

Universidade de Brasília - UnB
Faculdade de Direito

CHRISTINE OLIVEIRA PETER DA SILVA

09/19598

**TRANSJUSFUNDAMENTALIDADE:
DIÁLOGOS JUDICIAIS TRANSNACIONAIS
SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Brasília - 2013

CHRISTINE OLIVEIRA PETER DA SILVA

09/19598

**TRANSJUSFUNDAMENTALIDADE:
DIÁLOGOS JUDICIAIS TRANSNACIONAIS
SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Tese apresentada para obtenção do título de Doutor pelo programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB.
Orientador: Professor Doutor Gilmar Ferreira Mendes.

Brasília - 2013

AGRADECIMENTOS

Agradeço à onipresença divina, Deus trindade, que me constitui, conforta, vivifica e justifica minha experiência existencial neste lindo planeta chamado Terra;

Agradeço ao Léo e ao Arthur, presenças indeléveis e insubstituíveis em tudo que sou e faço;

Agradeço aos meus pais, Arilda e Luiz, pela generosidade, pelo conforto, pelo estímulo e pela vida que é mais bela com eles por perto;

Agradeço aos meus sogros, Viviane e Wilmar, pela acolhida, pelo apoio, pelas pausas, pelos momentos de alegria que sustentam tudo o mais;

Agradeço aos meus irmãos, Andrea e Luiz Junior, pelo carinho constante e ilocucionário, mesmo que "para sempre, não seja todo dia";

Agradeço às minhas cunhadas, Lila (também amiga, irmã, afilhada e comadre) e Carol, pelo exemplo, pela cumplicidade, pela partilha de momentos felizes que enchem de poesia e amizade esta vida tão agitada;

Agradeço às minhas funcionárias do lar, Leia e Ritinha, pelo suporte, pelo profissionalismo, por cuidarem de nós melhor do que nós mesmos poderíamos;

Agradeço aos amigos, presentes; mesmo se e quando ausentes, os de perto e os de longe, e até aqueles que têm títulos de amizade, como meu concunhado André Gusmão, os meus compadres, Fabiano e Zeca, as minhas comadres, Dani e Aninha, e o meu afilhado Mateus, que sempre fizeram dos dias comuns, dos encontros planejados ou casuais, as melhores celebrações dessa história chamada vida;

Agradeço às meninas (e ao menino) da PGR, companheiras de trabalho, pela sustentação, pela leveza, pelas risadas, por fazerem dos momentos de solidão e reclusão acadêmicas verdadeiros oásis de partilha dos segredos inconfessáveis;

Agradeço aos meus professores, especialmente ao meu orientador, Professor Gilmar Mendes, aos membros da banca de tese e aos colegas de docência, pela confiança e estímulo nos caminhos do saber;

Agradeço, enfim, a todos os meus alunos, especialmente aos meus orientandos e membros do NEC, parceiros de jornada em direção ao conhecimento, fonte genuína de minha inspiração, motriz de tudo o quanto importa nessa vida acadêmica; pelo carinho incondicional, o meu agradecimento mais terno.

RESUMO

O objeto do presente trabalho é o fenômeno da transjusfundamentalidade, aqui apresentado como uma teoria, uma metódica e uma opção constitucional adequada para a concretização dos direitos fundamentais, sob a crítica do modelo de Estado Constitucional cooperativo. Justifica-se a pesquisa pela constatação acadêmica de que premissas do Estado de Direito, fundado primordialmente na democracia representativa, não mais sustentam legitimamente o espaço institucional de exercício de poder das democracias contemporâneas, porquanto tal modelo não consegue enfrentar problemas da complexa, multicultural e tecno-dinâmica sociedade do século XXI. Também é suposição a justificar a investigação o fato de os diálogos transnacionais, em múltiplas áreas, estarem ocupando um lugar de preeminência nas relações sociais, políticas e econômicas contemporâneas, de modo que o debate jurídico também deve ser abastecido de dados que permitam saber se isso realmente está ocorrendo, como tem ocorrido e quais as melhores condições para vivenciar tal fenômeno. A opção pela análise quantitativa e qualitativa do universo total de decisões do Supremo Tribunal Federal com registro de referências a decisões estrangeiras excluiu, por limites de execução da presente pesquisa, a comparação entre tais decisões e as de outras Cortes de mesmo gênero institucional. Qualquer tentativa de averiguar as condições reais de possibilidade de um fenômeno exige pesquisa empírica, pois somente com um retrato da realidade subjacente é que será possível concluir pela prática, ou não, de um dado fenômeno. Para tanto, a presente pesquisa valeu-se, primeiramente, da metodologia dogmática, tal como proposta por Tércio Ferraz Júnior em "A ciência do Direito", combinada com a metódica tridimensional proposta por Gomes Canotilho, em seu "Direito Constitucional e Teoria da Constituição" e, para a investigação empírica, a proposta de modelo de comparação paralela apresentada por Sérgio Schneider e Cláudia Job Schimitt, em trabalho sobre "O uso do método comparativo nas ciências sociais". A investigação permitiu concluir que não se pode afirmar categoricamente que o Supremo Tribunal Federal é uma Corte Suprema comprometida com o Estado Constitucional cooperativo, nem muito menos que tem consciência da transjusfundamentalidade para a concretização dos direitos fundamentais. O que se pode afirmar é que as decisões do Supremo Tribunal Federal, nos primeiros anos do século XXI, demonstram um incremento, tanto quantitativo quanto qualitativo, em relação à transjusfundamentalidade. Não se pode afirmar tendência inexorável da Corte para os diálogos judiciais transnacionais, mas disponibilidade individual de alguns de seus Ministros

de utilizar jurisprudência estrangeira e internacional como fundamento para construção de seus discursos sobre direitos fundamentais. Entretanto, sendo as referências a precedentes estrangeiros apenas um dos possíveis indícios de transjusfundamentalidade, é importante destacar que o fato de existir marcação oficial disponibilizada no sítio da Corte das decisões que citam precedentes estrangeiros, bem como um portal internacional com banco de decisões do Supremo Tribunal Federal e de outras Cortes Constitucionais traduzidas em línguas estrangeiras, assim como a participação do Supremo Tribunal Federal em diversos fóruns de Cortes Constitucionais destinados ao intercâmbio entre magistrados, reforça a conclusão de que há uma abertura, ainda que incipiente, à metódica da transjusfundamentalidade no Brasil.

Palavras chaves: Hermenêutica Constitucional; Direitos Fundamentais; Diálogos Judiciais Transnacionais; Transjusfundamentalidade.

ABSTRACT

The object of this work is to investigate the phenomenon of “iustransfundamentalidade”, presented here as a constitutional theory, method and decision option suitable for the concretization of fundamental rights under the model known as Cooperative Constitutional State. The search is justified by academic assumption that the Rule of Law, primarily founded on representative democracy, no longer ensure institutional space for exercising, legitimately, power in contemporary democracies, because this model fails to address the complex issues, multicultural and dynamic technological society of the XXI century. Another assumption to justify the work is the fact that investigating transnational dialogues in multiple areas are occupying a place of prominence in social, economic and political areas, so that the legal debate should also be supplied with data to know if this actually is occurring, how it has occurred and what is the better way to experience this phenomenon in law area. The choice of quantitative and qualitative analysis of the total universe of decisions of Brazilian Supreme Court with recorded references to foreign decisions deletes, because of the limits execution of this study, excluded the comparison between these decisions and other similar decisions from foreign Courts. Any attempt to ascertain the actual conditions of possibility of a phenomenon requires empirical research, because only with a picture of the underlying reality is that you can verify the practice, or not, of this phenomenon. Therefore, this research drew on the dogmatic methodology as proposed by Tercio Ferraz Junior in "Science of Law", combined with the tridimensional method as proposed by Gomes Canotilho, in his "Constitutional Law and Constitutional Theory" and for empirical research, using the parallel comparison model presented by Sérgio Schneider and Claudia Schmitt on "The use of the comparative method in the social sciences." The investigation has concluded that we can not state categorically that the Brazilian Supreme Court is committed to the Cooperative Constitutional State, much less that this Court is aware of how “iustransfundamentalidade” is suitable for the concretization of fundamental rights. What can be said is that the decisions of the Supreme Court, in these early years of Century XXI, demonstrate an increase in both quantitative and qualitative, regarding “iustransfundamentalidade”. There is no uniform trend of the Brazilian Supreme Court, as institutional policy, aimed at opening up to transnational judicial dialogue, but individual availability of some justices to foreign and international jurisprudence as foundation material in the construction of their decisions on fundamental rights.

References to foreign precedents is only one of the many possible evidences of “iustransfundamentalidade”, so that it is also important to highlight the fact that there is an official marking available on the website of the Court, as well as an international portal with database of Supreme Court’s decisions translated into foreign languages, and also the report of the participation of the Brazilian Supreme Court in various forums of Constitutional Courts for the purpose of exchange between judges. All of that reinforces the conclusion that there is a tendency of Brazilian Supreme Court to accept “iustransfundamentalidade”.

Key Words: Constitutional hermeneutics; Fundamental rights; Transnational judicial dialogues; “iustransfundamentalidade”.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO I - DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO CONSTITUCIONAL E COOPERATIVO.....	24
1.1. Prolegômenos epistemológicos.....	24
1.2. Do Estado: mas que Estado?.....	25
1.3. Do Estado de Direito ao Estado Constitucional.....	31
1.3.1. Da supremacia da lei para a supremacia da Constituição.....	32
1.3.2. Da separação de funções do poder para a interdependência entre as funções de poder.....	41
1.3.3. Da perspectiva jurídico-subjetiva para a perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais	45
1.4. Do Estado Constitucional ao Estado Constitucional cooperativo.....	53
1.4.1. Diálogo do Estado Constitucional com o transconstitucionalismo.....	53
1.4.2. Diálogo do Estado Constitucional com o interconstitucionalismo.....	66
1.4.3. Diálogo do Estado Constitucional com o cooperativismo.....	74
1.5. Do Estado Constitucional à Transjusfundamentalidade.....	79
1.5.1. Do que é a Transjusfundamentalidade.....	80
1.5.2. Do que são os Diálogos transjusfundamentais.....	82
CAPÍTULO II – TRANSJUSFUNDAMENTALIDADE: DIÁLOGOS JUDICIAIS TRANSNACIONAIS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	89
2.1. Metodologia comparativista.....	89
2.1.1. Comparação: método ou ciência?.....	89
2.1.2. Circulação de ideias como uma nova metáfora?.....	94
2.1.3. Legitimidade da comparação jusfundamental.....	97
2.1.4. Limites e possibilidades da comparação jusfundamental.....	102
2.2. Reflexões metodológicas sobre a comparação constitucional.....	109
2.2.1. Condições preliminares da pesquisa comparativa em direito constitucional.....	109
2.2.2. Modelos de interpretação constitucional comparativa.....	111
2.2.2.1. Interpretação universalista.....	113
2.2.2.2. Interpretação dialógica.....	115
2.2.2.3. Interpretação genealógica.....	117

2.3.	Matriz metodológica da comparação constitucional.....	118
2.3.1.	Migração de ideias constitucionais.....	118
2.3.2.	Fertilização cruzada	123
2.3.3.	Transplantes constitucionais	129
2.3.4.	Empréstimos constitucionais.....	132
2.3.5.	Diálogos Judiciais Transnacionais	138
2.4.	Comunidade global de Cortes Constitucionais?.....	144
2.4.1.	Intróito.....	144
2.4.2.	Cooperação interinstitucional entre cortes supremas e constitucionais.....	147
2.5.	Transjusfundamentalidade como meio de superação da dogmática constitucional estática	151
2.5.1.	Comparação como dinâmica constitucional.....	151
2.5.2.	Comparação como pedagogia constitucional	154
CAPÍTULO III - TRANSJUSFUNDAMENTALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....		156
3.1.	Justificativa epistemológica	156
3.2.	Modelo metodológico proposto	159
3.3.	Resultados da pesquisa sob o critério da transjusfundamentalidade	164
3.3.1.	Década de 60.....	164
3.3.2.	Década de 80.....	169
3.3.3.	Década de 90.....	171
3.3.4.	De 2000 a 2005	179
3.3.5.	De 2006 a 2009	202
3.3.6.	De 2010 a 2012	225
CONCLUSÃO		241
BIBLIOGRAFIA.....		265

INTRODUÇÃO

O objeto do presente trabalho é investigar o fenômeno da transjusfundamentalidade, aqui apresentada como teoria, metódica e opção decisória adequada para a concretização de direitos fundamentais, no contexto do modelo de Estado Constitucional cooperativo, proposto por Peter Häberle¹. O conceito de transjusfundamentalidade ganha densidade jurídico-científica, como tema inserido no capítulo da hermenêutica constitucional, pela ideia de circulação de precedentes e migração de ideias sobre direitos fundamentais entre Cortes supremas e constitucionais.

Trata-se de tese de doutorado que se insere em linha de pesquisa do Programa de pós-graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília-UnB, a qual propõe pesquisas sobre constituição; constitucionalismo; processo e teoria constitucionais; e direitos fundamentais. A orientação esteve a cargo do Professor Doutor Gilmar Ferreira Mendes.

O objetivo geral do trabalho é construir os pressupostos analíticos do que venha a ser transjusfundamentalidade, propondo-se, a partir dele, um parâmetro metodológico que possa servir de métrica para verificar limites e possibilidades pragmáticas de um efetivo diálogo transnacional sobre direitos fundamentais entre Cortes Supremas e/ou Constitucionais, bem como um modelo crítico-analítico de apresentação de julgados em que se possa, pela identificação da circulação de precedentes e sua referência cruzada, tirar algumas conclusões acerca de como tal fenômeno tem acontecido na jurisprudência de uma determinada Corte.

Por fim, por objetivos específicos tem-se: (i) discutir as condições de possibilidade de um Estado Constitucional e cooperativo, aporte institucional das práticas transjusfundamentais; (ii) fazer uma revisão de literatura sobre a temática dos diálogos judiciais transnacionais a partir da produção bibliográfica disponibilizada pelas principais academias estrangeiras, notadamente as universidades americanas e canadenses, suprimindo lacuna sobre o tema na literatura nacional; (iii) apresentar um quadro crítico-analítico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que tenha, na fundamentação dos votos de seus Ministros, referências a precedentes estrangeiros e/ou internacionais.

¹ Sobre a contribuição de Peter Häberle para a presente pesquisa vide as explicações sobre o referencial teórico. A principal obra que fundamenta o parâmetro teórico escolhido: HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*, trad. Hector Fix-Fierro. México : Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

Com isso, o primeiro capítulo do presente trabalho vai cuidar das semelhanças e diferenças entre os modelos de Estado, quais sejam, o modelo de Estado de Direito; de Estado Constitucional; e de Estado Constitucional Cooperativo. Na verdade, trata-se de um mesmo fenômeno – o Estado contemporâneo – analisado sob diferentes visões, as quais embora tenham semelhanças estruturais, que remontam aos pilares do próprio constitucionalismo contemporâneo (supremacia normativa; reconhecimento e proteção de direitos fundamentais; e separação de funções do poder), também guardam diferenças significativas, principalmente no que diz respeito à proteção dos direitos fundamentais e sua função no ordenamento jurídico-constitucional.

O segundo capítulo é dedicado à sistematização crítica da doutrina norte-americana e europeia (com maior ênfase para as acadêmicas norte-americanas e canadenses) acerca do fenômeno conhecido como "diálogos judiciais transnacionais", que ainda tem tratamento difuso entre os autores, sendo também conhecido como “migração das idéias constitucionais”, principalmente a partir das reflexões sobre a teoria das “aproximações dialógicas” e da “interpretação dialógica/dialogal”, desenvolvidas em pelo menos três Universidades da América do Norte: Universidade de Toronto; Universidade de Nova York (IJCL) e Universidade do Texas.

