia muito pouco), e efetivamente prejudicam os trabalhos do Poder Judiciário, pois o assoberba com questões idênticas e que, por coerência, devem ser julgadas todas de maneira uniforme³⁵⁴.

modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.” Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm, acesso em 25/05/2017.

³⁵³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#) § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#) § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#) § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)” Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, acesso em 25/05/2017.

³⁵⁴ No essencial: BRASIL. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. “Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à

Portanto, delimitar o tema pesquisado não é algo simples. Veja-se que em pesquisa livre efetuada no site do STF pelo termo “cheque”, obtém-se como resposta da pesquisa a existência de 1.036 (mil e trinta e seis) acórdãos que possuem tal vocábulo em sua ementa³⁵⁵. Dentro desta imensidão de decisões são envolvidos todos os tipos de matéria, seja direito empresarial, criminal, civil, administrativo etc.

O grande volume de decisões sobre tal matéria guarda relação com o direito penal, seja pela maior facilidade com que se pode bater às portas daquela Corte via recursos ou por meio de *habeas corpus*. Nesse sentido, conforme já exposto no trabalho, a competência do STF para julgar questões como “última Corte recursal” é bastante estreita, limitando-se às hipóteses previstas no art. 102, III, “a” a “d” da Constituição da República Federativa do Brasil³⁵⁶.

Eis os enunciados de súmula do STF que possuem o vocábulo cheque em seu texto:

SÚMULA 28

O estabelecimento bancário é responsável pelo pagamento de cheque falso, ressalvadas as hipóteses de culpa exclusiva ou concorrente do correntista.

SÚMULA 246

Comprovado não ter havido fraude, não se configura o crime de emissão de cheque sem fundos.

SÚMULA 521

O foro competente para o processo e julgamento dos crimes de estelionato, sob a modalidade da emissão dolosa de cheque sem provisão de fundos, é o do local onde se deu a recusa do pagamento pelo sacado.

SÚMULA 554

O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal.

SÚMULA 600

Cabe ação executiva contra o emitente e seus avalistas, ainda que não apresentado o cheque ao sacado no prazo legal, desde que não prescrita a ação cambiária³⁵⁷.

isonomia e à segurança jurídica. (...) Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do [art. 986](#).”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm, acesso em 25/05/2017.

³⁵⁵ Pesquisa realizada em www.stf.jus.br em 25/05/2017.

³⁵⁶ Ver nota de rodapé 139.

³⁵⁷ Disponíveis em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>, acesso em 25/05/2017.

Dos seis enunciados, quatro deles possuem nítidas características de direito criminal, uma toca tanto este direito como o direito empresarial e uma trata somente de direito empresarial.

No campo relativo a súmulas vinculantes, nenhuma das 56 (cinquenta e seis) publicadas até o presente instante faz referência ao cheque.

Mudando o foco do estudo para o Superior Tribunal de Justiça, tribunal este responsável pela “última palavra” em questões que envolvam a legislação federal, a situação não sofre grande mudança. Em pesquisa efetuada no site do STJ pelo termo “cheque”, encontram-se 17 (dezessete) acórdãos proferidos sob a sistemática de julgamento de recursos repetitivos e 1.998 (mil novecentos e noventa e oito) acórdãos³⁵⁸. Dentro destes, mais de 2.000 (dois mil) julgamentos e, tal qual no STF, diversos ramos do direito são abrangidos.

Veja-se as súmulas do STJ sobre o tema:

Súmula 48

Compete ao Juízo do local da obtenção da vantagem ilícita processar e julgar crime de estelionato cometido mediante falsificação de cheque.

Súmula 244

Compete ao foro do local da recusa processar e julgar o crime de estelionato mediante cheque sem provisão de fundos.

Súmula 299

É admissível a ação monitória fundada em cheque prescrito.

Súmula 370

Caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado.

Súmula 388

A simples devolução indevida de cheque caracteriza dano moral.

Súmula 503

O prazo para ajuizamento de ação monitória em face do emitente de cheque sem força executiva é quinquenal, a contar do dia seguinte à data de emissão estampada na cártula.

Súmula 531

Em ação monitória fundada em cheque prescrito ajuizada contra o emitente, é dispensável a menção ao negócio jurídico subjacente à emissão da cártula.

Súmula 572

O Banco do Brasil, na condição de gestor do Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos (CCF), não tem a responsabilidade de notificar previamente o

³⁵⁸ Pesquisa realizada em www.stj.jus.br em 25/05/2017.

devedor acerca da sua inscrição no aludido cadastro, tampouco legitimidade passiva para as ações de reparação de danos fundadas na ausência de prévia comunicação.

Assim, verifica-se duas súmulas têm relação com o direito processual penal, uma com o direito processual civil, quatro com o direito civil e uma versa sobre o direito empresarial.

Por sua vez, dos dezessete processos julgados sob a sistemática de demandas repetitivas, sete são relativos ao direito processual civil, três sobre o direito do consumidor e outros sete têm como pano de fundo o direito civil.

Pormenorizando, dos dezessete casos de julgamentos repetitivos, somente quatorze possuem tese de julgamento firmada e, destes, apenas seis possuem alguma relevância para os fins do trabalho. Veja-se:

Tema/repetitivo 564
Situação do tema: Trânsito em Julgado
Ramo do Direito: Direito processual civil e do trabalho
Tese Firmada: Em ação monitória fundada em cheque prescrito, ajuizada em face do emitente, é dispensável menção ao negócio jurídico subjacente à emissão da cártula.
Processo: REsp 1094571/SP

Tema/repetitivo 586
Situação do tema: Acórdão Publicado
Ramo do Direito: Direito processual civil e do trabalho
Tese Firmada: Em sede de ação rescisória, microfilmes de cheques nominais emitidos por empresa de consórcio configuram documentos novos, nos termos do art. 485, VII, do CPC, aptos a respaldar o pedido rescisório por comprovarem que a restituição das parcelas pagas pelo consorciado desistente já havia ocorrido antes do julgamento do processo originário.
Processo: REsp 1114605/PR

Tema/repetitivo 628
Situação do tema: Trânsito em Julgado

Ramo do Direito: Direito civil
Tese Firmada: O prazo para ajuizamento de ação monitória em face do emitente de cheque sem força executiva é quinquenal, a contar do dia seguinte à data de emissão estampada na cártula.
Processo: REsp 11101412/SP

Tema/repetitivo 874
Situação do tema: Trânsito em Julgado
Ramo do Direito: Direito processual civil e do trabalho
Tese Firmada: O Banco do Brasil, na condição de mero operador e gestor do Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos - CCF, não detém legitimidade passiva para responder por danos resultantes da ausência de notificação prévia do correntista acerca de sua inscrição no referido cadastro, obrigação que incumbe ao banco sacado, junto ao qual o correntista mantém relação contratual.
Processo: REsp 1354590/RS

Tema/repetitivo 942
Situação do tema: Trânsito em Julgado
Ramo do Direito: Direito civil
Tese Firmada: Em qualquer ação utilizada pelo portador para cobrança de cheque, a correção monetária incide a partir da data de emissão estampada na cártula, e os juros de mora a contar da primeira apresentação à instituição financeira sacada ou câmara de compensação.
Processo: REsp 1556834/SP

Tema/repetitivo 945
Situação do tema: Trânsito em Julgado
Ramo do Direito: Direito civil
Tese Firmada: a) a pactuação da pós-datação de cheque, para que seja hábil a ampliar o prazo de apresentação à instituição financeira sacada, deve espelhar a data de emissão estampada no campo específico da cártula;

b) sempre será possível, no prazo para a execução cambial, o protesto cambiário de cheque, com a indicação do emitente como devedor.
--

Processo: REsp 1423464/SC

O tema 874 guarda nítida relação com a súmula 572, o que demonstra a dupla atuação do tribunal em editar algo de observância compulsória sobre o mesmo tema.