Por fim, em seu último capítulo, a pesquisa tem a pretensão de entregar resultados, sob a forma de um quadro crítico-analítico acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao longo dos últimos cinquenta anos, no que diz respeito à concretização de direitos fundamentais, em face do paradigma da transjusfundamentalidade, traduzido como diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais.

A pesquisa justifica-se por pelo menos três razões. A primeira é a constatação acadêmica de que premissas do Estado de Direito Legislativo e do Estado de Direito Democrático, fundado primordialmente na democracia representativa, não mais sustentam legitimamente o espaço institucional de exercício de poder das democracias contemporâneas, uma vez que tal modelo não consegue enfrentar problemas da complexa, multicultural e tecno-dinâmica sociedade do século XXI. A hipótese inicial, no particular, é de que somente a concretização cooperativa dos direitos fundamentais, tanto no plano interno quanto no plano internacional e transnacional, é que possibilitará uma dinâmica constitucional adequada às exigências da atualidade.

A segunda é suposição de que os diálogos transnacionais, em múltiplas áreas, estão ocupando um lugar de preeminência nas relações sociais, políticas e econômicas contemporâneas, de modo que também o debate jurídico está exposto a este fenômeno, sendo necessário saber se isso realmente está ocorrendo, como tem ocorrido e quais as melhores condições para conviver com tal fenômeno.

Por fim, uma terceira razão, esta de ordem mais pragmática, é a ausência de dados empíricos sobre a prática, ou não-prática, da transjusfundamentalidade na jurisprudência das Supremas Cortes latino americanas², em que se destaca o Supremo Tribunal Federal.

A opção pela análise quantitativa e qualitativa do universo total de decisões do Supremo Tribunal Federal que continham registro de referências a decisões estrangeiras nos votos dos Ministros da Corte excluiu, por limites de execução da presente pesquisa, a comparação entre tais decisões e as de outras Cortes de mesmo gênero institucional.

Não se pode deixar de registrar que a via do Estado Constitucional cooperativo é apenas uma das alternativas para acolher as necessidades do cidadão do século XXI, no contexto de um modelo aberto (portanto em contínua mudança) e pluralista (que necessariamente conviverá com a complexidade como pressuposto sócio-existencial) de sociedade e de Estado.

As expectativas mundializadas e experiências forjadas em intensas relações entre o local e o global passam a ser o lugar da fala onde estão apresentadas as decisões de poder tomadas no contexto dos Estados Constitucionais contemporâneos. Nesse contexto, exsurge a dúvida que motiva a presente pesquisa: há condições reais da possibilidade de as Cortes Supremas e/ou Constitucionais se apresentarem como instituições parceiras na construção de comunidades constitucionais interdependentes, ou seja, no contexto do modelo que se convencionou chamar de Estado Constitucional cooperativo?

Qualquer tentativa de averiguar as condições reais de possibilidade de um fenômeno exige pesquisa empírica, pois somente com um retrato da realidade subjacente é que será possível concluir pela prática ou não desse fenômeno. No entanto, não é demais lembrar que o

² Aqui é preciso anotar e registrar uma exceção: a Argentina já apresenta alguns dados sobre o assunto pela pesquisa do Professor Walter Carnota. Vide: CARNOTA, Walter F. Use of foreign Law materials by the Argentine Supreme Court since 2004. Disponível em www.juridicas.unam.mx/wccl/en/g12.htm?o=p Acessado em novembro de 2012.

olhar para este retrato deve estar confiado a um padrão referencial seguro do que se procura enxergar.

Assim, também com o objetivo de averiguar se há parcerias, quais são elas e como elas ocorrem é preciso ter bem claros os pressupostos analíticos dos conceitos operacionais da pesquisa: Estado Constitucional cooperativo e transjusfundamentalidade.

Para tanto, a presente pesquisa vai utilizar a metodologia dogmática, tal como proposta por Tércio Ferraz Júnior em “A ciência do Direito”³, combinada com a metódica tridimensional proposta por J.J. Gomes Canotilho, em seu “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”⁴ e, para a investigação empírica, a proposta de modelo de comparação paralela apresentada por Sérgio Schneider e Cláudia Job Schmitt, em trabalho sobre “O uso do método comparativo nas ciências sociais”⁵.

Partindo da premissa de que a Ciência do Direito está necessariamente envolvida com uma questão de decidibilidade, a presente pesquisa não tem a pretensão de marcar um encontro com “as verdades”, mas com “os problemas e suas possíveis soluções”. Ademais, o problema jurídico enfrentado terá nos aportes epistemológicos de Karl Popper⁶ a presença evidente do racionalismo crítico (com suas conjecturas e refutações) e, por derivação, da teoria possibilista, tal como proposta por Peter Haberle⁷.

A dogmática, no contexto do presente trabalho, está fundada na premissa de que o eixo central do problema de pesquisa proposto é o ser humano⁸, que está institucionalmente

³ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **A ciência do Direito**, 2ª edição. São Paulo : Atlas, 1980.

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 1999.

⁵ Vide: SCHNEIDER, Sergio; SCHIMMITT, Claudia Job. O uso do método comparativo nas ciências sociais, in **Cadernos de Sociologia**, Porto Alegre, v. 09, p. 49-87, 1998, p. 33-36.

⁶ Para aprofundar o pensamento desse autor: POPPER, Karl. **Falsificacionismo x Convencionalismo** (1934), in MILLER, David (org). **Textos escolhidos**, trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto – Editora PUC-Rio, 2010, p. 141-148.

⁷ Esclarecedora a lição de Haberle nesse particular: “*O ideário de pessoas e grupos concretos, a doutrina constitucional de certos textos sociais, assim como suas funções e procedimentos – tanto cogitáveis como praticáveis -, se orientam em forma de possibilidades, necessidades e realidades, se bem fazem não só de forma muito distinta, como também com resultados porventura divergentes. Não se trata de considerar qualquer tipo de possibilidade, de necessidade ou de realidade, mas também de fazê-lo com algumas especificidades que se encontram no seio ou campo gravitacional do Estado Constitucional, âmbito onde todas elas se ponderam (efeito denominado de “input constitucional”)*” Cf. HÁBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta**. Tecnos, Madrid, 2002, p. 60 (tradução livre para o português por Tahinah Albuquerque e Christine Peter).

⁸ Nesse contexto não posso deixar de registrar a influência transversal e indireta da Teoria Humanista da Constituição de Carlos Ayres Britto, principalmente aquela parte exposta em seu livro, curto, mas monumental,

legitimado para propor e rejeitar suas próprias decisões jusfundamentais. Assim, reconhece-se na ciência do Direito “(...)um problema de decidibilidade de conflitos sociais, (...) <a qual> tem por objeto central o próprio ser humano que, pelo seu comportamento, entra em conflito, cria normas para solucioná-lo, decide-o, renega suas decisões, etc...”⁹.

A metódica tridimensional proposta por J.J.Gomes Canotilho apresenta três perspectivas:

“A perspectiva analítico-dogmática, preocupada com a construção sistemático-conceitual do direito positivo, é indispensável ao aprofundamento e análise de conceitos fundamentais e à investigação da estrutura do sistema jurídico e das suas relações com os direitos fundamentais, passando pela própria ponderação e bens jurídicos, sob a perspectiva dos direitos fundamentais. A perspectiva empírico-dogmática interessar-nos-á porque os direitos fundamentais, para terem verdadeira força normativa, obrigam a tomar em conta as suas condições de eficácia e o modo como o legislador juízes e administração os observam e aplicam nos vários contextos práticos. A perspectiva normativo-dogmática é importante sobretudo em sede de aplicação dos direitos fundamentais, dado que esta pressupõe, sempre, a fundamentação racional e jurídico-normativa dos juízos de valor (interpretação e concretização)”¹⁰

Por fim, o modelo de comparação paralela que permitirá apresentar resultados a partir de dados empíricos seguirá o plano de três passos: o primeiro passo diz respeito à seleção das séries de fenômenos efetivamente comparáveis, o que implica não apenas a definição de recortes claramente delineados no tempo e no espaço, mas também recortes que propiciem a reprodução de aspectos essenciais do fenômeno pesquisado. O segundo passo sugerido relaciona-se com a definição dos elementos a serem comparados. Por fim, o terceiro passo é aquele imprescindível para diferenciar a metódica comparativa de uma coleção de casos interessantes, ou seja, a generalização dos resultados. Esse esforço implica descobrir elementos comuns (presentes em todos eles) presentes nos diferentes casos, elementos típicos

"O humanismo como categoria constitucional". Cf. BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010.

⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **A ciência do Direito**, 2ª edição. São Paulo : Atlas, 1980, p. 47.

¹⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 3ª ed. Coimbra : Almedina,1999, p. 1175.

(identificados em diferentes grupos ou classes) e também elementos singulares (que não se repetem entre eles)¹¹.

O resultado a ser apresentado na presente pesquisa decorrerá de uma apresentação crítico-analítica de casos no universo da jurisprudência eletronicamente disponível no sítio do Supremo Tribunal Federal, com viês da comparação paralela entre elas. Para viabilizar a sistematização dos resultados que aqui serão apresentados, foram escolhidos os seguintes parâmetros: diante das decisões do Supremo Tribunal Federal (Suprema Corte brasileira) que estão marcadas pelo setor de documentação dessa Corte como aquelas que contêm referências a decisões de cortes estrangeiras e/ou internacionais como fundamentos dos votos dos Ministros, pretende-se apresentar relatório com informações quantitativas e qualitativas relacionadas à transjursfundamentalidade.

Ressalte-se que do grupo inicial de decisões analisadas, serão feitas as exclusões e inclusões necessárias para que o universo total de julgados corresponda ao que proposto, e, por fim, vai-se proceder a anotação dos dados mais relevantes para o objeto do presente estudo sob a forma de um relatório analítico.

O referencial teórico que informará toda a pesquisa é marcado pela influência tanto epistemológica, quanto teórico-filosófica, de Karl Popper e Peter Häberle. O racionalismo crítico de Popper estará evidenciado em todo o trabalho, pois sua proposta metodológica de conjecturas e refutações (*Trial-and-error*) constitui a base transversal de meu raciocínio jurídico. No que tange à doutrina de Peter Haberle, não tenho dúvidas de que ele será a referência teórica mais constante e mais evidente de minhas investigações.

Considero-me uma discípula de Peter Haberle, para quem ser discípulo não é imitar o referencial acadêmico, nem dar continuidade às suas mesmas idéias, mas seguir caminhos próprios “*como anões em ombros de gigantes*”. E aqui registro algo que aprendi com Peter Haberle: muito embora seja realmente uma anã intelectual perto desse gigante, por causa de sua generosidade de acolher-me em seus ombros, posso ver mais longe, ir além ... sem com

¹¹ Trata-se do que Sérgio Schneider e Claudia Schmitt chamam de nível estratégico da investigação comparativa, ou seja, “*a estruturação do objeto que permita agrupar exclusivamente fatos de parentesco suficientes para iluminarem-se reciprocamente, e, ao mesmo tempo, com diversidade bastante para dar origem a uma lei estrutural que passe da mera descrição ao fato individual.*” SCHNEIDER, Sergio; SCHIMITT, Claudia Job. O uso do método comparativo nas ciências sociais, in **Cadernos de Sociologia**, Porto Alegre, v. 09, p. 49-87, 1998, p. 36.

isso pretender ser melhor ou além. Assim, como escolha científica, Peter Häberle é o interlocutor teórico de uma proposta que talvez nem ele mesmo referende.

Conceitos como “possibilismo filosófico”¹²; “teoria científico-cultural de Estado e da Constituição”¹³; “constituição como processo público”¹⁴; “Estado constitucional cooperativo”¹⁵; “realização cooperativa dos direitos fundamentais”¹⁶ “duplo caráter dos direitos fundamentais”¹⁷; “interpretação constitucional pluralista e aberta”¹⁸, “liga de interpretação constitucional”¹⁹; “direito comparado como quinto método de interpretação”²⁰, dentre outros, constituirão os conceitos operacionais da presente pesquisa.

Entretanto, não seria justificável a ausência de menção às importantes obras dos norte-americanos Vicky Jackson²¹ (Estados Unidos) e Sujit Choudhry²² (Canadá), cujas pesquisas na área de direito constitucional comparado compõem o núcleo essencial da doutrina dos diálogos judiciais transnacionais, por meio da metáfora da “migração das idéias

¹² HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta**. Tecnos, Madrid, 2002, p. 60 (tradução livre para o português por Tahinah Albuquerque e Christine Peter).

¹³ Cf. VALADÉS, Diego (org.). **Conversas acadêmicas com Peter Haberle**, trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 24.

¹⁴ Cf. VALADÉS, Diego (org.). **Conversas acadêmicas com Peter Haberle**, trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 144.

¹⁵ HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Trata-se, na verdade, de um capítulo de sua obra: HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. 1. reimp. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008.

¹⁶ HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 65 e ss.

¹⁷ Cf. VALADÉS, Diego (org.). **Conversas acadêmicas com Peter Haberle**, trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 29-30. Nessa entrevista, Peter Haberle afirma que “(...) *desenvolvi essa tese do duplo caráter de todos os direitos fundamentais em minha tese de doutorado de 1962. A idéia diretriz era a seguinte: todos os direitos fundamentais têm uma dupla faceta, uma subjetivo-individual e uma objetivo-institucional.*”(p. 29)

¹⁸ Cf. VALADÉS, Diego (org.). **Conversas acadêmicas com Peter Haberle**, trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 46-47.

¹⁹ HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 55.

²⁰ Cf. VALADÉS, Diego (org.). **Conversas acadêmicas com Peter Haberle**, trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 40; Cfr. Também HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. 1. reimp. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008.

²¹ JACKSON, Vicki C. Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement. In: **Harvard Law Review**, v. 119, p. 109-128; _____. **Narratives of federalism: of continuities and comparative constitutional experience**. Disponível em < <http://www.law.duke.edu/journals/dlj/articles/dlj51p223.htm>> . Acesso em: 16 mar. 2006; _____. **Yes please, I'd Love to Talk With You: the court has learned from the rest from the world before. It should continue to do so**. Disponível em: <<http://www.legalaffairs.org/printerfriendly.msp?id=588>>. Acesso em: 11 out. 2005.

²² O professor canadense da Universidade de Toronto é o organizador de importante obra coletiva sobre a migração das idéias constitucionais. Cfr. CHOUDHRY, Sujit (org.). **The migration of constitutional ideas**. Cambridge : University Press, 2006.

constitucionais”²³, da teoria das “aproximações dialógicas”²⁴ e da “interpretação dialógica/dialogal”²⁵ entre Cortes Supremas e Constitucionais.

Por fim, não é possível deixar de registrar que a presente pesquisa dialogará intensamente com a doutrina de J.J. Gomes Canotilho, especialmente nas suas últimas reflexões sobre a interconstitucionalidade²⁶, bem como com o trabalho de Marcelo Neves²⁷, interlocutor imediato da pesquisa, que inspira, inclusive, o título da presente tese.

O presente trabalho inicia-se com uma reflexão analítica sobre Estado porque o Estado é o espaço institucional escolhido para a pesquisa que, ao longo dos últimos oito anos, viabilizou a comunicação com meus alunos de graduação e pós-graduação acerca dos contornos ontológicos do que se vai aqui apresentar como pano de fundo filosófico e dogmático²⁸ de fenômenos complexos que ocorrem no dia-a-dia da concretização de direitos fundamentais.