Para aprofundamento serão debatidos a súmula 370 do STJ e o tema/repetitivo 945 do Superior Tribunal de Justiça, vez que apresentam temas que, ao menos do que se tem conhecimento, são exclusivos do Brasil.

3.4. O cheque “pré-datado” e suas implicações

Não se tem notícia da existência desta figura em outros ordenamentos jurídicos, mormente pela questão de que, após a apresentação do tema, ficará claro que existe um título de crédito que exerce a mesma função desta ficção jurídica.

Pois bem.

Não obstante o fato de o cheque consubstanciar ordem de pagamento à vista, previsão esta contida em diversos diplomas normativos, no Brasil foi criada a figura da emissão de cheque para ser pago em data futura, nomeando-o como “cheque pré-datado” ou “pós-datado” na visão de alguns doutrinadores. Em síntese, emito um cheque e peço para que ele seja apresentado para pagamento somente em determinado prazo, por exemplo, contados de 30 (trinta) dias da data da emissão.

Tal prática é executada mediante a aposição de data futura no campo relativo à data constante da cártula ou, ainda, mediante a afixação provisória de uma espécie de “lembrete” na cártula para que o beneficiário mantenha na memória que tal título deve ser apresentado somente na data combinada entre as partes.

Interessante notar que, sobre certos pontos específicos, o STJ oscila nas decisões relativas ao cheque.

Alguns julgados são suficientes para comprovar esta afirmação:

Processual Civil. Comercial. Recurso especial. Execução. Cheques pós-datados.
Repasse à empresa de factoring. Negócio subjacente.
Discussão. Possibilidade, em hipóteses excepcionais.

- A emissão de cheque pós-datado, popularmente conhecido como cheque pré-datado, não o desnatura como título de crédito, e traz como única consequência a ampliação do prazo de apresentação.

(...)

Recurso especial não conhecido.

(REsp 612.423/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/06/2006, DJ 26/06/2006, p. 132)³⁵⁹

Em 2006, portanto, a Terceira Turma decidiu que a emissão do cheque pós-datado traz como consequência a ampliação do prazo de apresentação para pagamento, logo, isso fere a característica de o título ser ordem de pagamento à vista.

DIREITO COMERCIAL. RECURSO ESPECIAL. CHEQUE. ORDEM DE PAGAMENTO À VISTA. CARACTERE ESSENCIAL DO TÍTULO. DATA DE EMISSÃO DIVERSA DA PACTUADA PARA APRESENTAÇÃO DA CÁRTULA. COSTUME CONTRA LEGEM. INADMISSÃO PELO DIREITO BRASILEIRO. CONSIDERA-SE A DATA DE EMISSÃO CONSTANTE NO CHEQUE.

1. O cheque é ordem de pagamento à vista e submete-se aos princípios cambiários da cartularidade, literalidade, abstração, autonomia das obrigações cambiais e inoponibilidade das exceções pessoais a terceiros de boa-fé, por isso que a sua pós-datação não amplia o prazo de apresentação da cártula, cujo marco inicial é, efetivamente, a data da emissão.

(...)

(REsp 875.161/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 22/08/2011)³⁶⁰

Passados cinco anos, outra turma, a Quarta, entendeu em sentido totalmente oposto.

Importante o julgado a seguir, proferido pela Segunda Seção, que, como visto, conjuga a Terceira e a Quarta Turmas:

³⁵⁹

Disponível

em

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=612423&b=ACOR&p=true&l=10&i=12>, acesso em 26/05/2017.

³⁶⁰

Disponível

em

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=cheque+pos-datado+ordem+pagamento+vista&b=ACOR&p=true&l=10&i=8>, acesso em 26/05/2017.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO. TÍTULO DE CRÉDITO. CHEQUE PÓS-DATADO. OMISSÃO. FUNDAMENTAÇÃO. AUSENTE. DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. SIMILITUDE FÁTICA NÃO DEMONSTRADA. PRESCRIÇÃO DA AÇÃO EXECUTIVA. DATA CONSIGNADA NA CÁRTULA.

(...)

3. Ainda que a emissão de cheques pós-datados seja prática costumeira, não encontra previsão legal. Admitir-se que do acordo extracartular decorra a dilação do prazo prescricional, importaria na alteração da natureza do cheque como ordem de pagamento à vista e na infringência do art. 192 do CC, além de violação dos princípios da literalidade e abstração. Precedentes.

(...)

(REsp 1068513/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/09/2011, DJe 17/05/2012)³⁶¹

Este julgamento praticamente encerra a discussão sob o ponto de vista empresarial e cível, pois sustenta-se pela impossibilidade de as partes alterarem o prazo prescricional de um cheque, posto que isso faria com que ele perdesse sua condição de ordem de pagamento à vista. Orientação esta mantida em julgados posteriores, como no REsp 884.346/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 06/10/2011, DJe 04/11/2011³⁶².

Mudando a linha de raciocínio para o direito criminal, dois julgados são bastante elucidativos para demonstrar essa falta de coesão sobre o tema como um todo. Verifica-se que o STJ decide cada tema não de acordo com a regra legal geral, mas sim faz adequações para cada um dos “ramos” do direito.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. 1. CRIME DE ESTELIONATO. INADIMPLEMENTO DE DÍVIDA. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL. PAGAMENTO POR MEIO DE CHEQUES PÓS-DATADOS. EMISSÃO DE CONTRAORDEM. AUSÊNCIA DE ORDEM DE PAGAMENTO À VISTA. GARANTIA DE DÍVIDA. DESCARACTERIZAÇÃO DO ESTELIONATO.

³⁶¹ Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=cheque+pos-datado+ordem+pagamento+vista&b=ACOR&p=true&l=10&i=7>, acesso em 26/05/2017.

³⁶² Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=cheque+pos-datado+ordem+pagamento+vista&b=ACOR&p=true&l=10&i=5>, acesso em 26/05/2017.

JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ENTENDIMENTO QUE PODE SER AFASTADO. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. NECESSIDADE DE ANÁLISE INDIVIDUALIZADA. 2. FATO NARRADO NA DENÚNCIA. TRANSFERÊNCIA DO IMÓVEL. INEXISTÊNCIA DE ERRO. EMISSÃO DE CONTRAORDEM. PREVISÃO NA LEI DO CHEQUE. ART. 35 DA LEI Nº 7.357/1985. AUSÊNCIA DE MEIO FRAUDULENTO. ELEMENTOS TÍPICOS NÃO DESCRITOS. ATIPICIDADE DA CONDUTA. 3. ART. 171, § 2º, VI, DO CP. AUSÊNCIA DE FRAUDE. SÚMULA 246/STF. PAGAMENTO DOS CHEQUES ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. ÓBICE AO PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL. SÚMULA 554/STF. 4. NECESSIDADE DO DIREITO PENAL QUE DEVE SER AVALIADA. RESTRIÇÃO DA LIBERDADE. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA. POSSIBILIDADE DE SOLUÇÃO POR MEIO DE OUTRAS INSTÂNCIAS DE CONTROLE. PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE. BENS DE MAIOR IMPORTÂNCIA. AGRESSÕES INTOLERÁVEIS. NÃO VERIFICAÇÃO. 5. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a frustração no pagamento de cheque pós-datado não caracteriza o crime de estelionato, em virtude de não se tratar de ordem de pagamento à vista, mas apenas de garantia de dívida. No entanto, o simples fato de ser ou não cheque pós-datado não elide peremptoriamente a tipicidade criminal, devendo cada caso ser analisado de acordo com suas particularidades.

(...)

(RHC 37.029/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2013, DJe 20/08/2013)³⁶³

RECURSO ESPECIAL. CRIME DE ESTELIONATO. CONTRATO DE COMPRA E VENDA. PAGAMENTO POR MEIO DE CHEQUE PÓS-DATADO E NOTAS PROMISSÓRIAS. AUSÊNCIA DE ORDEM DE PAGAMENTO À VISTA. PROMESSA DE FUTURO PAGAMENTO. DESCARACTERIZAÇÃO DO ESTELIONATO. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ENTENDIMENTO QUE PODE SER AFASTADO. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. NECESSIDADE DE ANÁLISE INDIVIDUALIZADA. DENÚNCIA.

³⁶³ Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=cheque+pos-datado+ordem+pagamento+vista&b=ACOR&p=true&l=10&i=3>, acesso em 26/05/2017.

DESCRIÇÃO DOS ELEMENTOS TÍPICOS. AUSÊNCIA. REJEIÇÃO. POSSIBILIDADE. ART. 395, I, DO CPP.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a frustração no pagamento de cheque pós-datado e de nota promissória não caracteriza o crime de estelionato, em virtude de não se tratar de ordem de pagamento à vista, mas apenas de promessa de pagamento futuro. No entanto, o simples fato de ser ou não cheque pós-datado/nota promissória não elide peremptoriamente a tipicidade criminal, devendo cada caso ser analisado de acordo com suas particularidades.

(...)

(REsp 1098792/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 09/09/2013)³⁶⁴

Em conclusão de raciocínio: para a matéria penal, o cheque pré-datado não é ordem de pagamento à vista, mas sim uma garantia de dívida e/ou promessa de pagamento futuro. Para as áreas empresarial e cível, é ordem de pagamento à vista.

O Brasil talvez seja o único local no mundo onde o mesmo instituto possui dois tratamentos distintos, variando a decisão conforme cada caso concreto e não partindo de conceitos uniformes a partir da legislação.

Volta-se ao contido na súmula 370 e no tema repetitivo 945 apresentados no tópico anterior.

O enunciado da súmula diz que resta caracterizado o dano moral quando um cheque pré-datado é apresentado antecipadamente. A súmula é flagrantemente ofensiva à lei do cheque, bem como aos princípios que regem os títulos de crédito.

Ora, se um cheque é pagável pela instituição bancária quando de sua apresentação, não deveria haver a necessidade de pagamento de indenização não patrimonial ao emitente do cheque quando o beneficiário o apresenta para pagamento em data que “não combinou” com o emissor.

O banco é obrigado a pagar o valor da cártula, mas se paga (como deve pagar, diga-se) ele “causa” um dano ao seu próprio cliente/emissor que deve mover uma ação em face do beneficiário.

³⁶⁴ Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=cheque+pos-datado+ordem+pagamento+vista&b=ACOR&p=true&l=10&i=2>, acesso em 26/05/2017.

Os precedentes que deram origem à súmula entenderam pela ocorrência de dano moral quando o cheque era devolvido sem a suficiente provisão de fundos, mas apresentado antes da data constante na “pré-datação”.

Pois bem: o emitente sabe (ou deve saber) que não possui fundos suficientes em determinado momento e, mesmo assim, emite uma ordem de pagamento à vista e pede para que o beneficiário não apresente o título antes de determinada data. Se o beneficiário o faz em data anterior, o banco sacado é obrigado a pagar, desconsiderando o prazo de pagamento futuro, mas, se devolve o título por insuficiência de fundos, ele deu ensejo à responsabilização do beneficiário por dano moral.

Mescla-se aqui os princípios que devem reger todo e qualquer contrato, como a boa-fé, a confiança etc., e o título de crédito autônomo (outro de seus atributos), o qual, oriundo desta relação, pode causar um prejuízo àquele que dele, em tese, teria condições de se beneficiar com a importância específica.

Se o emissor da cártula o faz sabendo e/ou devendo saber que naquele preciso momento não possui fundos suficientes, a boa-fé que deveria reger a relação seria justamente esta pessoa não emitir o cheque. Mas, o costume brasileiro que deu origem a essa prática, embora não revogue a lei, gera outros efeitos paralelos.

Claro que essa análise é feita sob a ótica exclusiva do ramo empresarial/cível do cheque. Do ponto de vista criminal, o cheque “nem cheque é”, pois se transforma, no entendimento do STJ, como um “garantidor de dívida” ou “promessa de pagamento futura”. Inaceitável.

Progredindo, o tema repetitivo 945 é ainda mais ofensivo à lógica, ao bom senso e à legislação pertinente. Aceita expressamente a existência de pacto apto para pós-datar o cheque, mas, para que essa avença amplie o prazo de apresentação ao sacado, a data de emissão futura deve estar expressa no campo específico da cártula.

Ou seja, as partes podem, negocialmente, estipular que o cheque, embora emitido hoje, apresente no campo relativo à data algo que não guarda qualquer relação com a realidade. As partes têm o poder de “modificar” a lei à sua vontade e interesse, pouco importando outras relações jurídicas.

A “setorização” do direito promovida pelo STJ acerca deste tema dá azo ao casuísmo, admitindo-se que o mesmo instituto tenha conceitos e finalidades distintas em ramos diferentes. O texto sobre a lei do cheque deve ser lido e interpretado de uma única

forma em seus conceitos elementares e, a partir desta interpretação, fazer as adequações necessárias às questões postas sob julgamento.

O que não se pode, mas é o que ocorre no Brasil, é conceituar e delimitar o âmbito de incidência de cada instituto de forma diferente. Pior. Essa prática ocorre dentro das portas do mesmo Tribunal, em salas de julgamento que distam pouco mais de metros umas das outras. Ainda, está-se a tratar de um tema até certo ponto simples, algo presente em diversos outros países que firmaram a Lei Uniforme e a ela mantém deferência, independente dos sabores judiciais passageiros.

Não é de estranhar o fato de o Brasil ser conhecido no globo por sua insegurança jurídica, o que afasta eventuais investidores. Algo que é hoje, ou vem sendo até hoje, por simples devaneio e/ou vontade deliberada do julgador se transforma em algo diametralmente oposto. Talvez com a nova legislação processual civil essa busca por segurança seja melhorada e traga um pouco de estabilidade aos entendimentos e aos julgamentos proferidos pelo Judiciário.

3.5. O transplante da Convenção de Genebra sobre cheque e sua aplicação no Brasil

Pela análise dos posicionamentos dos Tribunais Superiores brasileiros citados no item anterior, há certa previsibilidade sobre qual teoria se mostrou mais adequada para a explicação de tal fenômeno em terras brasileiras.

Não há como negar que o caso do cheque propriamente dito praticamente torna nulo o pensamento de Watson. Deixou-se bastante claro que, mesmo no caso de comprometimento com outros Estados por meio da assinatura da Convenção de Genebra, a uniformidade por ela buscada não necessariamente conduziu o Brasil a uma identidade absoluta e a adoção integral e incontestável do texto convencional.

A lei que neste caso versa sobre algo bastante comum em incontáveis países ao redor do globo, simplesmente não é literal e imediatamente aplicável a determinada sociedade. Logo, essa norma não existe por si e sua força vital não é apta a competir com a necessidade e os anseios de determinada população.

Veja-se que, quando se fala a respeito do cheque, há nítida aproximação com os incontáveis exemplos trazidos por Watson em sua obra, absolutamente vinculados a temas

de direito privado (especificamente direito civil³⁶⁵), seara esta que também abrange o direito empresarial e, conseqüentemente, os temas cambiários.

Progredindo na análise, Watson admite a possibilidade de desenvolvimento de uma lei, mas se já existe alguma outra norma neste mesmo sentido, é possível antever o benefício que dela pode derivar.

Em pensamento crítico, existem países que participaram da elaboração da Convenção de Genebra e outros que a ela aderiram sem ressalvas, assumindo formalmente a mesma condição de “elaborador” do documento. Ora, ao já existirem diversos países que aderiram à Convenção, o Brasil poderia antever os benefícios da norma, no caso, uma tentativa global de uniformização.

Mas por algum motivo não foi isso que ocorreu. Pode-se até admitir a antevisão de benefícios, mas quando da implementação da norma em solo brasileiro rapidamente ela sofreu “adaptações necessárias” para que fosse aplicada no mundo real.

A situação se agrava ainda mais quando o terceiro grande argumento é trazido para análise: se o desenvolvimento da lei varia de um local para outro, é possível isolar o fato e/ou evento que deu ensejo a tal alteração.

Em uma situação ideal, em que se espera que um Estado, ao assumir um compromisso de modo voluntário perante a comunidade internacional, cumpra a avença imediata e integralmente, qualquer “desenvolvimento” da lei é uma ofensa aos demais signatários do mesmo documento.

Pode-se imaginar que a sociedade, efetivamente, faça “adequações” em uma determinada questão jurídica, mas a partir do momento que o Tribunal Superior de um país admite expressamente que “o compromisso legal internacional firmado pela República Federativa do Brasil é para que se considere o cheque como ordem de pagamento à vista, mas aqui, em nosso território, vamos adequá-lo para que possa ser uma garantia de dívida ou, ainda, uma promessa de pagamento futuro”.

O dia a dia da população pode criar sim, como de fato cria, certos hábitos e práticas que não deveriam, as quais, não raras vezes, são contra a lei. Esse é um comportamento natural daquele que precisa adequar certa hipótese normativa às suas atividades quotidianas. De forma alguma isso é louvável ou digno de elogios, pois

³⁶⁵ Watson cita um exemplo que os 3 (três) primeiros livros dos Institutos de Justiniano e a maioria dos códigos civis do séc. XIX lidam substancialmente com os mesmos tipos de problemas. WATSON, *Legal transplants (...)*. p. 41.

demonstra completo descaso da sociedade com a norma que deve reger seu comportamento. Seja como for, daquele cidadão que não possui instrução suficiente é tolerável que certa prática assuma contornos “não tão legais”, contudo, quando se torna uma questão a ser decidida por Tribunais, em especial os de maior importância no cenário constitucional, aceitar uma prática que é nitidamente contrária ao que o Estado assumiu perante a comunidade internacional chega a ser um escárnio.

Inaplicável ao caso a teoria de Watson, pois é inegável e inafastável a ligação entre uma determinada sociedade e uma lei que deve reger seus comportamentos. Da mesma forma, o transplante é algo que sempre ocorreu na história (e assim continuará), mas não necessariamente ele traduz e/ou se torna uma grande fonte de desenvolvimento do sistema jurídico de um país.

No caso analisado neste texto foi trilhado o caminho exatamente oposto: o papel que os Tribunais Superiores brasileiros desempenharam na análise de uma “legislação internacional” não está de acordo com as previsões normativas, pelo contrário, assume que um costume tipicamente brasileiro tenha maior densidade e aplicabilidade que uma avença internacional.

A questão relativa ao transplante, de ele ser “socialmente fácil”, é implodida pelo exemplo do cheque no caso brasileiro por dois argumentos distintos, mas interligados: a) a um, os Tribunais deixaram transcorrer um longo prazo para reconhecer a imediata e integral aplicação da “lei internacional” no território brasileiro, relutando contra algo regular e voluntariamente assumido e; b) a dois, a população conferiu o cheque tanto a feição de ordem de pagamento à vista como de efetiva nota promissória³⁶⁶, em nítida criação de um costume contra a lei, sendo tal comportamento reconhecido e anuído pelo Judiciário.

Vê-se que, na conturbada relação cheque – brasileiros, a teoria de Legrand é mais adequada, pois a sociedade brasileira atribuiu um novo conteúdo à previsão legal, mesmo sendo flagrantemente contrária ao sentido original (pagável à vista).

O fenômeno do surgimento do cheque pré-datado tem uma origem histórica importante: nas décadas de 1980 e 1990 até a implantação do Plano Real pela Lei nº

³⁶⁶ BRASIL. Decreto 57.663/1966. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d57663.htm, acesso em 02/06/2017. “Art. 75 - A nota promissória contém: 1 - Denominação "Nota Promissória" inserta no próprio texto do título e expressa na língua empregada para a redação desse título; 2 - A promessa pura e simples de pagar uma quantia determinada; 3 - A época do pagamento;”

8.880/1994, o país era assolado por níveis muito elevados de inflação e o acesso ao crédito bancário era bastante restrito.

Assim sendo, se a população necessitava de algum produto deveria comprá-lo imediatamente, sob pena de, no dia seguinte, não ter mais condições de adquirir a mercadoria com a mesma quantidade de dinheiro. Os comerciantes, sensíveis a isso, admitiam que o pagamento se desse pela modalidade de cheque e retardavam a apresentação a pedido do comprador, assumindo parcialmente o risco pela desvalorização da moeda.

Contudo, como se sabe, é da essência dos títulos de crédito sua rápida transferência mediante simples endosso e, embora o título fosse pagável somente dentro de certo prazo, ele circulava livremente, nas mãos de incontáveis pessoas, todas tendo a ciência de que a desvalorização do título ocorria dia a dia, mês a mês.

Essa questão histórica levou também praticamente à inexistência da utilização da nota promissória, pois, se esta pode ser apresentada em prazo maior, um comerciante jamais efetuaria a venda de uma mercadoria para receber somente dentro de determinado prazo, experimentando nítido prejuízo pela inflação. Optava ele então pelo cheque, pois, no pior cenário possível, ele “já teria recebido” pelo que comercializou.