Importante lembrar que o Estado-Nação não mais constitui conceito revestido de sentido unívoco, herdado das revoluções do século XVIII. Já por isso, revela-se necessário investigar, num primeiro momento do trabalho, se há variações substanciais que podem matizar o conceito de Estado e, assim, tentar fazer uma crítica mais vertical à desnaturação do conceito²⁹, principalmente em confronto com o paradigma transnacional proposto para o estudo.

²³ CHOUDHRY, Sujit. Migration as a new metaphor in comparative constitutional Law, in CHOUDHRY, Sujit (org.). **The migration of constitutional ideas**. Cambridge : University Press, 2006.

²⁴ Para uma idéia do que esse conceito significa vide: JACKSON, Vicki C. **Yes please, I'd Love to Talk With You: the court has learned from the rest from the world before. It should continue to do so**. Disponível em: <<http://www.legalaffairs.org/printerfriendly.msp?id=588>>. Acesso em: 11 out. 2005.

²⁵ CHOUDHRY, Sujit. Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitutional interpretation, in **Indiana Law Journal**, vol. 74, 1999, p. 819-892.

²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008.

²⁷ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009.

²⁸ Não seria necessário advertir que a escolha dos autores referenciados nesse primeiro capítulo é a um só tempo empreendimento natural – , pois a condução histórica da presente pesquisa naturalmente me levou a eles, o que me dispensa da tarefa de explicitar, em trabalho dessa magnitude, os detalhes que me conduziram a estudar e tentar entender o que cada um deles pensava sobre o Estado –; mas também é fruto da consciência arbitrária da escolha desses e não de tantos outros que naturalmente também se aproximaram da presente investigação. Assim, venho com pretenciosa honestidade acadêmica afirmar que a escolha dos autores revelou-se um empreendimento marcado pelo consciente e inafastável subjetivismo que habita as escolhas, por certo que meu orientador, muito embora sem nenhuma responsabilidade pelos critérios do empreendimento, foi indubitavelmente parâmetro decisivo para minhas opções: caprichos da história!

²⁹ Tal desnaturação já vem sendo objeto de minhas considerações em textos anteriormente publicados. Vide meu: Estado constitucional cooperativo: o futuro do Estado e da interpretação constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle, in **Revista Jurídica/Presidência da República**, vol. 7, n. 72, maio 2005 [internet]

Não é objetivo do presente estudo propor uma nova teoria do Estado. Entretanto, é preciso apresentar e dimensionar o Estado Constitucional, sob a ótica do transnacionalismo, como passo necessário de investigação da hipótese principal da tese, qual seja, a de que a construção dos direitos fundamentais pode ocorrer de forma mais adequada por meio de um fenômeno aqui chamado com o nome de transjusfundamentalidade.

Já por essa intenção, é possível afirmar que a escolha dos autores que estarão presentes no texto foi feita pela própria trajetória que a pesquisa teve até o presente momento. Sob a orientação de um professor cuja formação juspublicística tem como berço a Escola Alemã, e também pelas trilhas do que a doutrina constitucionalista brasileira assimilou dessa escola, nas duas últimas décadas, não há como fugir da influência germânica.

Assim, sob os influxos diretos e indiretos da doutrina de Paulo Bonavides³⁰, Gilmar Ferreira Mendes³¹ e Ingo Wolfgang Sarlet³², bem como de Rudolf Smend³³, Hermann Heller³⁴, Konrad Hesse³⁵, Peter Haberle³⁶, J. J. Gomes Canotilho³⁷ e Antonio Enrique Perez Luño³⁸, serão evidenciadas as premissas juspublicísticas da pesquisa proposta, na tentativa de oferecer aos interlocutores a possibilidade de rastreamento dos pontos dogmáticos centrais que serão utilizados na construção do seu objeto, debatidos no desenvolvimento de seus argumentos e falseados nas conclusões a serem apresentadas ao final.

disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica.htm Acessado em 30/10/11; e também o meu: Tensões entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional: uma necessária revisitação do conceito de Soberania, in MENEZES, Wagner (coord). **Estudos de direito internacional**, vol XXI, Anais do 9º Congresso Brasileiro de Direito Internacional/2011. Curitiba : Juruá, 2011, p. 450 e ss..

³⁰ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**, 3ª ed. São Paulo : Malheiros, 1999.

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira . **Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990. Aqui é inevitável a observação de que toda a obra do Professor Gilmar Mendes foi fundamental para a minha formação acadêmica. A referência a esta, em específico, ocorre porque foi a primeira - de mais de uma centena de outras-, que me apresentou o pensamento desse dileto jurista, meu orientador de ontem, hoje e sempre.

³² SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre : Editora Livraria do Advogado, 1998.

³³ SMEND, Rudolf. **Constitution y derecho constitucional**, trad. José Maria Beneyto Pérez. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

³⁴ HELLER, Hermann. **Teoria del Estado**, trad. Luis Tobio. México : Fondo de Cultura Economica, 2002.

³⁵ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional: Conceito e peculiaridade da Constituição**, Trad. Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: IDP/Saraiva : 2009. Cfr também do mesmo autor: **Força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sérgio Fabris Editor, 1998.

³⁶ HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**, trad. HectorFix-Fierro. México : Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

³⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 3ª ed. Coimbra : Almedina, 1999; dele também: Estado de Direito, in **Cadernos Democráticos**, vol. 7. Lisboa : Gradiva Publicações Ltda, 1999.

³⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional**. Série de Teoria Jurídica y Filosofia del derecho, n. 23, Bogotá/ Colombia, 2002.

As reduções fenomenológicas³⁹, aqui e ali, serão necessárias, em face dos limites institucionais impostos ao presente estudo, que se revela – em (cada) tempo⁴⁰ – como a obra de uma vida (por óbvio, da minha vida⁴¹), que vou entregando, em cada uma das suas etapas, como parte incompleta de uma impossibilidade: a de uma obra completa sobre hermenêutica dos direitos fundamentais⁴².

Pelas premissas centrais de cada um dos autores que se debruçaram sobre a teoria do Estado, o estudo estabelece vínculo inegável com a dogmática⁴³ jurídico-constitucional, em um dos seus sentidos propostos pela metódica tridimensional⁴⁴ de Gomes Canotilho, qual seja, o de uma teoria analítica⁴⁵ sobre os tipos de Estado.

Entretanto, como não acredito na utilidade de uma dogmática puramente analítica, a pesquisa, nos capítulos segundo e terceiro, seguirá para uma teoria da compreensão

³⁹ O sentido aqui é o da própria e polêmica obra de Edmund Husserl: *Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica*. No capítulo específico sobre as reduções fenomenológicas está o conceito de fenomenologia: “*A fenomenologia é então, com efeito, uma disciplina puramente descritiva, que investiga todo o campo da consciência transcendental pura na intuição pura.*” Cfr. HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**, trad. Marcio Suzuki. Aparecida/SP : Ideias & Letras, 2006, p. 131 e ss.

⁴⁰ Também gostaria de fazer uma referência, ainda que puramente diletante para efeitos do presente estudo, da obra de Martin Heidegger: **Ser e Tempo** (1927), Trad. Marcia Sá Cavalcanti. São Paulo : Vozes, 2006.

⁴¹ Refiro-me aqui ao fato de que desde o meu 2º semestre de graduação tenho estado movida pela curiosidade de pesquisa que me constitui academicamente e fundamenta todos os projetos que desenvolvi nesse âmbito de minha existência: a ontologia dos direitos fundamentais. Desde o meu primeiro projeto de iniciação científica, já sob a orientação do Professor Gilmar Ferreira Mendes, até hoje, nessa tese de doutorado, valho-me da mesma inquietação: pois, afinal, qual o *locus* dos direitos fundamentais? O problema de pesquisa que, há mais de quinze anos, no primeiro projeto de iniciação científica, era “*O que são e quem protege os direitos fundamentais?*” teve continuidade, como trabalho de conclusão de graduação, em 1996, embalado pela mesma pergunta, só que institucionalmente direcionada para o Supremo Tribunal Federal: “*O que o STF diz que são e como por ele são protegidos os direitos fundamentais, notadamente os individuais?*”. No mestrado em Direito e Estado, a pergunta ganhou viés filosófico: “*Há uma hermenêutica especificamente jusfundamental?*” E, por fim, no doutorado, agora a pergunta reveste-se de caráter transcendente ao próprio conceito de Estado-nação e, consequentemente, de Constituição nacional: “*Quais os limites e possibilidades da transjusfundamentalidade?*”

⁴² Não posso aqui deixar de anotar, para o leitor de menor intimidade, que esse foi o título de minha dissertação de mestrado, publicada como livro: Cfr. SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de direitos fundamentais**. Brasília : Brasília Jurídica, 2005.

⁴³ O sentido de dogmática aqui é o de J. J. Gomes Canotilho em: **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 3ª ed. Coimbra : Almedina, 1999, p. 1175.

⁴⁴ Sobre a metódica tridimensional a que me refiro aqui vide meu: *Dogmática Constitucional: perspectivas da técnica jurídica para estudo e pesquisa do Direito Constitucional no século XXI*, in **Direito Público**, ano V, nº 17, jul/set 2007, p. 85-112.

⁴⁵ Conforme já registrei em outro trabalho: “Pela perspectiva analítica, a ciência do Direito objetiva aprofundar e analisar conceitos fundamentais (como, por exemplo, de norma, de direito subjetivo, de dever jurídico, etc.), esclarecer o sentido das construções jurídico-constitucionais (ex.: âmbito normativo e programa normativo, limites das normas constitucionais), bem como investigar a estrutura do sistema jurídico e das suas relações (ex.: eficácia objetiva das normas constitucionais).” Cfr. meu: *Dogmática Constitucional: perspectivas da técnica jurídica para estudo e pesquisa do Direito Constitucional no século XXI*, in **Direito Público**, ano V, n. 17, jul/set 2007, p. 97.

(hermenêutica, na expressão de Tércio Ferraz Júnior⁴⁶) – a partir da metodologia de migração de idéias jusfundamentais e diálogos judiciais transnacionais – e para uma teoria da decisão – que será apresentada por meio da análise, tanto quantitativa quanto qualitativa, das opções decisórias do Supremo Tribunal Federal em que tenham sido feitas referências a precedentes estrangeiros e/ou internacionais.

Pode-se inclusive afirmar, nesse contexto, que o objetivo central da tese será o estudo de precedentes jusfundamentais do Supremo Tribunal Federal, sob o olhar atento da metodologia de “migração de idéias constitucionais”, da Escola Internacional de Direito Constitucional⁴⁷, que aqui ganhará a conformação de diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais, começando pelo necessário afinamento semântico dentro da teoria do Estado, para assegurar, é o que se presume, maior densidade à proposta de construção crítica dos aportes de uma teoria da transjusfundamentalidade.

Não se pode deixar de registrar que a participação – ou a ausência de participação –, do Supremo Tribunal Federal, nos debates jurídico-políticos relevantes do Estado Constitucional, sempre esteve pautada, de uma forma ou de outra, na própria missão constitucional a ele destinada. A premissa visível, inclusive do senso comum, de que o Supremo Tribunal Federal está intimamente envolvido no diálogo político, não pode perder de vista que a Corte suprema brasileira tem por balizas intransigentes os direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, sendo, por isso, um Tribunal “escravo”⁴⁸ das premissas jusfundamentadoras⁴⁹.

⁴⁶ Mais uma vez cfr. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **A ciência do Direito**, 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1980.

⁴⁷ A representação mais importante dessa Escola está em Nova York, onde a Cardoso Law School e a New York University acolhem grupo de professores e suas publicações no *International Journal of Constitutional Law-IJCL*, atuantes da esfera do Direito Constitucional Comparado há mais de uma década.

⁴⁸ Sobre a idéia de que o STF é escravo dos direitos fundamentais já afirmei: “(...) O Supremo Tribunal Federal está legitimamente envolvido no diálogo político que se estabelece no âmbito dos demais poderes, mas não pode perder de vista que ele tem por balizas intransigentes os direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, sendo, por isso, um Tribunal institucionalmente a serviço dos direitos fundamentais”. É preciso também anotar, como observei na banca de defesa da tese, que ser escravo aqui pressupõe a compreensão intersubjetiva de qualquer relação: de sujeito que se submete mas que também dialoga e, no seu diálogo, também se impõe ao outro. SILVA, Christine O. P. O Supremo Tribunal Federal e a concretização dos direitos fundamentais, in SILVA, Christine; CARNEIRO, Gustavo (coord). **Controle de constitucionalidade & direitos fundamentais**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010, p. 71.

⁴⁹ A expressão, como um neologismo técnico, vem da idéia de jusfundamentalidade, já consagrada em estudos de juristas que se dedicam ao estudo do Direito Constitucional pelo viés dos direitos fundamentais. Por todos vide: SARLET, Ingo W. **Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria dos Advogados, 1998.

Não obstante, não se pode desconhecer que as premissas do Estado Constitucional estão atualmente sendo submetidas a críticas consistentes e razoáveis por parte da comunidade acadêmica jurídica e filosófica⁵⁰. E aqui as opções passam a ser condição de possibilidade das idéias a serem desenvolvidas.

A proposta, com apoio na doutrina de Peter Häberle⁵¹, referendada por Canotilho⁵² e na esteira do que propõe Marcelo Neves⁵³, é de uma teoria da Constituição que se apresente aberta culturalmente, de modo a albergar, ao mesmo tempo, as tradições, as inovações e as pluralidades⁵⁴. Mas não se deve ter a ilusão de que a compreensão da Constituição pela via da cultura irá eliminar a tensão, necessariamente presente, entre saber e poder, entre cultura e política.⁵⁵

Na realidade, a via do Estado Constitucional cooperativo é apenas uma das alternativas⁵⁶ institucionais para acolher as necessidades do cidadão do século XXI, no contexto de um modelo aberto (portanto em contínua mudança) e pluralista (que necessariamente conviverá com a complexidade como pressuposto sócio-existencial) de sociedade e de Estado, que vivenciam as expectativas e experiências das intensas relações entre o local e o global, no seio das culturas.

⁵⁰ Por todos vide: RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial - parâmetros dogmáticos**. São Paulo : Saraiva, 2010. Muitos associam a assunção do Estado constitucional ao Estado judiciário, em que o juiz passa a ser a principal fonte de direito. É uma reflexão que fará parte da presente tese de forma transversal.

⁵¹ A influência principal centra-se nos seus estudos sobre o Estado Constitucional Cooperativo, Teoria da Constituição como cultura e o método comparado como quinto elemento de interpretação constitucional.

⁵² São palavras do próprio Canotilho nesse sentido: “Gostaríamos de participar no programa de uma Teoria da Constituição como Ciência da Cultura arrancando da proposta básica de abertura cultural que alberga no seu seio sedimentação (tradição), transformações (inovações) e pluralidades (pluralismos).” CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brancos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 264.

⁵³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009. Especialmente a parte em que trata do transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais (p. 166 e ss)

⁵⁴ Esta proposta pode se aprofundada em HÄBERLE, Peter. *La Constitución como cultura*, in **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, v. 6, ano 2002, Madrid : Centro de Estudios Políticos y constitucionales, p. 177-198.

⁵⁵ Não posso deixar de registrar, nesse contexto, a conclusão de Häberle, quando afirma a impossibilidade de eliminar a referida tensão: “Graças à sociedade aberta de nossos dias, muitas coisas mudaram para melhor; como lembrava Popper: podemos nos desvencilhar de ditadores perversos sem derramamento de sangue (democracia como poder a prazo), os defensores de novas idéias são também menos perseguidos (Aristóteles, Maquiavel e Rousseau), não são vendidos como escravos (Platão); e os grandes juristas já não são assassinados (como Cícero ou Muzio Scevola e Papiano).” HABERLE, Peter. *La constitución como cultura*, in **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, v. 6, ano 2002, Madrid : Centro de Estudios Políticos y constitucionales, p. 198.

⁵⁶ E aqui me refiro a outras opções teórico-dogmáticas representadas pelas expressões: Estado Democrático de Direito; Estado Constitucional e Democrático de Direito; Estado Constitucional Contemporâneo, dentre outras, as quais podem ser fartamente encontradas em pesquisa nas obras especializadas em Direito Constitucional.

Talvez aqui repouse uma das hipóteses mais importantes dessa pesquisa: a de que o Estado Constitucional cooperativo é o ambiente institucional propício para se construir a idéia de transjusfundamentalidade, que acontece de maneira formal e também informal, que se estabelece por meio de caminhos conhecidos, conhecíveis e incognoscíveis e, por fim, que observa a experiência, com suas circunstâncias e contingências, como algo que se acopla necessariamente a qualquer conceito ou ideia⁵⁷.

As experiências de decisões de poder tomadas no contexto dos Estados constitucionais contemporâneos devem servir de pontos de diálogos interpretativos entre os países que se reconhecem como parceiros na construção de comunidades constitucionais interdependentes, ou seja, no contexto do modelo que se convencionou chamar de Estado Constitucional cooperativo. Esta é a pesquisa proposta no presente estudo, esta é a premissa central de nossa abordagem metodológica.

No entanto, é preciso anotar, desde já, que esta parceria entre Estados não se constitui uma parceria distante e platônica entre decisões oficiais que se comunicam, mas de uma relação que, mesmo diante de divergência e de conflitos, impõe-se como objeto de estudo e de reflexão para uma reconstrução pragmática. Refuta-se, com toda veemência, a ideia de que os Estados, ou as ilhas de poder mundiais, estejam acometidas de um espírito comunitário e pacífico, que o mundo irá ser totalmente harmonizado de uma hora para outra.

As interações, as parcerias, a formação de blocos revelam-se como o inevitável caminho que ruma as gerações do presente para o futuro, em relações que serão, ao menos potencialmente, sempre conflituosas. Porém, com Canotilho, vale a ponderação: “Qualquer juízo peremptório sobre o futuro corre o risco de profecia sobre a incerteza”⁵⁸

Assim, aqui serão exploradas as importantes pistas que já estão oferecidas para essa transição: a racionalidade transversal, indicada por Marcelo Neves, como uma possibilidade

⁵⁷ O registro à influência de Carlos Ayres Britto também é um dever de honestidade acadêmica, especialmente numa passagem em que ele alude à fenomenologia do imponderável. Vide: BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010, p. 77-85.

⁵⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 262.

de lidar com as complexas questões colocadas na rede mundial de ordens⁵⁹; e a teoria da interconstitucionalidade proposta por Canotilho, com apoio em Francisco Lucas Pires⁶⁰.

Para Marcelo Neves, o transconstitucionalismo é “o entrelaçamento de ordens jurídicas diversas, tanto estatais como transnacionais, internacionais e supranacionais, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional.”⁶¹ O fato de a mesma questão de natureza constitucional ser enfrentada concomitantemente por diversas ordens leva ao transconstitucionalismo.⁶² Neste particular, vale lembrar a provocação feita por Marcelo Neves, em sua obra, que, por si só, já justificaria sua presença neste trabalho: "Antes do que de autoridade, o transconstitucionalismo precisa de método"⁶³

Dessa forma, é possível afirmar que a transjusfundamentalidade que pretendo enfrentar na presente tese aproxima-se do transconstitucionalismo proposto por Marcelo Neves, sob a perspectiva metodológica, pois se aqui proponho uma análise transnacional do fenômeno da concretização dos direitos fundamentais, pelo prisma das interações reais e visíveis entre Cortes Supremas e Constitucionais, no processo de concretização desses direitos, não há como deixar de reconhecer a necessidade de uma visão dialógica entre as diversas ordens constitucionais, que é, ao meu entender, a grande contribuição da tese de Marcelo Neves⁶⁴.

⁵⁹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009.

⁶⁰ Sobre a ideia de interconstitucionalidade o próprio professor Canotilho remete a Francisco Lucas Pires, em seu ‘Introdução ao Direito Constitucional Europeu’. Coimbra, 1998; e a Paulo Rangel: ‘Uma teoria da interconstitucionalidade – Pluralismo e Constituição no pensamento de Francisco Lucas Pires’, in Themis ½ (2000), p. 127 e ss. Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brancos e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 265-279, sobre as referências vide notas 5 e 6 à p. 266.

⁶¹ HAIDAR, Rodrigo. Acesso à Justiça não é só o direito de ajuizar ações. Entrevista com Marcelo Neves, in **Revista Eletrônica Conjur**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jul-12/fimde-entrevista-marcelo-neves-professor-conselheiro-cnj> Acessado em 25/09/2011. Registro aqui a crítica feita pelo Professor Marcelo Neves, em minha banca de qualificação da tese de doutoramento, sobre a utilização da entrevista, e não de seu livro sobre o tema, como fonte doutrinária para o conceito de transconstitucionalismo. Trata-se de uma opção acadêmica pelas entrevistas, e uma preferência por um lugar da fala em que os autores acadêmicos tenham que enfrentar as complexidades impostas pelos contextos e pelas contingências. De qualquer sorte, pelo enorme respeito e consideração que tenho pelo Professor Marcelo Neves, e para aqueles que como ele preferem os livros às entrevistas, anoto que, no livro, o referido conceito pode ser encontrado em seu capítulo III : ...Ao transconstitucionalismo entre ordens jurídicas. Cfr. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 115 e seguintes.

⁶² HAIDAR, Rodrigo. Acesso à Justiça não é só o direito de ajuizar ações. Entrevista com Marcelo Neves, in **Revista Eletrônica Conjur**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jul-12/fimde-entrevista-marcelo-neves-professor-conselheiro-cnj> Acessado em 25/09/2011.

⁶³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 277.

⁶⁴ E aqui, obrigatoriamente, tenho que esclarecer que o objeto da presente tese é menor do que aquele que conduziu o Professor Marcelo Neves à sua obra sobre o transconstitucionalismo, pois, diferentemente dele, não pretendo abordar outras ordens além das nacionais. Isso, entretanto, não retira o caráter “trans” do trabalho de

No que diz respeito à interconstitucionalidade, a proposta de Canotilho é estudar as “relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político”⁶⁵. Necessários, portanto, os princípios da sobreposição de ordens jurídicas, da autonomia das unidades integrantes e da participação no poder central, para que se enfrente o “intrincado problema da articulação entre constituições e da afirmação de poderes constituintes com fontes e legitimidades diversas.”⁶⁶ A sua contribuição para o desiderato da presente pesquisa está no fato de que os princípios propostos por Canotilho fazem parte do imaginário dogmático do processo de concretização que é pressuposto para as considerações aqui engendradas.

Partindo da premissa de que o elemento comparativo, proposto como quinto elemento de interpretação na obra de Peter Haberle, seja o que há de mais essencial, em termos metodológicos, para a teoria da transjusfundamentalidade, é forçoso reconhecer que o posicionamento de comparação pluralista e aberta “naturalmente deve entender-se com uma comparação cultural (não como uma transposição esquemática).”

O que implica deixar assente que os contextos culturais devem ‘corresponder-se’⁶⁷, não sob o prisma de convergências em si mesmas consideradas, mas sob o aspecto de suas aberturas. Não é importante que os diálogos judiciais transnacionais ocorram de uma forma sistematizada a partir de determinadas métricas. O que se revela importante, pelo menos diante do recorte proposto para a presente pesquisa, é que exista a predisposição para o diálogo, que o outro (que aqui representa a opinião estrangeira constante em precedente de Corte suprema ou constitucional de um outro país, ou de um Tribunal internacional) não seja desconsiderado e ignorado no debate de concretização dos direitos fundamentais.

O desafio não é modesto, mas o trabalho revela-se animador. O caminho certamente já revela em si as recompensas do caminhar, pois a reflexão que conduz às alternativas de construção de um modelo teórico e metodológico para a concretização dos direitos

pesquisa, pois o tratamento metodológico será o mesmo, havendo apenas um recorte consciente e necessário para a consecução da pesquisa empírica que habitará a última parte do trabalho.

⁶⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 266.

⁶⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 267-268.

⁶⁷ VALADÉS, Diego (org.). **Conversas académicas com Peter Haberle**, trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 10.

fundamentais, se já valeu a pena no contexto do Estado-Nação, proposta entregue como resultado de meus estudos de mestrado, tanto mais valerá no contexto das inéditas e envolventes experiências transnacionais, aqui alcunhada de transjusfundamentalidade. Vamos a ele.

CAPÍTULO I - DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO CONSTITUCIONAL E COOPERATIVO

1.1. Prolegômenos epistemológicos

Parece inevitável iniciar as reflexões desse estudo com um capítulo sobre o Estado. Não porque é o Estado pressuposto existencial do próprio Direito, nem porque é o Estado que dá força normativa às normas jurídicas, nem muito mesmo porque é o Estado o ponto de partida para qualquer reflexão em Direito Público. Não!!!! Os motivos que levaram a construir este primeiro capítulo sobre o Estado são mais pragmáticos e menos ideológicos.

A escolha pelo paradigma dos modelos de Estado (e não pelo paradigma dos modelos de constituição⁶⁸, ou paradigma dos modelos de constitucionalismo⁶⁹, ou paradigma das escolas hermenêuticas⁷⁰) ocorreu como uma escolha aleatória, mas que acabou por tornar possível um compartilhar semântico de conceitos que, na atual fase de minha trajetória acadêmica, são basilares para a construção do que aqui será chamado de transjfundamentalidade.

Para começar, é importante lembrar que o Estado-Nação não mais constitui conceito revestido de sentido unívoco, herdado das revoluções do século XVIII. Já por isso, revela-se necessário investigar, num primeiro momento do trabalho, se há variações substanciais que podem matizar o conceito de Estado e, assim, tentar fazer uma crítica mais vertical à desnaturação do conceito⁷¹, principalmente em confronto com o paradigma transnacional proposto para o estudo.

⁶⁸ Sobre os modelos de Constituição vide: COELHO, Inocêncio Martires; et all. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília : Brasília Jurídica, 2000.

⁶⁹ Sobre dois destes modelos, que têm sido objeto de intensa controvérsia pela doutrina especializada vide: FERRAJOLI, Luigi; MANERO, Juan Ruiz. *Dos modelos de constitucionalismo*. Madrid : Editorial Trotta, 2012.

⁷⁰ Para um resumo sobre tais escolas vide: PALMER, Richard E. **Hermenêutica**, tradução Maria Luisa Ribeiro Ferreira. Lisboa : Edições 70, 2006. Também: COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica - fragmentos**. São Paulo : IDP/Saraiva, 2010.

⁷¹ Tal desnaturação já vem sendo objeto de minhas considerações em textos anteriormente publicados. Vide meu: Estado constitucional cooperativo: o futuro do Estado e da interpretação constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle, in **Revista Jurídica/Presidência da República**, vol. 7, n. 72, maio 2005 [internet] disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica.htm Acessado em 30/10/11; e também o meu: Tensões entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional: uma necessária revisitação do conceito de

A pretensão não é de radicalizar a discussão, porque o estudo não se destina a propor nenhuma nova teoria do Estado, nem muito menos fazer crítica aprofundada sobre as existentes. A intenção dessa primeira parte da pesquisa é localizar e dimensionar o Estado Constitucional, sob a ótica do transnacionalismo, e tentar encontrar as matizes desse Estado transnacionalizado que servirá de contexto institucional para a hipótese principal da tese, qual seja, a de que a construção dos direitos fundamentais realiza-se por meio de um fenômeno tridimensional que aqui ganha o nome de transjusfundamentalidade.

Nesse contexto, o principal objetivo dessa primeira parte do trabalho será a apresentação dos pressupostos dogmáticos da concepção de Estado de Direito Constitucional Cooperativo e suas conseqüências pragmáticas para a teoria da constituição, dos direitos fundamentais e, acima de tudo, para a teoria da transjusfundamentalidade.

1.2. Do Estado: mas que Estado?

As premissas do Estado, seja ele em sua concepção como Estado de Direito⁷², Estado Constitucional⁷³ ou Estado cooperativo⁷⁴, serão postas como pontos de partida para a reflexão crítica acerca da missão institucional das Cortes Supremas e Constitucionais na tarefa interdependente de concretizar direitos fundamentais.

A interdependência de que se trata aqui não constitui condição imprescindível sem a qual os direitos fundamentais não se concretizam, mas condições mediante as quais as

Soberania, in MENEZES, Wagner (coord). **Estudos de direito internacional**, vol XXI, Anais do 9º Congresso Brasileiro de Direito Internacional/2011. Curitiba : Juruá, 2011, p. 450 e ss..

⁷² E aqui, necessariamente, devem ser reveladas as preferências teóricas do presente estudo, pois dentre os muitos autores que poderiam ser escolhidos para nos apoiar no conceito de Estado de Direito, a preferência ficou com o Professor J. J. Gomes Canotilho, para quem: “*Direito, mas de que Estado? Porquê um Estado de direito? E que direito para que Estado? (...) O princípio básico do Estado de direito é o da eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos com a conseqüente garantia de direito dos indivíduos perante esses poderes.*” Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes. Estado de Direito, in **Cadernos Democráticos**, vol. 7. Lisboa :Gradiva Publicações Ltda, 1999, p. 9.

⁷³ A expressão Estado constitucional é conseqüência de uma decantação terminológica que já vem ocorrendo há quase trinta anos. Já na década de 80 autores como Peter Häberle, Martin Kriele, Klaus Stern utilizavam tal expressão inaugurando uma tendência que veio a consagrar-se nas décadas seguintes. Para aprofundar-se sobre o tema cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional**. Série de Teoria Jurídica y Filosofía del derecho, n. 23, Bogotá/ Colombia, 2002, p. 60.

⁷⁴ Numa tentativa sintetizadora de suas idéias acerca do modelo de Estado constitucional cooperativo, Häberle apresenta-o a partir da imagem do Estado constitucional contemporâneo, como aquele que representaria a comunidade universal dos Estados Constitucionais. Assim, o Estado constitucional contemporâneo, em um contexto em que os Estados Constitucionais não existem mais para si mesmos, mas, sim, como referências para os outros Estados Constitucionais, membros de uma determinada comunidade, revela-se como Estado constitucional Cooperativo. Cfr nesse sentido: HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**, trad. HectorFix-Fierro. México : Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 75-77.

possibilidades de concretização se intensificam nas práticas institucionais contemporâneas. Isso porque já não se sustenta, sem riscos de desabamento, as ruínas do modelo fechado de decisões político-estatais soberanas⁷⁵.

Não mais se sustenta a idéia de Estado de Direito, tal como concebida nos séculos XVIII e XIX, de forma que o modelo de Estado Constitucional⁷⁶, proposto ao longo do século XX, apresenta-se como uma imperiosa necessidade do século XXI, pois tem sido reconhecido como modelo de prática política aberta e pluralista, e deve estar apto a adequar-se às contingências das sociedades mundializadas⁷⁷.

Conforme ressalta Canotilho⁷⁸, estamos assistindo à construção de uma rede de constitucionalidade, a qual tem sido considerada por alguns autores como um “paradigma substitutivo do paradigma clássico do constitucionalismo ocidental.”⁷⁹ Não se pode ficar alheio ao fenômeno, o qual, por outro lado, não pode nos tirar do caminho que já estava sendo trilhado nos últimos três séculos.

É também de Canotilho a anotação de que, nos estudos de direito constitucional e da jurisprudência constitucional, é comum reprimir-se a filosofia do direito que lhe é subjacente.

⁷⁵ Não posso deixar de deixar aqui uma frase lapidar e ilustrativa de Canotilho sobre o fenômeno: “Estas constituições desceram do “castelo” para a “rede” (...). Vide: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brancosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 269.