Este é um caso em que, a contar da Convenção, diversos países atribuíram o mesmo sentido a uma mesma palavra, mas isso não ocorreu por vontade espontânea. Os países que aderiram ao instrumento caracterizam o cheque por seus requisitos intrínsecos, ou seja, se “um pedaço de papel” possui as especificações que a legislação diz serem suficientes e necessárias, há um cheque. O sentido da palavra, em verdade, não foi conferido/produzido pelo observador, ele não atribuiu nada, ele apenas aceitou que, na presença de certos elementos, há um cheque.

Talvez por esse motivo é que a Convenção possui tantos aderentes, pois não tentou impor nada a ninguém, ela partiu de critérios objetivos para dizer que algo é de determinada forma. Não se deixou o significado da norma em nenhum lugar quando ela foi adotada pelo Estado, ele foi levado junto com a palavra.

Obviamente que, quando Legrand formulou seus pensamentos, ele teve em mente o processo mais comum e habitual de transplante, qual seja, aquele que ocorre informalmente, da simples relação entre os povos. A partir do momento em que houve a

sistematização de determinada prática e ela foi transcrita em um documento internacional, o rigor na elaboração foi muito maior.

Evoluindo no raciocínio, a regra “pagável à vista” é, na opinião deste acadêmico, unívoca, não sendo possível ampliá-la ou restringi-la por instrumentos hermenêuticos. A interpretação conferida pela sociedade brasileira, entretanto, foi absolutamente distinta e confere densidade ao pensamento de Legrand quando sustenta a subjetividade deste processo.

A “inserção” da norma relativa ao cheque em terras brasileiras é uma prova viva e atual que tal normatização nunca esteve isolada e/ou deslocada do mundo de significados que permeiam tal cultura. Essa invenção da sociedade brasileira é uma forma pela qual as pessoas buscaram uma solução para determinado problema e, desta forma, trouxe certa pacificação social quanto ao tema.

A análise ora desenvolvida é singela, mas parece suficiente para demonstrar ser possível ocorrer o transplante tal qual idealizado por Legrand, ou seja, em caráter bem excepcional.

Em verdade, a posição de Kahn-Freund possui um melhor encaixe com o ora está sendo discutido, pois a Convenção busca inegavelmente uma unificação dos países, mas esse objetivo encontra resistências diversas, sejam elas culturais, políticas, sociais, entre outras.

A lei relativa ao cheque, portanto, é mais facilmente transplantável, pois guarda relação com as práticas comerciais que, em última análise, é que aproximaram os povos ao redor do mundo. Buscar outros produtos que existem em pouca quantidade, ou mesmo que não existem em certo território, foi o que impulsionou a humanidade à globalização.

Conclusão

Em uma tentativa de fechamento do trabalho, certas posições podem ser estabelecidas sempre na busca da manutenção do teor crítico que, em certas oportunidades, afloraram no texto.

Vê-se que o primeiro capítulo (item 1 e seguintes) apresenta considerável sistematização acerca do tema “transplantes normativos” em um grande esforço de integração e comparação de ideias dos principais autores sobre o tema. Pela extensão conferida à pesquisa, pode o acadêmico ousar que tal tentativa de compilação é a primeira de seu gênero.

Demonstrou-se a enorme discussão acerca do próprio vocábulo que define o fenômeno para, logo após, conceituar a questão relativa ao “transplante normativo” em suas linhas gerais e minimamente suficientes à compreensão do tema. Criticamente, o pesquisador apresentou novo vocábulo na tentativa de obter a “solução definitiva” para a questão.

Expôs-se o maior dos questionamentos que perturbaram o pensamento de diversos Autores acerca da possibilidade, ou não, de o fenômeno ocorrer. Buscou-se, em princípio, apresentar os dois maiores expoentes da matéria que detêm posicionamentos absolutamente opostos, além de trazer um pensamento intermediário, que foge de ambos os extremos outrora apresentados.

Embora extremos e firmes em suas posições, tais Autores reconhecem implícita ou explicitamente que suas teorias podem sofrer temperamentos, adotando posição não tão extremista. Watson, em posicionamento moderado, entende que a lei pode sim existir por si, mas é permeada por infusões culturais; já Legrand admite excepcionalmente o transplante, mas sustenta a imensa dificuldade deste ocorrer, posto que, além do texto, todo o sentido que a ele é conferido na sociedade originária deve ser transportado junto.

Não há como negar a imensa reprodução de normas ao redor do globo, fenômeno este muito acentuado pela globalização. Toda e qualquer inovação (seja no campo jurídico ou não) está disponível a todos, mediante simples consulta à rede mundial de computadores. Essa busca incessante pela “melhor legislação”, que, como dito no texto, deriva em especial dos “países do norte”, os quais são reconhecidos internacionalmente por sua melhor qualidade de vida e maior estabilidade das instituições democráticas.

Mas quando essa importação de leis ocorre para os “países do sul”, a possibilidade de mal ou não funcionamento como desejado/esperado é muito elevada, principalmente pelo abismo econômico que caracteriza tal dicotomia. Alguns dos “países do sul”, tal qual o Brasil, possuem inegável potencial para, um dia, compor o “norte”, mas diversas questões o impedem de buscar tal intento.

Os motivos para que o legislador se inspirasse em adotar uma legislação estrangeira também foram abordados ao longo do texto, em que se buscou argumentos tanto favoráveis como contrários à prática.

Em vias de encerramento, demonstrada foi uma técnica elaborada para que o transplante sempre obtivesse sucesso. Deveria a norma ser desconstruída mediante a aplicação de três passos distintos, em que o objetivo final seria transformar cada palavra em algo totalmente desprovido do contexto sócio-cultural em que surgiu, bem como esvaziado do seu conteúdo original, nada mais representando que uma espécie de comódite que tem aptidão para ser utilizada em qualquer lugar do mundo.

Ocorre que esse processo encontra óbice nas práticas que a sociedade destinatária da norma entende como corretos/adequados, bastando recorrer no texto à digressão formulada acerca do direito à vida e como ele é “preenchido” no Brasil e na Holanda.

Então, a “simples transferência” de um direito de um local para outro não guarda qualquer relação de facilidade. Para aumentar a chance de que esse transplante seja bem sucedido, aquele que idealiza o transporte deve compreender, minimamente, qual a situação histórica, social e cultural daquele que doa e daquele que irá receber. Mesmo com tal análise, o sucesso absoluto não é garantido, posto que, na reconstrução de sentido da norma, pode-se recorrer a uma orientação internacional sobre determinado tema que, naquela sociedade específica, não será bem acolhida.

Valendo-se das metáforas de Frankenberg, após um país obter no mercado internacional as matérias-primas das quais necessita para um diploma normativo, não necessariamente o produto final seria o idêntico a outro produzido/formado em outro país. Pode ser que elementos de conexão como a cola, os parafusos ou mesmo a forma de montagem da norma variem.

Incontestável, portanto, que a questão relativa a direitos humanos possui forte e inseparável traço cultural, em que sua universalização pode ocorrer, mas dentro dos limites impostos pela história e pensamento social de cada nação. É possível a discussão, por

exemplo, sobre direito à vida em qualquer país do mundo, respeitadas as possibilidades de cada um.