⁷⁶ Vale aqui o registro de que a idéia de Estado constitucional não é nova, tendo Perez Luño esclarecido que, desde 1970, diversos países europeus vivenciam debates teóricos concernentes à passagem do “Estado de direito” para o “Estado constitucional”. Cfr. LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidade de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 58.

⁷⁷ Aqui, muito embora a afirmação seja de minha responsabilidade, a referência obrigatória é ao Professor Giacomo Marramao, pois suas lições no sentido de que não mais se sustentará o conceito clássico e a vivência tradicional do Estado-Nação ocidental, tal como compreendido historicamente pelas civilizações ditas mais desenvolvidas, apresentam-se o pano de fundo para a assertiva formulada. Não há mais espaço, na filosofia contemporânea, para sustentação da soberania dos Estados, evidenciando-se a passagem da modernidade-nação para a modernidade-mundo. Nesse sentido afirma o Professor Marramao: “(...) a globalização parece assinalar mais que o advento da “condição pós-moderna”(…), um problemático e acidentado trânsito da modernidade-nação para a modernidade-mundo”. MARRAMAIO, Giacomo. **O mundo e o ocidente hoje – O problema de uma esfera pública global**. Texto apresentado no Seminário “Direito, política e tempo na era global”, promovido pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas, nos dias 06 e 07 de junho de 2007. Traduzido pela Professora Flaviane de Magalhães Barros, p. 8.

⁷⁸ Aqui vale anotar que divergimos do professor Canotilho quando ele afirma que estamos diante de um novo espírito do constitucionalismo, que remonta à utopia de um “constitucionalismo global estruturado em constitucionalismos parciais civis (sem política)”, pois temos que concordar com o próprio professor de Coimbra que que “qualquer juízo peremptório sobre o futuro corre o risco de profecia sobre a incerteza.”(cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brancosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p.262). Ora, se não devemos profetizar o futuro, não há como induzir à conclusão de que essa nova forma de constitucionalismo, que nem se sabe muito bem o que pode vir a ser, constitui-se naquela utopia por ele “quase” profetizada.

⁷⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brancosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 261.

Assim, constata que o direito constitucional acabou por se tornar “vítima de vários positivismos”⁸⁰, e também que “a jurisprudência constitucional se tornou positivista”⁸¹.

Segundo Canotilho, a filosofia do constitucionalismo emigrou para outras áreas, como a filosofia política e a sociologia, de forma que ao invés de teorias da Constituição, investigam-se teorias da Justiça; ao invés de estudos sobre a teoria do Estado, são analisadas as teorias políticas; em vez de se pesquisar sobre as constituições materiais, os estudos se voltam para as teorias sociológicas de produção do Direito.⁸²

A proposta de Canotilho é, portanto, de um reencontro do direito constitucional com a filosofia. A indagação volta-se para: “Mas regressamos a quê e a quem?” Entre Kant e Hegel, Canotilho faz opção por este último.⁸³ A partir de referências a Ernst Forsthoff e a Josef Isensee⁸⁴, Canotilho propõe a idéia de Estado como pressuposto, ou seja, o estudo do direito constitucional como a dinâmica do Estado Constitucional:

“O Estado é, sem dúvida, hoje, um Estado constitucional. A Constituição não se compreende, porém, sem o Estado, pois este é o seu objeto e o seu pressuposto e só nele ela alcança vigência e realidade. Se a Constituição conforma o Estado, é também conformada por ele.”⁸⁵

⁸⁰ Nesse sentido explica: “Os juristas não sabem aplicar as normas constitucionais, preferindo remeter o direito constitucional para o âmbito do político, ou tentam invocar alguns artigos da Constituição utilizando a velha metodologia subsuntiva.” E, nesse contexto conclui: “O resultado é, ou o da marginalização da Constituição face aos “Códigos”, continuando a velha idéia do direito constitucional como direito programático ou como direito da organização do poder, ou a aplicação acrítica de cânones interpretativos pouco operativos em face de normas tendencialmente principiais.” CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 164.

⁸¹ São de Canotilho as explicações: “A judicialização do direito constitucional foi saudada como a etapa superior de um direito que agora também era aplicado pelos juízes e que dispunha de controlos e sanções semelhantes às das *leges perfectae* (“novo direito constitucional”). No entanto, os tribunais constitucionais enveredam subrepticamente por um positivismo de precedentes, rigidificando a prudência jurisprudencial.” CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p.164.

⁸² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 164-165.

⁸³ Essa opção, entretanto, não é feita sem a observação de que, muito embora ele acredite que o Estado como idéia ética e como padrão ordenador não está morto, ela é contestável “num mundo progressivamente descentrado em relação aos estados e manifestamente hostil a qualquer filosofia da história animada por espíritos absolutos”. Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 165-167.

⁸⁴ Em seu trabalho Canotilho está dialogando com Josef Isensee em “*Staat und Verfassung*”, in *Isensee/Kirchhof Staatsrechts*, vol. I, p. 592 e ss.

⁸⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 167-168.

Canotilho reforça que os conceitos de Estado e de Constituição são inseparáveis, mas reconhece que não é a Constituição que funda o Estado⁸⁶. O Estado, conformado por seus dados espaço-temporais, é que contém os pressupostos éticos, sociais e culturais, de modo que “a Constituição, mais do que uma ordem normativa do Estado, é uma decisão atualizadora desse mesmo Estado.”⁸⁷

Assim, lembra o professor de Coimbra que a Constituição, na visão de Josef Isensee⁸⁸, apresenta-se simultaneamente como um ‘código de regulação’ e um ‘código de articulação’, permitindo a superação das antigas dicotomias tão próprias da juspublicística alemã, e conduzindo à idéia de que “nem um normativismo cego ao Estado, nem um decisionismo alheio à Constituição poderão servir de premissas teóricas ao estado constitucional moderno.”⁸⁹

Para avançar no pressuposto hegeliano do conceito de Estado, Canotilho propõe, num primeiro momento, o estudo da teoria geral do Estado como uma teoria do Estado da democracia⁹⁰, e, num segundo momento, a ideia de democracia de antíteses: “o caminho estará em sustentar a construção do sistema da democracia nas antíteses, e não em procurar desesperadamente o repouso restaurativo da síntese.”⁹¹ Nesse contexto, propõe-se o

⁸⁶ Nesse particular anota, com base na doutrina de Josef Isensee: “O momento da estatalidade pré-existe à Constituição (...). Se a vida estatal incorpora o momento de estatalidade, anteposto e imposto ao plano da ordenação normativo-constitucional, o Estado não é fundado pela Constituição, (...). O Estado recortar-se-á sempre como matéria ou dado preexistente, reduzindo-se a Constituição à forma transitória do Estado perene.” ISENSEE, Josef. “*Staat und Verfassung*”, in *Isensee/Kirchhof Staatsrechts*, vol. I, p. 592 e ss. *Apud* CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brancos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 168-170.

⁸⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brancos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 171.

⁸⁸ ISENSEE, Josef. “*Staat und Verfassung*”, in *Isensee/Kirchhof Staatsrechts*, vol. I, p. 592 e ss. *Apud* CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brancos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 171-172.

⁸⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brancos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 172.

⁹⁰ Nesse sentido afirma: “(...) o sistema geral da democracia estruturar-se-ia com base no sistema constitucional, mas teria de ultrapassar o normativismo constitucional”. E ainda: “O universal democrático esconde-se nos princípios constitucionais politicamente conformadores, eles próprios raízes dos princípios básicos da democracia e, estes, raízes dos princípios fundamentais da forma de Estado.” Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brancos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 173.

⁹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brancos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p.174.

aprofundamento das premissas do que tenho chamado de "Estado de Direitos Fundamentais".⁹²

É preciso pensar em democracia a partir dos critérios da dinamicidade, provisoriedade, alternatividade, concorrência e diversidade, ou seja, é chegado o tempo de pensar em uma teoria geral do Estado democrático enredada em tensões dialéticas.⁹³ Desse modo, e tendo em consideração o último grande princípio da eticidade oriundo da cultura ocidental – o de que qualquer ser humano deve ser tratado com igual respeito e consideração –, deve-se ter em mente que a idéia básica legitimadora de um Estado Constitucional é a dignidade da pessoa humana.⁹⁴

Canotilho chega a propor, com apoio no trabalho de Miguel Batista Pereira⁹⁵, duas métricas civilizatórias para o século XX: a primeira é a da libertação e a segunda é a da dignidade humana. Nesse sentido afirma: “O que une, hoje, crentes e ateus, é o reconhecimento fundante da liberdade digna e a dignidade livre do homem contra orto-praxis históricas de unificação e de instrumentalização humanas”.⁹⁶

A dignidade humana, nesse contexto, apela a uma referência cultural e social múltipla e plural, recolhida pragmaticamente de sugestões filosóficas e doutrinárias de diferentes esferas, com diferentes causas e conseqüências.⁹⁷ Diante dessa lógica, o direito constitucional perde a centralidade normativa de outrora para transformar-se em um direito de restos: direito do resto do Estado; direito do resto do nacionalismo jurídico; direito dos restos da auto-regulação; direito dos restos das regionalizações.⁹⁸

⁹² Por Estado de Direitos Fundamentais entenda-se aquele vinculado objetivamente aos direitos fundamentais, ou seja, o Estado em que a supremacia da Constituição e a relações entre as funções de Poder ocorrem de forma estritamente vinculadas aos direitos fundamentais, os quais, por sua vez, se concretizam de forma irradiante (para todos os ramos da ciência jurídica), de forma dirigente (para todos os atos estatais) e de forma horizontal (para todos os atos da vida privada).

⁹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 175.

⁹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p.178-179.

⁹⁵ Cfr. Pereira, Miguel Batista. Sobre o discurso da fé em um mundo secularizado, in *Modernidade e Secularização*, p. 384 apud CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p.179, nota 17.

⁹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 180.

⁹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 180-181.

⁹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 185.

E mesmo aqueles que assumem a posição de reconhecer ao direito constitucional uma qualidade destacada de direito individualizador dos princípios estruturantes e conformadores da ordem jurídica, tem o ônus colocar-se em diálogo com as pressões da teoria crítica contra o normativismo constitucional fundamentador.⁹⁹

Talvez seja por estarem atentos, ainda que sob um outro viés, a esse contexto é que já se apresenta como lugar comum na Alemanha que autores como Peter Häberle¹⁰⁰ e Martin Kriele¹⁰¹ prefiram a expressão Estado Constitucional a Estado de Direito, assim como na Itália, Grã-Bretanha e Espanha, também se busque compreender o novo significado da expressão “Estado Constitucional” democrático.¹⁰²

E se as práticas sociais da última década forem realmente levadas a sério¹⁰³, nem mesmo o conceito clássico de Estado Constitucional soberano¹⁰⁴ vai-se sustentar, pois o reconhecimento das Cartas de Direitos Humanos das comunidades internacionais pelos ordenamentos internos já é sintoma indelével da integração entre o Estado Constitucional e a prática cooperativa dos direitos humanos, de modo que já é o tempo de se discutir as causas e consequências desse fenômeno¹⁰⁵.

⁹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 186.

¹⁰⁰ HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*, trad. Hector Fix-Fierro. México : Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

¹⁰¹ KRIELE, Martin. *Introducción a la teoría del Estado - fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional democrático*, trad. Eugenio Bulygin. Buenos Aires - Argentina: Ediciones Depalma, 1980.

¹⁰² Na oportunidade, Pérez Luño alude aos autores italianos Antonio Baldassare, Stéfano Rodotà e Gustavo Zagrebelsky, os espanhóis Aguiar de Luque, De Agapito, Nieto e Sánchez Ferriz e os colombianos García Pascual, Pena Freire, Rubio Llorente e Manuel García Pelayo, que se atêm ao debate do novo significado da expressão “Estado constitucional”. LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 58-59.

¹⁰³ Refiro-me aqui à já anunciada “radical mudança de paradigmas na compreensão do constitucionalismo”, assumida por Canotilho, lembrando lições do mestre de todos nós: Konrad Hesse que alertava: “Nós vivemos, porém, do patrimônio conceitual de um mundo que não é já o nosso e que, como se nos foi tornando sempre mais claro, encontrou o seu declínio nas profundas mudanças do volvido século XX. A história passou por cima dos fundamentos que, até ao momento, [se recortavam] como partes constitutivas da doutrina do Estado e da Constituição.” *apud* CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p.281-282.

¹⁰⁴ Sobre isso vide meu trabalho sobre as tensões entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional em que sustento a necessidade premente de revisão do conceito de Estado Soberano. Cfr. SILVA, Christine O. P. *in* MENEZES, Wagner (coord). **Estudos de direito internacional**, vol XXI, Anais do 9º Congresso Brasileiro de Direito Internacional/2011, Curitiba : Juruá, 2011, p. 450 e ss.

¹⁰⁵ A partir dessa constatação, Häberle afirma que o intérprete dos direitos fundamentais tem que tomar em consideração sempre os textos universais e regionais sobre os direitos humanos, sendo a própria abertura dos conteúdos e dimensões dos direitos fundamentais uma consequência da própria evolução do Estado constitucional cooperativo. Nesse sentido: HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*, trad. Hector Fix-Fierro. México : Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 163

1.3. Do Estado de Direito ao Estado Constitucional

O Estado Constitucional assume, hoje, o papel de paradigma viável para a atualização do ideário do Estado de direito, o que justifica a necessidade de se investigar a missão das Cortes Supremas e Constitucionais como garantes dos Direitos Fundamentais.

Para demonstrar a transição do “Estado de Direito” para o “Estado Constitucional”, Pérez Luño reporta-se à teoria da “aproximação por rotulação”. Nesse passo, explica que a juridicidade não é intrínseca a determinados fatos ou atos, mas, sim, apresenta-se como resultado de um processo de atribuição de qualidade a estes. Segundo a citada teoria, a juridicidade equipara-se a um rótulo instituído por aqueles que detêm o controle social ou poderes jurídicos.¹⁰⁶

A contribuição dessa teoria repousa no fato de afirmar que a mudança da linguagem e da aplicação do Direito não são oriundas de atos arbitrários dos juízes e governantes, mas, sim, reflexos da adequação de suas atividades às mudanças sociais, políticas e econômicas.¹⁰⁷

Haberle, por sua vez, afirma que o Estado Constitucional é um modelo, sempre aberto, que resulta do desenvolvimento dos séculos, no que diz respeito a tempo e espaço¹⁰⁸. Nessa esteira, é preciso ter presente que o modelo Estado Constitucional, em primeiro lugar, caracteriza-se pelo princípio da supremacia da Constituição. E nesse contexto, propõe-se a substituição do conceito de soberania popular e de soberania estatal pela idéia da soberania da Constituição¹⁰⁹.

A expressão “Estado Constitucional” indica uma linha teórica que, apesar de não ser nova, tem ganhado novo significado, sendo possível identificar as seguintes tarefas para ir ao encontro dessa realidade: a) investigar o contexto doutrinário em que se propõe a fórmula

¹⁰⁶ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 60.

¹⁰⁷ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 60.

¹⁰⁸ É obrigatório aqui deixar claro que, para esse autor, o Estado constitucional é “a comunidade política que encontra seu fundamento antropológico-cultural na dignidade do homem, como dizia E. Kant, e que encontra, na democracia pluralista, sua estrutura organizacional.” Cfr. HABERLE, Peter. *La Constitución como cultura*, in **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, v. 6, ano 2002, Madrid : Centro de Estudios Políticos y constitucionales, p. 178.

¹⁰⁹ Afirma Häberle: “Desde 1789 hasta hoy, se ha creado un circuito mundial de responsabilidad en las cuestiones del Estado constitucional. Textos, teorías, jurisprudencia y praxis se intercambian, sometidas a crítica, y son posteriormente desarrolladas: podríamos hablar de una comunidad de producción y recepción para los asuntos del Estado constitucional.” HABERLE, Peter. *La Constitución como cultura*, in **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, v. 6, ano 2002, Madrid : Centro de Estudios Políticos y constitucionales, p. 180-181.

“Estado Constitucional”; b) sistematizar as mudanças produzidas nos ordenamentos jurídicos dos sistemas democráticos que pretendem expressar-se através desse novo significado constitucional para o Estado; c) propor análise crítica da tese que concebe o Estado Constitucional como paradigma alternativo ao Estado de direito; d) assumir que a concepção de Estado Constitucional tem forte relação com a teoria geral dos direitos humanos.¹¹⁰

Em busca dos dois primeiros objetivos, quais sejam, a investigação sobre o contexto doutrinário, bem como a sistematização das mudanças visíveis provocadas por esse novo contexto, vai-se propor uma análise do Estado Constitucional a partir de três perspectivas: a) da supremacia da lei para a supremacia da Constituição; b) da separação de funções do poder para a interdependência entre essas funções de poder; c) da visão subjetiva dos direitos fundamentais para uma visão objetiva desses direitos.¹¹¹

1.3.1. Da supremacia da lei para a supremacia da Constituição

É indiscutível que o maior dogma do “Estado de Direito” repousa na idéia de supremacia da lei, que normalmente se apresenta sob o signo de princípio da legalidade, segundo o qual todas as demais fontes normativas têm como limite de validade a adequação àquela, visto que a lei é considerada a vontade máxima do Estado soberano, que deteria o monopólio do sistema de fontes jurídicas.¹¹²

Porém, nas últimas décadas, a supremacia do Estado e, conseqüentemente, da lei, estão comprometidas, por conta de fenômenos denominados “*supra e infra estatalidad normativa*”, ou seja, normas infra ou supra-estatais.¹¹³ No tocante às normas supra-estatais, Pérez Luño assevera que vivenciamos um contexto paradigmático em que se reconhece

¹¹⁰ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 57.

¹¹¹ Essa é a parte mais relevante de toda a construção teórica dessa primeira parte da tese. Sob esses três aspectos essenciais do Estado Constitucional, defendo que estão os pontos de partida para a constatação de que há uma transição de modelos. Sobre isso já comecei a refletir em: SILVA, Christine O. P. O Supremo Tribunal Federal e a concretização dos direitos fundamentais, in SILVA, Christine; CARNEIRO, Gustavo (coord). *Controle de constitucionalidade & direitos fundamentais*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010, p. 55-72.

¹¹² LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 62.

¹¹³ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 62.

normatividade às regras acordadas pelas pessoas de direito internacional público, tais como tratados e a atribuição de competências a organismos internacionais.¹¹⁴

Nessa perspectiva, constata-se que o monopólio da instituição das fontes jurídicas não pertence mais ao Estado, que divide o cenário da produção de regras com os demais atores tanto no plano nacional quanto no internacional. Não bastasse a inserção das normas supra-estatais como fonte de direito, o Estado contemporâneo se depara com o fenômeno da produção normativa infra-estatal. Esta, por sua vez, manifesta-se mediante a instituição de regras oriundas de entidades intermediárias entre o Estado e o cidadão.¹¹⁵

Isso se potencializa quando se reconhece o fenômeno das constituições transversais, as quais demandam discussões sobre os “limites e possibilidades de construção de uma racionalidade transversal mediante o aprendizado recíproco e intercâmbio criativo entre ordens constitucionais diversas.”¹¹⁶

Marcelo Neves contrapõe as idéias de Constituição transversal¹¹⁷ e Constituição simbólica¹¹⁸, com modelos do Estado e afirma que diante dos novos desafios da sociedade mundial, especialmente do fenômeno que chama de “periferização do centro”¹¹⁹, reafirma a cada vez mais evidente necessidade de se pensar em constituições transversais para além do conceito clássico de Estado¹²⁰.

¹¹⁴ “em las actuales sociedades interdependientes e interconectadas se ha llegado a abolir el protagonismo hegemónico y monopolístico de los Estados nacionales, en la creación del sistema de fuentes Del derecho”. LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidade de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 62-63.

¹¹⁵ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidade de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 63.

¹¹⁶ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 115.

¹¹⁷ Para Marcelo Neves, a Constituição transversal é aquela que nasceu para o Estado da atualidade, sendo nesse contexto, ainda hoje, um modelo típico e raro, pois não se desincumbiu da missão de constituir-se como promotora de relações equilibradas entre a racionalidade particular do direito (justiça constitucional interna ou consistência jurídica) e a racionalidade particular da política (justiça constitucional externa ou adequação social do Direito). Sobre essa idéia cfr. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 62-82.

¹¹⁸ Explica o próprio autor: “No caso da constitucionalização simbólica, ocorre igualmente uma expansão da esfera política em prejuízo do desenvolvimento autônomo da racionalidade jurídica.(...) Dessa maneira, a Constituição permanece um artefato de fachada simbólica da política referente ao direito, na medida em que são obstruídas as pontes de transição que podem servir à racionalidade constitucional transversal.” NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 82.

¹¹⁹ Aquele por meio do qual as Constituições transversais do Estado democrático de direito do ocidente desenvolvido transformem-se ou deformem-se em constituições simbólicas. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 82.

¹²⁰ O autor dedica todo um tópico da sua obra para essa hipótese. Cfr. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 83-113.

Para esse fim, Marcelo Neves apresenta três concepções de Constituição que se adéquam à proposta de constituições transversais para além do Estado: Constituição supranacional global¹²¹; Constituição supranacional regional¹²²; e as Constituições civis transnacionais¹²³.

Sobre uma constituição supranacional global, ou simplesmente constituição mundial, é preciso associá-la à idéia de uma “República mundial federal e subsidiária”, que remonta à noção kantiana de um “federalismo de estados livres”¹²⁴. Como anota Marcelo Neves, esse projeto, em seu limite, levaria a um “regime global de bem estar” que acabaria por transferir para a esfera mundial funções até agora pertencentes pelo Estado de bem estar social de âmbito nacional.¹²⁵

Isso não parece um caminho adequado, pois mesmo observando a tendência a uma partilha de tarefas estatais por diferentes atores de um sistema de múltiplos níveis, não seria possível daí inferir a emergência de uma estatalidade¹²⁶. E mesmo a proposta alternativa, no sentido de um modelo de estatalidade mundial inclusiva, ou seja, que assume a convivência com outras formas de estatalidade, apostando na “simultaneidade de processos de constitucionalização e processos de fragmentação no sistema político, assim como no sistema jurídico da sociedade mundial”¹²⁷, também apresenta a dificuldade de pressupor a transferência de uma racionalidade forjada para o Estado contemporâneo, para essa ainda indefinida estrutura de poder mundial.

É preciso, portanto, reconhecer que diversos aspectos estão postos e precisam ser considerados, dentre os quais destacam-se (i) em razão do lugar, uma maior autonomia normativa aos entes políticos – municípios, estados-membros, estados-nações -, (ii) em razão

¹²¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p.85-99.

¹²² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 99-108.

¹²³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 108-113.

¹²⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 85, especialmente nota 82.

¹²⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 86-87. E nesse contexto adverte Marcelo Neves: (...) as noções de um “regime global de bem estar” e de uma “consciência da solidariedade cosmopolita compulsória”, em uma sociedade mundial impregnada de conflitos geopolíticos, enormes assimetrias de poder, desigualdades econômicas abismais e dispersiva fragmentação cultural, são indícios de que a idéia de uma “Constituição cosmopolita sem República mundial”, nos termos de Habermas pode, antes, servir para encobrir problemas graves que dependem de variáveis bem mais complexas para serem enfrentados adequadamente na arena política e jurídica.” (p. 87)

¹²⁶ Afirma Marcelo Neves nesse sentido: “Portanto, não é teoricamente aconselhável nem frutífero que se aplique o conceito de estatalidade ou Estado para uma ordem fortemente descentralizada e mesmo fragmentada como a da política mundial, na qual várias organizações estão em conflito e concorrência permanente.” Vide: NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 88.

¹²⁷ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 87.

da pessoa, uma consciente autodeterminação de grupos e coletividades organizadas, e (iii) em razão da matéria, acesso e estímulo ao avanço tecnológico e científico. Com isso, em síntese, passa-se a reconhecer a possibilidade de que comunidades especializadas se auto-regulem para fins de resolução de controvérsias, com algum poder normativo regulamentador e especializado, a exemplo do que ocorre com as agências reguladoras no plano do Direito interno.¹²⁸

Da mesma forma, a insuficiência do dogma em comento pode ser detectada na preocupação com o “pluralismo”, o qual permite aos grupos sociais livre atuação e autoregulação, mediante progressivo processo de ‘descodificação’ do direito e a inserção do conceito das ‘*soft-laws*’.¹²⁹

Pela perspectiva da interconstitucionalidade, defendida por Canotilho, a compreensão fenomenológica jurídica e política das formações compostas e complexas da atualidade exige uma análise amigável do pluralismo de ordenamentos e de normatividades.¹³⁰ Também Marcelo Neves propõe que o seu conceito de constitucionalismo transversal se oponha ao constitucionalismo autista, provinciano, autossuficiente, ou a um constitucionalismo imperialista como a *ultima ratio* social.¹³¹

Para corroborar, Pérez Luño aponta que o fenômeno da subversão da hierarquia das fontes pode ser, ainda, detectado mediante a atribuição de normatividade às diretrizes da comunidade europeia pelos cidadãos, assim como pelo fato de reconhecer força maior à interpretação do Tribunal Constitucional do que à lei.¹³²

A propagação do “pluralismo jurídico” sobrepõe-se à idéia de hierarquia das leis, em razão dos sistemas de intergalidade¹³³, segundo os quais as diversas áreas e níveis jurídicos

¹²⁸ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 63-64.

¹²⁹ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 64.

¹³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brancos e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 268.

¹³¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 51.

¹³² LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 64-65.

¹³³ “La interlegalidad vendría a ser la dimensión fenomenológica de actual pluralismo jurídico propio de la posmodernidad, que ha supuesto la pérdida de la jerarquía normativa basada en la soberanía del Estado, substituida por formas de legalidad porosa o porosidad jurídica propias de un ordenamiento jurídico difuso, en donde las fuentes no operan a partir de criterios verticales de jerarquía, sino horizontales basados en pactos y transacciones”. LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 66.

coexistem e se inter-relacionam, simétrica e sistematicamente. Assim, para evitar a incerteza advinda do choque entre as fontes de direito, a alternativa proposta à supremacia da lei é a supremacia da Constituição e, por conseguinte, a superação do “Estado de direito” em direção a um modelo de “Estado Constitucional”.¹³⁴

Pérez Luño adverte que no “Estado Constitucional”, dito Estado das sociedades pluralistas, os elementos unidade, coerência e hierarquia das leis não podem ser considerados como requisitos estatais, mas, sim, como metas desse Estado. Nesse modelo, como a produção jurídica é resultado da conjunção dos mais diversos fatores sociais, é inconcebível a concepção de unidade e hierarquia das leis como ponto de partida de onde derivam todas as demais fontes.¹³⁵

No “Estado Constitucional”, o ordenamento jurídico requer do intérprete da Constituição uma atitude aberta, que substitua o monopólio das fontes pelo pluralismo metódico.¹³⁶ Haberle chega a afirmar que o princípio democrático é o sustentáculo, verdadeiro princípio fundamental organizador do Estado Constitucional em seu atual nível de desenvolvimento.¹³⁷

Deve-se ter em mente que não é tarefa fácil interpretar e concretizar as normas jurídicas, especialmente as normas constitucionais cujo âmbito de proteção seja estritamente normativo. O esforço exige, além de conhecimentos jurídicos, domínio de saberes interdisciplinares, tudo para que se logre conferir concretude aos valores constitucionais na vida das relações sociais.

Segundo Canotilho, interpretar a norma constitucional é atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na Constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos, normativo-constitucionalmente fundada¹³⁸. Para Canotilho existem três dimensões importantes da interpretação da Constituição: uma em que interpretar é buscar o direito contido na lei constitucional escrita; outra em que interpretar o direito contido na lei

¹³⁴ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 67.

¹³⁵ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 67.

¹³⁶ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 67.

¹³⁷ HABERLE, Peter. *La Constitución como cultura*, in **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, v. 6, ano 2002, Madrid : Centro de Estudios Políticos y constitucionales, p. 179.

¹³⁸ CANOTILHO, J. J Gomes. **Direito Constitucional**, Coimbra: Editora Almedina, 1991, p. 208

constitucional implica uma atividade; e outra, ainda, em que o produto do ato de interpretar é o próprio significado atribuído na interpretação.¹³⁹

A metódica constitucional, diferentemente da metódica jurídica tradicional, assume-se como metódica estruturante, o que significa desde logo assumir a concretização constitucional por meio de uma teoria da norma, uma teoria da constituição e uma dogmática jurídica¹⁴⁰.

Parece certo, e nisso revelam-se adequadas e pertinentes as lições de Mauro Capelletti¹⁴¹, que mesmo o uso mais simples e preciso da linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambigüidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária¹⁴².

A interpretação constitucional apresenta-se, assim, como uma atividade complexa que não pode ser considerada uma mera técnica, nem pode ser reduzida a uma metodologia. Já é assente que os métodos clássicos de interpretação jurídica desenvolvidos, primordialmente, a partir dos elementos de interpretação apresentados por Karl Von Savigny (gramatical, histórico, sistemático, e por adesão, o teleológico), não se revelam suficientes para respaldar a atividade interpretativa das normas constitucionais.

É uma realidade que o intérprete da norma jurídica seja levado a resolver questões de imprecisão e incertezas das normas, pois que ele deve preencher as lacunas, precisar as nuances e esclarecer as ambigüidades.¹⁴³ E quando se está diante de normas constitucionais, esta tarefa ganha dimensão de construção de sentidos constitucionais, o que, no caso dos direitos fundamentais, é a própria definição do âmbito de proteção desses direitos.

Nesse contexto, exsurge a importância de investigar as eventuais semelhanças e diferenças entre regras e princípios. Não se pode fazer isso, entretanto, sem advertir que as semelhanças e diferenças que serão apresentadas fazem parte tão-somente de uma das

¹³⁹ CANOTILHO, J. J Gomes. **Direito Constitucional**, Coimbra: Editora Almedina, 1991, p. 208

¹⁴⁰ CANOTILHO, J. J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 3ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 1999, p. 1043.

¹⁴¹ Cf. CAPPELLETI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre : Sergio Fabris Editor, 1993, p.20.

¹⁴² Segundo Capelletti “a interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e reproduzi-los, aplicá-los e realizá-los em novo e diverso contexto de tempo e lugar” Cfr. CAPPELLETI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre : Sergio Fabris Editor, 1993, p.21.

¹⁴³ CAPPELLETI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre : Sergio Fabris Editor, 1993, p.22-23

reduções didáticas para a compreensão do fenômeno concretizador dos direitos fundamentais, uma vez que no plano ontológico não se sustentam.

A doutrina de Ronald Dworkin contribui de forma muito generosa com esse debate. Dworkin afirma que uma teoria geral do Direito deve ser ao mesmo tempo normativa e conceitual. Na perspectiva normativa, o Direito deve ser constituído por uma teoria da legislação, uma teoria da decisão judicial e uma teoria da “observância da lei”.¹⁴⁴ Da perspectiva conceitual, o Direito fará uso da filosofia da linguagem, e, por conseqüência, da lógica e da metafísica.¹⁴⁵

Não se pode deixar de ressaltar, nesse contexto, o papel mais ativista que tem ganhado o Judiciário, especialmente as Cortes Supremas e Constitucionais em geral, e o Supremo Tribunal Federal, em particular, no que diz respeito à sua função de intérprete da norma legal e constitucional e, segundo Mauro Cappelletti, isso devido a uma revolta contra o formalismo que tentava acentuar o elemento da lógica pura e mecânica no processo jurisdicional¹⁴⁶.