Este pensamento é de difícil absorção pelo TEDH, mas tal fato decorre de situações distintas.

A criação deste Tribunal³⁶⁷ na década de 1950, apenas cinco anos após o término da Segunda Guerra Mundial, sofreu nítida influência e também pressão para que a Europa tentasse se livrar dos horrores daquele conflito. Talvez por isso é que o preâmbulo da CEDH traz expressamente a preocupação com o universalismo dos direitos contidos no documento, não sendo possível tratar pessoas de maneira tão distintas pelo simples fato de exercitarem religião diferente, por exemplo.

Com o arrefecimento do calor das armas, o TEDH passou a ter outros desafios diante de si, em especial de se manter em uma linha estreita onde não pode inovar e/ou progredir tanto assim em matéria de direitos humanos (sob pena de o Estado não cumprir sua decisão), bem como não pode deixar de conferir o mínimo de proteção a estes direitos (sob pena de a Convenção não ter qualquer valor para os signatários).

Na busca da manutenção deste caminhar em linha fina, desenvolveu o Tribunal inúmeras formas/métodos de decisão, alguns mais outros menos festejados pela doutrina, mas todos, em última análise, foram desenvolvidos para tentar manter a reputação e o prestígio do Tribunal. Adotando-se um pensamento odioso, retrógrado e nacionalista ao extremo, nenhum país do Conselho da Europa precisa estar vinculado às decisões do TEDH. Os Estados não necessitam dos “serviços” oferecidos por esta Corte, dado o fato de que uma certa decisão pode acarretar até ofensa à “soberania” de cada um dos membros.

A técnica da margem de apreciação, criada pelo TEDH, promove efetivo transplante e tal afirmação não é difícil de ser comprovada. Se cada Estado tem o poder inerente de se reger pelas leis que entende melhores, a “supervisão europeia” da CEDH e do TEDH podem fazer com que essa lei nacional sucumba perante a realização de comparação entre o texto nacional e o internacional. Aqui reside o transplante, vale-se do texto internacional para inserir nova norma em determinado Estado, possuindo ele, ou não, lei específica sobre o tema.

Admite-se que essa forma de transplante não é tão invasiva, posto que, valendo-se do pior cenário possível, a contar do momento em que um Estado livremente adere à

³⁶⁷ Utiliza-se a expressão Tribunal ao invés de Conselho de forma proposital.

Convenção e aceita cumprir seus termos, não pode em momento posterior se insurgir contra determinada decisão. O TEDH promove ingerência nos assuntos internos de cada Estado, mas ao menos se vale de um texto internacional previamente aceito.

Mas essa interferência, não raras oportunidades, é promovida por julgadores que, eventualmente, não possuem qualquer noção sobre as práticas culturais de determinado país e a decisão proferida não será “boa”. Veja-se o caso *Handyside*, discutido neste texto, em que se decidiu que o livro publicado ofendia a moral e poderia ser retirado de circulação sem que isso ferisse a liberdade de expressão do Autor da obra. Os julgadores do processo pertenciam à Itália (G. Balladore Pallieri), Chipre (M. Zekia), Holanda (G. Wiarda), à Dinamarca (H. Pedersen), à Islândia (Thór Vilhjálmsson), à Suécia (S. Petrén), à Noruega (R. Ryssdal), à Turquia (A. Bozer), à Bélgica (W. Ganshof Van Der Meersch), ao Reino Unido (Sir Gerald Fitzmaurice), à Suíça (D. Bindschedler-Robert), à Grécia (D. Evrigenis), a Luxemburgo (H. Delvaux) e à Alemanha (H. Mosler)³⁶⁸, em que somente o juiz alemão votou no sentido de que existiria, certamente, ofensa à liberdade de expressão do Sr. *Handyside*.

O julgamento ocorreu em 1976, auge da Guerra Fria e durante um dos mais severos períodos de separação entre a Alemanha Ocidental e a Alemanha Oriental. Pode-se inferir que o juiz alemão tinha, bastante claro em sua mente, a efetiva possibilidade de manifestação de ideias sem que ferissem a moral, pois em sua terra natal havia tratamento muito díspar entre opiniões, bastando estar localizado em um ou em outro lado do muro.

Manteve-se a possibilidade de proibição com base na legislação do Reino Unido, mas caso o voto do juiz Mosler tivesse prevalecido, essa característica social alemã daquele período seria incluída em outro território.

Outro elemento que demonstra a atuação do TEDH como “transplantador” é justamente quando ele decide com base no consenso europeu, e, neste particular, a detecção é muito mais simples, direta e grave.

Se o Tribunal decide uma questão mediante a adoção de posicionamento majoritário (ou unânime) dos Estados que compõem o Conselho da Europa, isso significa que algo que pode nem estar reduzido a um texto (uma lei, por exemplo) será imposto a

³⁶⁸ Nacionalidades disponíveis em http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/judges&c=#n1348819094984_pointer, acesso em 06/06/2017.

outro Estado que deverá cumprir essa determinação do Tribunal, formulada a partir do que este entende como ideia prevalecente sobre certo tema em certo momento histórico.

Essa prática pode se valer de uma lei, obviamente, mas mesmo desta forma pode ser que essa lei não seja idêntica em todos os Estados ou, ainda, não possua tantos pontos em comum para que se caracterize como um “consenso”. Neste aspecto a decisão do TEDH se torna bastante questionável.

Ainda no plano do consenso extrai-se a séria questão da democracia “invertida”, vez que o Tribunal se vale do que a maioria (ou totalidade) dos Estados entende sobre certo tema para aplicar tal posição sobre um único Estado. Uma das funções de todo e qualquer Tribunal, qual seja, zelar pelo direito das minorias é praticamente extirpado ao se aplicar o raciocínio derivado do consenso.

Não restam dúvidas, portanto, que ao menos nestas duas hipóteses de soluções adotadas pelo TEDH que ele promove efetivo transplante, direta ou indiretamente, nem sempre a decisão obtendo cumprimento pelo fato de ela ser “boa” ou “adequada”, mas sim pelo fato de o Estado condenado não querer sofrer uma lesão em sua reputação.

Fez-se também breve incursão no terreno do *judicial dialogue*, expondo suas linhas gerais além de apresentar críticas ao tema. O JD possui íntima relação com o transplante, embora com ele não se confunda. O transplante pode ocorrer por qualquer meio, seja via Tribunais ou até mesmo pela troca de informações entre pesquisadores, ao passo que o JD, como o próprio nome denuncia, é verificado no âmbito exclusivo das Cortes, a partir do momento em que analisam/citam/aderem/copiam decisão estrangeira. O diálogo é espécie do gênero transplante.

Essa função de transplantador exercida pelo TEDH não é exclusividade sua. Conforme exposto, no Brasil, a prática é bastante difundida nos Tribunais Superiores.

O grande ponto de divergência entre as Cortes altas do Brasil e a Corte europeia é que, naquelas, não há aplicação de técnicas mais apropriadas de julgamento, valendo-se simplesmente da conhecida forma “subsunção do fato à norma”. Mas, para piorar o cenário, a fórmula brasileira tende mais a “subsunção do fato contrário à norma”.

Viu-se que o Brasil é signatário da Convenção de Genebra sobre o cheque, comprometendo-se de forma espontânea e livre a uniformizar suas leis e práticas acerca do título de crédito mencionado, contudo, o que se viu foi um nítido descumprimento ao acordo internacional.