O papel do juiz, especialmente do juiz constitucional, é muito mais difícil e complexo do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais. À função jurisdicional deve estar envolvida a responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, do intérprete. Na sua proposta teórica, Dworkin entende que os “direitos jurídicos” e os “direitos morais” não pertencem a ordens conceituais distintas, sustentando que ao lado dos direitos legais existem os direitos morais¹⁴⁷, de forma que uma teoria que realmente leve a sério os direitos não pode

¹⁴⁴ São explicações do próprio Dworkin: “A teoria da legislação deve conter uma teoria da legitimidade que descreva as circunstâncias nas quais um indivíduo ou um grupo particular está autorizado a fazer leis, e uma teoria da justiça legislativa, que descreve o tipo de leis que estão autorizados ou obrigados a fazer. Do mesmo modo, a teoria da decisão judicial deve ser complexa: deve conter uma teoria da controvérsia, que estabeleça os padrões que os juízes devem utilizar para decidir os casos jurídicos difíceis, e uma teoria da jurisdição, que explique por que e quando os juízes – e não outros grupos ou instituições – devem tomar decisões exigidas pela teoria da controvérsia. A teoria da observância da lei deve discutir e distinguir dois papéis. Deve conter uma teoria do respeito à lei, que discuta a natureza e os limites do dever do cidadão de obedecer à lei, que discuta a natureza e os limites do dever do cidadão de obedecer a lei, tal como esta se apresenta nas diferentes formas do Estado e em diferentes circunstâncias, bem como uma teoria da execução da lei que identifique os objetivos da aplicação e punição e descreva como os representantes públicos devem reagir às diferentes categorias de crimes e infrações.” DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, Introdução. Trad. Nelson Boeira. São Paulo Martins Fontes, 2002, p. VIII-IX.

¹⁴⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, Introdução. Trad. Nelson Boeira. São Paulo Martins Fontes, 2002, p. XI.

¹⁴⁶ CAPPELLETI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre : Sergio Fabris Editor, 1993, p.32 e ss.

¹⁴⁷ E aqui ganha importância substancial a orientação que considera os princípios como Direito eficaz e exigível: “Podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas. Se seguirmos essa orientação, deveremos dizer que nos Estados Unidos “o

considerar válido um direito aprovado pela maioria em detrimento a um direito individual autêntico, ou seja, aquele atestado em uma situação real e concreta.¹⁴⁸

Dworkin utiliza, como estratégia para defender a sua tese dos direitos, a análise de controvérsias judiciais¹⁴⁹. Esse esquema metodológico eleito por Dworkin tem sido objeto de inúmeras críticas, principalmente pelo fato de ser baseado, fundamentalmente, na aplicação de princípios como tópicos de argumentação. Aqueles que criticam o modelo proposto por Dworkin ressaltam a dificuldade de se racionalizar a própria escolha dos princípios que serão aplicados em cada caso concreto, bem como a problemática da colisão de princípios.¹⁵⁰

Entretanto, o grande mérito da contribuição teórica de Dworkin gira em torno da afirmação de que quando os juristas discutem sobre direitos e obrigações jurídicas, especialmente naqueles casos difíceis em que as perplexidades com tais conceitos afloram de forma mais nítida, eles lançam mão de modelos que não funcionam como regras, mas, sim, que operam sob a forma de princípios, diretrizes políticas ou outros tipos de pautas.¹⁵¹

Dessa forma, Dworkin possibilita a análise da interpretação constitucional sob a perspectiva dos princípios. Muitas vezes, Dworkin utiliza a expressão ‘princípio’ sem estabelecer qualquer distinção entre ‘princípio’ e ‘diretriz política’. Entretanto, é o próprio autor quem afirma que, em algumas situações, utiliza-se das diferenças entre as duas categorias¹⁵².

direito” inclui, pelo menos, tanto princípios como regras” DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo Martins Fontes, 2002, p. 46-47.

¹⁴⁸ CALSAMIGLIA. A. *Ensayo sobre Dworkin*. In DWORKIN. R. **Los derechos en serio**. Trad. Marta Guastavino. Barcelona : Editorial Ariel, 1989, p. 17-18.

¹⁴⁹ O esquema utilizado por Dworkin para explicar a tese dos direitos está centrado na análise das controvérsias judiciais. Em síntese, tal esquema pode ser assim apresentado: a) em todo processo judicial existe um juiz que tem a função de decidir o conflito; b) o juiz deve indagar quem (ou seja qual direito) deve vencer o conflito; c) há sempre um direito que deve prevalecer, ainda que não exista uma norma diretamente aplicável ao caso; d) nos casos difíceis, o juiz deve fazer valer um direito (de uma das partes) fundamentando a sua decisão em princípios que garantam tal direito; e) os objetivos sociais estão subordinados aos direitos e aos princípios que os fundamentam; f) o juiz, ao fundamentar suas decisões em princípios pré-existentes não cria um direito, nem aplica legislação retroativamente, mas apenas garante os direitos. Cf. CALSAMIGLIA. A. *Ensayo sobre Dworkin*. In DWORKIN. R. **Los derechos en serio**. Trad. Marta Guastavino. Barcelona : Editorial Ariel, 1989, p. 18-19.

¹⁵⁰ O professor A. Calsamiglia expõe com precisão as principais objeções que são feitas à teoria de Dworkin. Cf. CALSAMIGLIA. A. *Ensayo sobre Dworkin*. In DWORKIN. R. **Los derechos en serio**. Trad. Marta Guastavino. Barcelona : Editorial Ariel, 1989, p. 18-19.

¹⁵¹ DWORKIN. R. **Los derechos en serio**. Trad. Marta Guastavino. Barcelona : Editorial Ariel, 1989, p. 72.

¹⁵² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo Martins Fontes, 2002, p. 36.

Para Dworkin, diretrizes políticas¹⁵³ constituem categorias normativas que propõem objetivos sociais a serem alcançados, sempre em prol da comunidade civil como um todo, e já os princípios apresentam-se como modelos que devem ser observados, não porque favoreçam ou assegurem uma situação econômica, política ou social tida por desejável, mas por constituírem exigências da própria idéia de justiça, de equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade.¹⁵⁴

Desde algum tempo tenho refletido sobre a hipótese de que as premissas sobre o Estado Constitucional muito se aproximam das reflexões acadêmicas de Ronald Dworkin¹⁵⁵. Isso porque para o Estado Constitucional, revela-se imprescindível o manejo de uma teoria dos princípios adequada à eficácia pronta e imediata de normas mais abertas e mais flexíveis.

Pérez Luño aponta que o fenômeno da subversão da hierarquia das fontes pode ser, ainda, detectado mediante a atribuição de normatividade às diretrizes da comunidade europeia pelos cidadãos, assim como pelo fato de reconhecer força maior à interpretação do Tribunal Constitucional do que à lei.¹⁵⁶ A propagação do “pluralismo jurídico” sobrepõe-se à idéia de hierarquia das leis, em razão dos sistemas de intergalidade¹⁵⁷ e também de interconstitucionalidade¹⁵⁸, segundo os quais as diversas áreas e níveis jurídicos coexistem e se inter-relacionam, simétrica e sistematicamente.

Dessa forma, de simples separação de funções de poder dentro do espaço estatal definido como lugar privilegiado para a resolução de eventuais conflitos, migrou-se

¹⁵³ O tradutor da versão em espanhol da obra de Dworkin esclarece que a expressão ‘diretrizes’ é tradução da expressão inglesa *policies* (plural de *policy*) que significa plano ou curso de ação dirigido ao alcance de um objetivo social, econômico, cultural, etc., e posto em prática por um determinado governo, instituição, empresa ou pessoa física. No Brasil, talvez o termo que melhor representaria a expressão fosse ‘políticas públicas’. Cf. DWORKIN. R. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona : Editorial Ariel, 1989, p. 72, nota de rodapé.

¹⁵⁴ DWORKIN. R. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona : Editorial Ariel, 1989, p.72. Registro aqui que essa distinção apresenta-se bastante relevante para a análise proposta no presente estudo, pois a análise da interpretação constitucional, a partir da visão de comunidade de princípios de Dworkin, pressupõe tal distinção.

¹⁵⁵ Sobre isso vide meu: Interpretação constitucional à luz da comunidade de princípios, in **Estado de direitos Fundamentais** – Livro em homenagem aos 10 anos do Núcleo de Estudos Constitucionais - NEC, no prelo.

¹⁵⁶ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 64-65.

¹⁵⁷ “La interlegalidad vendría a ser la dimensión fenomenológica de actual pluralismo jurídico propio de la posmodernidad, que há supuesto la pérdida de la jerarquía normativa basada em la soberanía del Estado, substituida por formas de legalidad porosa o porosidad jurídica propias de um ordenamiento jurídico difuso, em donde las fuentes no operan a partir de criterios verticales de jerarquía, sino horizontales basados em pactos y transacciones”. LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 66.

¹⁵⁸ Por todos vide: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p.267-268.

rapidamente para a busca pela realização de competências que se superpõem, se sobrepõem e se auto-ajustam, exigindo de todos os interlocutores envolvidos nesse processo, inclusive das Cortes Supremas e Constitucionais, uma urgente recontextualização do princípio de separação das funções de poder.

1.3.2. Da separação de funções do poder para a interdependência entre as funções de poder

O Estado de Direito possui como premissa o princípio da reserva de lei, ou genericamente, princípio da legalidade, o qual, conforme teoria defendida por Montesquieu, prestigiava o Parlamento, como lugar democrático mais adequado para o estabelecimento de normas abstratas e genéricas a serem aplicadas aos casos concretos do cidadão.¹⁵⁹

No entanto, diante de diversos fatos históricos de todas as ordens, a sociedade viu-se compelida por atos e intervenções normativas cada vez mais frequentes, mitigando a tradicional divisão das funções precípuas dos Poderes Legislativo e Executivo, o que foi denominado por Pérez Luño como “hipertrofia legislativa”¹⁶⁰, ou “*legal pollution*” para usar a expressão preferida pelos anglo-saxões.

Passa-se a viver um momento em que todos se deparam atônitos com o crescente e aparentemente inevitável desequilíbrio entre a produção normativa e a possibilidade de sua aplicação, entre a existência em abstrato de regramentos e a sua difícil concretização no seio de uma sociedade complexa e multifacetada.

Essa inflação normativa tem sido acompanhada do sério menosprezo pela própria estrutura formal das normas legais. Além da dificuldade causada pela grande quantidade de normas legais, o grau de prolixidade e complexidade também são circunstâncias que dificultam o entendimento não só do cidadão, mas também do próprio legislador e dos especialistas da ciência jurídica.¹⁶¹

¹⁵⁹ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 69.

¹⁶⁰ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 69-70.

¹⁶¹ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 70.

Assim, revela-se oportuna a transposição do Estado que prima pela “reserva da lei” para aquele que se propõe a resguardar a “reserva da Constituição”. Essa proposta implica que a “reserva da Constituição” também vincule o legislador, e, de alguma forma, convoque imediatamente também o Poder Legislativo para o exercício compartilhado de concretização das normas constitucionais, especialmente as dos direitos fundamentais.¹⁶²

Não se tem a ilusão de que se vive momento alvissareiro de revisitação de velhas práticas e assunção de novas e melhores em seu lugar. Na verdade, o grande desafio da atualidade é a conciliação de novos e velhos valores de forma adequada, sem desconsiderar a tradição que nos move rumo ao futuro, nem deixar de perceber que há novos pontos de vista, talvez contraditórios com os antigos, mas aptos a satisfazer necessidades funcionais e estruturais de nossa sociedade e seus cidadãos.

Nesse particular, a doutrina sobre separação de funções do poder sempre vem à tona, como uma daquelas velhas práticas que merece razoável respeito e consideração diante das novas necessidades. Nasce, nesse contexto, as inevitáveis parcerias entre as funções de poder Legislativo, Judiciário e Executivo. Inevitáveis não significa, entretanto, livres de tensões e conflitos, pois o Estado Constitucional pressupõe as interações, sejam elas cooperativas ou conflitivas.

M. J. C. Vile, em obra de meados da década de 60 sobre o tema da separação de poderes, já lembrava que nós seres humanos somos complexos demais para considerar uma premissa dogmática como guia por um tempo tão longo, de modo que já seria, àquela época, passada a hora de reivindicar outros valores, ainda que contraditórios com os antigos. E todo sistema de poder que pretenda atender a estas demandas deve buscar conciliar os antigos procedimentos e estruturas com as novas possibilidades¹⁶³.

A ideia básica de M. J. C. Vile é a de que toda trajetória histórica da doutrina de separação dos poderes e das teorias constitucionais relacionadas a ela indica que as funções do Estado e os procedimentos empregados para exercer estas funções não podem estar nem

¹⁶² LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 71.

¹⁶³ Nesse sentido afirma M.J.C. Vile: “*incluso el antiguo concepto de la separación de personas entre las ramas del Estado puede seguir teniendo importancia si no se considera como un fin en si mismo, sino como un medio de mantener este equilibrio.*” Cfr. VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 388.

totalmente separados nem completamente fundidos, pois dessa forma seria possível chegar a um uso eficaz, mas controlado do poder do Estado.¹⁶⁴

Sem perder de vista a lição dos clássicos, como John Locke (século XVII) e Montesquieu (século XVIII), é preciso dizer que o século XX dimensionou a separação de poderes não apenas como a necessidade de as funções básicas do Estado estarem separadas entre diferentes órgãos, mas como a colaboração forçada entre estas funções, a fim de que pudesse haver “contenção de cada Poder nas fronteiras de sua competência constitucional”¹⁶⁵.

Häberle afirma que o postulado da divisão de poderes é um dos elementos constitutivos do Estado Constitucional. Mas adverte que por separação de poderes não se pode entender apenas o seu aspecto clássico, tal como proposto por Montesquieu, mas também o seu sentido social mais amplo, ou seja, poderes de sujeitos que estejam fora do pacto estatal e que se relacionam com os poderes dos sujeitos que fazem parte oficialmente do próprio Estado.¹⁶⁶

Todas as funções de Poder, nesse contexto, deveriam dispor de meios eficientes para impedir a usurpação de funções uns pelos outros, fazendo refluir o órgão exorbitante para os espaços de Poder que lhe foram constitucionalmente destinados.¹⁶⁷

A referência aqui reporta-se ao modelo proposto pelos americanos conhecido como “freios e contrapesos” como aquele em que os poderes estão de tal forma compartilhados, repartidos e equilibrados entre os diferentes órgãos da República que nenhum deles pode ultrapassar seus limites constitucionais sem que o outro imediatamente possa detê-lo ou contê-lo¹⁶⁸.

A proposta de uma interdependência, como se vê, não é nova. O que é nova é a metódica de interação entre estas funções, que tem na Constituição, especialmente nas normas constitucionais jusfundamentais, o elemento mediador. Explico melhor: no Estado Constitucional, diante da tarefa compartilhada de concretizar direitos fundamentais, como

¹⁶⁴ VILE, M. J. C. **Constitucionalismo y separación de poderes**. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 367.

¹⁶⁵ BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos poderes na Constituição brasileira, in **Revista de Direito Público**, ano XIV, julho/dez 1981, p. 121.

¹⁶⁶ Vide: HABERLE, Peter. *La Constitución como cultura*, in **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, v. 6, ano 2002, Madrid : Centro de Estudios Políticos y constitucionales, p. 179.