A criação da figura do cheque “pré-datado” deste lado do Atlântico foi uma criação estritamente cultural da população brasileira e que causaria espanto a Watson. Em um primeiro momento, verificaria ele que o transplante de normas não é socialmente fácil, pois, mesmo em se tratando de uma legislação de cunho essencialmente privado (direito empresarial), essa transferência não ocorreu da forma prevista na Convenção que admite uma única possibilidade para o cheque (ordem de pagamento à vista).

De outro giro, Watson veria que essa lei foi influenciada pela prática diária brasileira, retratando nítida feição cultural. Neste ponto é possível verificar a “morte” do Watson forte e a “sobrevivência” do Watson fraco.

Ao realizar a análise do que o Brasil entende por cheque com a teoria de Legrand sobre o transplante, a conclusão obtida é a de que o transplante foi possível, mas o significado das palavras da Convenção vem nela exposta, irradiando efeitos do texto para o mundo. Não houve atribuição de sentido por um Estado e/ou Estados, ou seja, isso foi imposto aos demais signatários. Para que seja possível a adesão ao instrumento, deve-se concordar com o sentido da palavra a ela atribuído no próprio texto do acordo internacional.

Provavelmente, nesta hipótese, Legrand também admitira a ocorrência do fenômeno, pois o sentido da norma em si deve ser mantido em todo e qualquer Estado que se valha de seus termos.

Talvez a melhor solução para este costume brasileiro seja a teoria de Kahn-Freund, pois houve adaptação das disposições relativas ao cheque para que se tornasse funcional, ao mesmo tempo que o Brasil buscou se aproximar da comunidade internacional, preparando e adequando suas práticas para minimamente atender às disposições que assumiu quando da Convenção.

Essa “criação social” pode até ser utilizada pela população em geral, mas quando se promove a transição do campo estritamente prático ao teórico, deve-se manter atenção a outros parâmetros igualmente (ou mais) relevantes.

É inegável que um Tribunal nacional deve proferir suas decisões em um espectro que não cause uma convulsão social, contudo, esta mesma Corte não pode proporcionar o descumprimento reiterado e inaceitável de um compromisso internacional. Assim sendo, os Tribunais Superiores brasileiros, quando admitem que o cheque não seja considerado uma ordem de pagamento à vista, ou ainda que sua apresentação antes do prazo avençado entre

comprador e devedor dê ensejo ao surgimento de danos não patrimoniais por parte deste, conduzem o país à perda de prestígio internacional, além de proferirem decisões manifestamente contrárias ao texto de lei.

A função do Tribunal, ainda mais os Superiores, é fazer com que a legislação seja cumprida e não encontrar subterfúgios para que determinada norma não seja aplicada. Deve-se deixar claro que existe a figura do “cheque pré-datado” tal qual “criado” pela prática brasileira, chama-se nota promissória, título este também regido por um texto internacional elaborado em Genebra e do qual o Brasil é igualmente signatário. Não há necessidade de os Tribunais Superiores “inventarem” algo que já existe e, inclusive, pode ser utilizado livremente no Brasil.

Quando o julgador, pessoa dotada de elevado conhecimento técnico e conhecedor das repercussões das decisões da nação no cenário internacional, profere decisão flagrantemente contrária ao que diz um texto normativo, ocasionando descumprimento de avença firmada em âmbito global, causa, sem sombra de dúvida, um nítido enfraquecimento de confiança no Poder Judiciário.

Vê-se que há muito o que se evoluir em terras brasileiras.

Bibliografia

ADLER, Matthew D. *Can Constitutional Borrowing be Justified: A Comment on Tushnet*. 1 U. Pa. J. Const. L. 350 1998-1999.

ÁFRICA DO SUL. 1996. Constitution of the Republic of South Africa.

AMBRUS, Mónica. *Comparative Law Method in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights in the Light of the Rule of Law*. 2 Erasmus L. Rev. 353 2009.

ARAI-TAKAHASHI, Yutaka. *The margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the jurisprudence of the ECHR*. Nova Iorque: Intersentia, 2001.

ARGENTINA. Constituição da Argentina de 1853.

BARRETO, Ireneu Cabral. *O TEDH e Portugal: 30 anos de uma relação*. Em *A Mobilização Transnacional do Direito – Portugal e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*, organizado por Cecília MacDowell dos Santos. Coimbra: Almedina, 2012.

BENVENISTI, Eyal. *Margin of appreciation, consensus, and universal standards*. 31 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 843 (1998-1999).

BISTAS, Basil C. *Comparative Theory, Judges and Legal Transplants – A Practical Lesson from Singapore and its Relevance to Transnational Convergence*.

BJORGE, Eirik. *National supreme courts and the development of ECHR rights*. 9 Int'l J. Const. L. 5 2011.

BRASIL. ADI 2.076, rel. min. Carlos Velloso, j. 15-8-2002, P, DJ de 8-8-2003.

_____. ADPF 54, rel. min. Marco Aurélio. Ainda em trâmite.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

_____. Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, 2017.

- _____. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, 2017.
- _____. Relatório Justiça em Números 2015 elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 71.154-PR. Relator Ministro Oswaldo Tribueiro. DJ 27.08.1971, RTJ 58/70.
- BRAUCH, Jeffrey A. *The Dangerous Search for an Elusive Consensus: What the Supreme Court Should Learn from the European Court of Human Rights*. 52 Howard L. J. 277 2008-2009.
- BRYDE, Brun-Otto. *The Constitutional Judge and the International Constitutionalist Dialogue*. 80 Tul. L. Ver. 203 2005-2006.
- BUYSE, Antoine. *The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights: Possibilities and Challenges*. Nomiko Vima (The Greek Law Journal), Vol. 57, pp. 1890-1902, 2009.
- BUZÁS, Péter. *The Convention on Human Rights and Biomedicine: European Consensus or Lowest Common Denominator?* 2015 Law Ver. Kyiv U. L. 327 2015.
- CALIGIURI, Andrea e NAPOLETANO, Nicola. *The Application of the ECHR in the Domestic Systems*.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CONTRERAS, Pablo. *National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights: A Comparison Between the Jurisprudence of the European and the Inter-American Court of Human Rights*. 11, Nw. J. Int'l Hum. Rts. 28 (2012).
- CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. Roma, 1950.

CORTE CONSTITUCIONAL DA ÁFRICA DO SUL. 1995 (6) BCLR 694. *State v. Makwanyane*.

DEL MORAL, Ignacio de la Rasilla. *The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin-of-Appreciation Doctrine*. 7 German L. J. 611 2006.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*. Salvador: Juspodivm, 2015.

DOS SANTOS, Cecília Macdowell e LIMA, Teresa Maneca. *Portugal e o TEDH: Um retrato da litigação transnacional*. Em *A Mobilização Transnacional do Direito – Portugal e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*, organizado por Cecília MacDowell dos Santos. Coimbra: Almedina, 2012.

DOTHAN, Shai. *Judicial Tactics in the European Court of Human Rights*. University of Chicago Public Law & Legal Theory Workin Paper, No. 358 (2011).

DZEHTSIAROU, Kanstantsin. *Does consensus matter? Legitimacy of European consensus in the case law of the European Court of Human Rights*. Public Law No. 3, 2011.

_____. *European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights*. 12 German L.J. 1730 2011.

_____. *Informed decision-making: The comparative endeavours of the Strasbourg Court*. Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 30/3, 272–298, 2012.

_____. *Legitimacy and the Future of the European Court of Human Rights: Critical Perspectives from Academia and Practitioners*. 12 German L. J. 1707 (2011).

EDWARDS, Gail. *Legal transplants and economics: The world bank and third world economies in the 1980s – A case study of Jamaica, the Republic of Kenya and the Philippines*. 9 Eur. J.L. Reform 243 (2007).

EECKOUT, Piet. *Opinion 2/13 on EU Acession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky?* 38 Fordham Int'l L. J. 955 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Knight c. Florida, 528, E.U.A. 990, 996.

EWALD, William. *Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants*. 43 Am. J. Comp. L. 489 1995.

FEINGOLD, Cora S. *The Doctrine of Margin of Appreciation and the European Convention on Human Rights*. 53 Notre Dame Law. 90 1977-1978.

FRANKENBERG, Günter. *Constitutions as Commodities. Notes on A Theory of Transfer*, 2013.

GAITÁN, María Paula Reyes. *The challenges of legal transplants in a globalized context: A case study on 'working' examples*, 2014.

GELLER, Paul Edward. *Legal transplants in international copyright: some problems of method*. UCLA Pacific Basin Law Journal, vol. 13 (1994).

GRAZIADEI, Michele. *Comparative Law and the Study of Transplants and Receptions*. Em *Oxford handbook of Comparative Law*, editado por Mathias Reimann e Reinhard Zimmermann. Oxford: Oxford University Press, 2006.

GREER, Steven. *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights*. Estrasburgo: Concil of Europe Publishing, 2000.

HELPER, Laurence R. *Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights*. 26 Cornell Int'l L. J. 133 1993.

HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

JACOBS, Francis G. *Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice*. 38 Tex. Int'l L. J. 547 2003.

JÓZON, Mónika. *Why legal transplants instead of more adaptation within the process of legal approximation in the central-eastern European member states of the EU and the candidate countries?*. 6 Romanian J. Eur. Aff. 80 (2006).

KAHN-FREUND, Otto. *On Uses and Misuses of Comparative Law*. (1974) 37 MLR 1.

KOCH JR., Charles H. *Judicial Dialogue for Legal Multiculturalism*. 25 Mich. J. Int'l L. 879 2003-2004.

KRATOCHVÍL, Jan. *The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights*. 29 Neth. Q. Hum. Rts. 324 2011.

KUO, Ming-Sung. *Discovering Sovereignty in Dialogue: Is Judicial Dialogue the Answer to Constitutional Conflict in the Pluralist Legal Landscape?* 26 Can. J. L. & Jurisprudence 341 2013.

LAMBERT, Héléne. *Transnational Judicial Dialogue, Harmonization and the Common European Asylum System*. 58 Int'l & Comp. L. Q. 519 2009.

LAW, David S. & CHANG, Wen-Chen. *The Limits of Global Judicial Dialogue*. 86 Wash. L. Rev. 523 2011n.

LEE, Megan. *Judicial Dialogue: Method in the Madness?* 5 King's INss L. Ver. 125 2015.

LEGRAND, Pierre. *The Impossibility of 'Legal Transplants'*. 4 Maastricht J. Eur. & Comp. L. 111 (1997).

LETSAS, George. *The truth in autonomous concepts: how to interpret the ECHR*. 15 European Journal of International Law 279 (2004).

MADSEN, Mikael Rask. *O Surgimento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos Progressista: O TEDH e a transformação da Europa*. Em *A Mobilização Transnacional do Direito – Portugal e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*, organizado por Cecília MacDowell dos Santos. Coimbra: Almedina, 2012.

MCCRUIDDEN, Christopher. *A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*, 2000.

MENDES, Gilmar e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A Vontade de Poder*. Rio de Janeiro: Contraponto Editora Ltda., 2011.

NOZAWA, Junko. *Drawing the Line: Same-sex adoption and the jurisprudence of the ECtHR on the application of the "European consensus" standard under Article 14*. 29 Mercurios-Utrecht J. Int'l & Eur. L. 66 2013.

O'DONNELL, Thomas A. *The Margin of Appreciation Doctrine: Standarts in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*. 4 Hum. Rts. Q. 474 1982.

OVEY, Clare e White, Robin C. A. *Jacobs and White, The European Convention on Human Rights*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2002.

PERJU, Vlad F. *Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations*. Em *Oxford handbook of Comparative Constitutional Law*, editado por M. Rosenfeld e A. Sajo, 1204-1327. Oxford: Oxford University Press, 2012.

PINTO, Júlio R. S. *Poder Legislativo brasileiro: institutos e processos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Empresarial Esquemático*. São Paulo: Método, 2010.

REGAN, Daniel. “*European Consensus*”: *A worthy endeavour for the European Court of Human Rights?* 14 *Trinity C. L. Ver.* 51 2011.

SALDANHA, Jânia Mara Lopes e BRUM, Márcio Morais. *A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado?* Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XV, 2015.

_____. *Novas geometrias jurídicas e a construção de um direito comum pluralista: uma análise da aplicação da margem nacional de apreciação pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, 2015.

SILVA, Suzana Tavares. *Direitos fundamentais na arena global*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. A, B e C. c. Irlanda. (2010).

_____. *Airey c. Irlanda*. (1979).

_____. *Al Adsani c. Reino Unido*. (2001).

_____. *Áustria c. Itália*. (1961).

_____. *Dudgeon c. Reino Unido*. (1981).

_____. *Johnston c. Irlanda*. (1987).

_____. Loizidou c. Turquía. (1997).
_____. Lawless c. Irlanda. (1960).
_____. Marckx c. Bélgica. (1979).
_____. Öcalan c. Turquía. (2005).
_____. Pretty c. Reino Unido. (2002).
_____. Rasmussen c. Dinamarca. (1984).
_____. Tyrer c. Reino Unido. (1978).

WADA, Emily. *A Pretty Picture: the Margin of Appreciation and the Right to Assisted Suicide*. 27 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 275 2005.

WATERS, Melissa A. *The Future of Transnational Judicial Dialogue*. 104 Am. Soc'y Int'l L. Proc. 465 2010.

WATSON, Alan. *Comparative Law and Legal Change*. 37 Cambridge L.J. 313 1978.

_____. *Legal Transplants – An approach to comparative law*. Athens: University of Georgia Press, 1993.

_____. *Legal Transplants and European Private Law*, 2000.

WIEGAND, Wolfgang. *The reception of American Law in Europe*. 39 Am. J. Comp. L. 229 (1991).

YOUROW, Howard Charles. *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*. 3 Conn. J. Int'l L. 111 1987-1988.

ZIEMELE, Ineta. *Customary International Law in the Case Law of the European Court of Human Rights – The Method*. 12 Law & Prac. Int'l Cts. & Tribunals 243, 2013.

ZOETHOUT, Carla M. *The European Court of Human Rights and Transnational Judicial Dialogue*. 9 Vienna J, on Int'l Const. L. 398 2015.