¹⁶⁷ BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos poderes na Constituição brasileira, in **Revista de Direito Público**, ano XIV, julho/dez 1981, p. 121-122.

¹⁶⁸ Por todos vide: BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos poderes na Constituição brasileira, in **Revista de Direito Público**, ano XIV, julho/dez 1981, p. 121, nota 2.

meta principal do Estado¹⁶⁹, as funções de poder atuam, na medida de suas competências constitucionalmente postas, buscando aproximação com o ideal de máxima efetividade jusfundamentadora.

Qualquer atitude de uma função de poder ou de outra será avaliada com a métrica dos direitos fundamentais, e não mais com a métrica das estritas limitações de competências. A própria idéia de judicialização da política perde um pouco da sua razão de ser. Como afirma Haberle, em entrevista a jornalista brasileiro:

“É claro que, quando uma corte constitucional invade, com ousadia exagerada, a esfera política-(partidária), pode colocar em risco a sua própria autoridade. Aqui é fundamental que haja sensibilidade por parte do julgador: a Corte deve trabalhar no ‘consenso básico’ de uma Constituição, mas também depende dele. Visto sob a ótica do direito comparado, há fases do ‘*judicial activism*’ e do ‘*judicial selfrestraint*’.”¹⁷⁰

As acomodações entre as funções de poder passam a ser muito mais visíveis e o diálogo muito mais intenso. Assim, não mais se cogita de poderes estanques, com competências bem definidas ou pré-definidas, mas poderes interdependentes que constroem coletivamente e cooperativamente suas competências constitucionais na tensão permanente e imanente da força da história e dos acontecimentos.

Vale, entretanto, ressaltar que não se está a considerar, para esses efeitos, a corrente doutrinária que afirma prevalecer as forças sociais sobre as forças jurídico-normativas¹⁷¹.

¹⁶⁹ Aqui é importante remeter à obra de Paulo Bonavides: Teoria do Estado, especialmente no que diz respeito à teoria teleológica do Estado. Cfr: BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**, 3ªed. São Paulo : Malheiros, 1995.

¹⁷⁰ E continua o professor Haberle: “Após o *annus mirabilis* de 1989, os tribunais constitucionais, por exemplo, da Hungria e Polônia, se empenharam muito no sentido de colocar em marcha as novas constituições reformistas. Agora, podem antes retrair-se para deixar mais espaço para os parlamentos. Algo semelhante poderia aplicar-se, hoje, também no Brasil, até sua Constituição ganhar plena *realidade* constitucional. Exemplos de um ciclo alternado entre *activism* e *restraint* existem, também, na história dos EUA. O Tribunal Constitucional não deve ser um “preceptor *brasiliensis*”, porém atuar como órgão constitucional de peso. Não esqueçamos que a Suprema Corte em Brasília com certeza está democraticamente legitimada. No geral: todos os cidadãos, todos os partidos e todos os órgãos constitucionais são, em conjunto, “guardiões da Constituição”.” BASILE, Juliano. Entrevista com Peter Haberle, in Valor Econômico – Suplemento Eu & Fim de Semana, 22/11/2008, *apud* **Revista Eletrônica Conjur**, disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-nov-22/teses_alemao_peter_haberle_influenciam_supremo; acessado em 15/11/2011.

¹⁷¹ As forças sociais, sejam elas econômicas, sociológicas ou antropológicas, apresentam-se mais fortes do que as normas jurídicas para as diversas formas de realismo jurídico, considerando que para esta corrente de pensamento o Direito é o que é e, não, o que a norma impõe que ele seja. Para um maior aprofundamento do tema do realismo jurídico, por todos vide: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O realismo jurídico norteamericano, a tese de Charles Beard e a experiência constitucional internacional contemporânea. **Jus Navigandi**,

Mas, sim, a teoria da dinâmica circular entre tais forças, ou seja, a idéia básica defendida por Konrad Hesse para quem constituição e realidade são interferências múltiplas que, quando combinadas, resultam no fenômeno da força normativa da Constituição¹⁷².

A separação de poderes ganha, assim, nova perspectiva metódica, pois será informada pela tarefa exigente e indissociável de movimentação das competências constitucionais, de forma colaborativa ou conflitual, em direção à concretização dos direitos fundamentais. Esta é uma das conseqüências da faceta objetiva de tais direitos, sobre a qual se tratará a seguir.

1.3.3. Da perspectiva jurídico-subjetiva para a perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais

Talvez a principal diferença entre o modelo clássico de Estado de Direito e o – que se propõe a chamar de – modelo contemporâneo de Estado Constitucional repouse na distinta forma de se conceber os direitos fundamentais nos dois contextos.

A posição jurídico-subjetiva, que no modelo clássico representou importante avanço para a proteção dos direitos fundamentais, já se revelava insuficiente para enfrentar as situações complexas apresentadas pela sociedade em rede e tecnológica do último quartel do século XX.

A função múltipla dos direitos fundamentais, já anunciada por G. Jellinek¹⁷³ desde o final do século XIX, revelou-se ainda mais intrincada quando a situações jurídico-subjetivas passaram de meras situações de direitos individuais e coletivos para direitos individuais homogêneos e difusos.

A descoberta e o desenvolvimento de novas funções dos direitos fundamentais constitui problema de natureza essencialmente hermenêutica, pois encontra-se vinculado à possibilidade de, por meio da interpretação, serem incorporados novos conteúdos ao programa normativo dos direitos fundamentais. Nesse sentido, está-se, a partir de tal problemática,

Teresina, [ano 12, n. 1629, 17 dez. 2007](http://jus.com.br/revista/texto/10771). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10771>>. Acesso em: 19/ fev/2013.

¹⁷² HESSE, Konrad. **Força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sérgio Fabris Editor, 1998.

¹⁷³ *Apud* ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo : Malheiros, 2008, p. 254 e ss. Cfr também SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre : Editora Livraria do Advogado, 1998, p. 140

reacendendo o eterno dilema representado pela relação dinâmica e dialética entre a norma jurídica e a realidade para a qual se projeta.¹⁷⁴

Não mais se apresentava satisfatório resolver os casos, sempre difíceis, de restrições e colisões de direitos fundamentais com os métodos clássicos de resolução dos conflitos normativos típicos. Era necessário pensar em alguma metódica mais sofisticada, em termos de construção lógica e argumentativa, para fazer face a uma sociedade cada vez mais informada, conectada e plural.

A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, nesse contexto, é uma conseqüência natural do processo de complexificação da sociedade contemporânea. Já com o fim da segunda guerra mundial, percebeu-se, uns de forma mais rápida e outros de forma mais lenta, que a reflexão da teoria constitucional deveria assumir a premissa de que os direitos fundamentais deixavam sua condição comum de direitos subjetivos, para também ganhar reflexos objetivos, no plano dos institutos e instituições, como verdadeiras garantias objetivas do sistema jurídico-constitucional¹⁷⁵.

De acordo com a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, tais direitos constituem um conjunto de valores objetivos fundamentais, verdadeiros fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos e, não, apenas como garantias negativas de interesses individuais. Trata-se de uma virada ontológica da própria função exercida por esses direitos no seio das comunidades nacionais, pois de um valor intrinsecamente ligado à ideia de sujeito, passa a ser o parâmetro de ação de todos os cidadãos e instituições públicas e privadas.

Note-se que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não constitui um mero ‘reverso da medalha’ da perspectiva subjetiva, nem com ela precisa estar sempre em contato. A faceta objetiva significa que às normas que prevêm direitos subjetivos é outorgada uma função autônoma que transcende a própria perspectiva subjetiva. A perspectiva objetiva expressa, por um lado, uma ordem de valores fundamentais objetiva e, por outro, o

¹⁷⁴SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre : Editora Livraria do Advogado, 1998, p. 149.

¹⁷⁵ Ingo Sarlet, nesse contexto, afirma “(...)os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.” Cfr. SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre : Editora Livraria do Advogado, 1998, p. 140.

reconhecimento de efeitos jurídicos autônomos, principalmente sob o prisma institucional, para além da perspectiva subjetiva.¹⁷⁶

A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais constitui função axiologicamente vinculada, demonstrando que o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado, ao reconhecimento desses direitos fundamentais pela comunidade para a qual eles se projetam e da qual não podem ser dissociados¹⁷⁷, podendo falar-se, nesse contexto, de uma responsabilidade comunitária dos indivíduos pela constituição e concretização dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, revela-se imprescindível a consciência comunitária da sua missão de concretizadores dos direitos fundamentais, o que somente pode ocorrer diante de uma atitude pró-ativa em direção à realização desses direitos no seio de suas próprias comunidades.

Ora, aquilo que os direitos fundamentais concedem aos indivíduos em termos de autonomia decisória e de ação, eles retiram objetivamente do Estado. Dessa forma, é preciso reconhecer uma função objetiva reflexa de todo direito fundamental subjetivo, a qual, todavia, não exclui os efeitos jurídicos adicionais e autônomos inerentes à faceta objetiva, incluída aí a existência de posições jurídicas fundamentais com normatividade restrita à perspectiva objetiva¹⁷⁸.

A discussão sobre a faceta objetiva dos direitos fundamentais conduz à própria função que os direitos fundamentais assumem diante do modelo contemporâneo de Estado Constitucional. A crítica de Robert Alexy a essa posição dos direitos fundamentais é direcionada à percepção de Böckenförde sobre os direitos fundamentais¹⁷⁹.

Para Böckenförde há duas possibilidades: apreender os direitos fundamentais como princípios e, com isso, optar por um Estado judiciário, ou decidir-se pela limitação dos

¹⁷⁶SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre : Editora Livraria do Advogado, 1998, p. 141.

¹⁷⁷SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre : Editora Livraria do Advogado, 1998, p. 141-142.

¹⁷⁸SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre : Editora Livraria do Advogado, 1998, p. 144.

¹⁷⁹ Para Böckenförde “no nível das normas-princípios com tendência otimizador, a ordem jurídica já está inteiramente contida na constituição. Ela apenas carece de uma concretização.” *Apud* ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo : Malheiros, 2008, p. 577.

direitos fundamentais à sua clássica função de direitos de defesa e, com isso, optar por um Estado legislativo¹⁸⁰.

Robert Alexy ressalta que esta concepção leva a consequências inaceitáveis, afirmando que a função dos direitos fundamentais estaria desnaturada, uma vez que deixariam sua condição limitada de direito subjetivo para tomar lugar de fundamento mesmo de toda a ordem jurídica.¹⁸¹ É exatamente isso que ressignifica os direitos fundamentais no contexto do Estado Constitucional.

Ora, as anotações de Robert Alexy são exatas e captam, de forma precisa, o giro ontológico que os direitos fundamentais sofreram a partir da 2ª guerra mundial. O que não se pode concordar diante de suas considerações é com a afirmação de que os efeitos das perspectivas irradiante, horizontal e dirigente são nefastos e inaceitáveis, em virtude de tais perspectivas romperem com a visão oitocentista destes direitos como direitos subjetivos públicos. Esse é a novidade desafiadora. Esse é o contexto alvissareiro que se apresenta para os cidadãos de uma sociedade aberta, pluralista e transnacional no século XXI.

O que Robert Alexy pontua como um sarcasmo¹⁸², anotado por Ernst Forstthoff, da “constituição como genoma jurídico”, seria exatamente o ponto de partida para idéia, que merece atenção no presente estudo, de que os direitos fundamentais constituem a parte dogmática das constituições contemporâneas e que, por isso, em um modelo de Estado Constitucional que se sustenta na supremacia da Constituição, os direitos fundamentais assumem posição preeminente.

¹⁸⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo : Malheiros, 2008, p. 577-578, Posfácio (2002).

¹⁸¹ Vale o registro literal do autor: “Enquanto os direitos fundamentais clássicos estavam limitados a uma parte do sistema jurídico – a relação entre Estado e cidadão –, os direitos fundamentais enquanto princípios produziram seus efeitos por todo o sistema jurídico. Haveria um efeito irradiador em todos os ramos do direito, o que necessariamente conduziria a uma produção de efeitos dos direitos fundamentais em face de terceiros (ou efeitos horizontais), bem como a conteúdos de direitos fundamentais como proteção, segurança social e organização e procedimento, os quais demandariam uma ação positiva do Estado e não se limitariam – como os direitos clássicos de liberdade – a uma exigência de abstenção estatal.” Cfr. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo : Malheiros, 2008, p. 577, Posfácio (2002).

¹⁸² A crítica de Robert Alexy nesse particular é mordaz: “Isso corresponderia exatamente àquilo que Forstthoff sarcasticamente chamou de “constituição como genoma jurídico”(…) do que tudo deriva, do Código Penal até a lei sobre a fabricação de termômetros para febre. A compreensão dos direitos fundamentais como mandamentos de otimização conduziria, assim, a um modelo de constituição com conseqüências fatais. O legislador parlamentar perderia toda a sua autonomia. Sua atividade esgotar-se-ia na mera constatação daquilo que já foi decidido pela constituição.” Cfr. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo : Malheiros, 2008, p. 577-578, Posfácio (2002).

Assim, rompendo definitivamente com a visão de Robert Alexy¹⁸³ sobre direitos fundamentais, e com seu receio de que a sua compreensão de direitos fundamentais como mandamentos de otimização leve a uma perda de autonomia do legislador parlamentar, propõe-se que o processo político democrático ganhe nova conformação a partir da idéia de concretização da Constituição¹⁸⁴.

O ponto mais intrigante da crítica de Robert Alexy à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais está na sua observação de que, se a Constituição é uma totalidade onde está contida a própria ordem jurídica, a teoria dos princípios condenaria o legislador – sob o olhar atento do Poder Judiciário controlador – a apenas declarar as decisões já tomadas pelo legislador constituinte¹⁸⁵.

Percebe-se, portanto, que a crítica feita pelo renomado constitucionalista alemão dirige-se, na verdade, ao modelo de Estado Constitucional, pois muito embora seja pioneiro da teoria dos princípios, não rompe com a lógica do princípio da legalidade, para o qual o papel do legislador é de superioridade, na condição de ator privilegiado, dotado de legitimidade ‘quase exclusiva’ para a conformação da ordem jurídica estatal.

No modelo de Estado Constitucional, proposto como eixo central das considerações do presente estudo, o eixo da legalidade desloca-se para o da constitucionalidade; e também não mais há preocupação com a ‘separação’ dos poderes, pois ela transmuda-se para uma interdependência entre as funções de Poder; e, dessa forma, a legitimidade democrática perquire lógica democrática pluralista, a qual trabalha com o conceito de legitimidade pela visão cooperativa e coordenada de ações compartilhadas entre os diversos atores sociais, estatais- nacionais quanto internacionais.

¹⁸³ Faço essa assertiva de forma muito explícita porque na minha pesquisa de mestrado, realizada entre os anos de 1999 e 2000, a doutrina de Robert Alexy prevaleceu em meu trabalho sobre hermenêutica de direitos fundamentais. A ruptura é inevitável e deve ficar bem registrada.

¹⁸⁴ O receio de Robert Alexy fica claro na seguinte passagem: “O processo político democrático perderia consideravelmente em importância e não seria mais possível deter a transição do Estado legislativo parlamentar para um Estado judiciário constitucional.” Cfr. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo : Malheiros, 2008, p. 578, Posfácio (2002).

¹⁸⁵ É a afirmação de Alexy mais uma vez explícita seu principal receio: “A liberdade de conformação política do legislador seria, assim, eliminada totalmente, por meio de uma pressão otimizadora jurídico-constitucional, o que seria incompatível com os princípios do parlamentarismo democrático e da separação de poderes.” Isso porque, continua explicando: “Esses princípios exigem que o Legislativo, legitimado democraticamente, tenha uma participação significativa – quantitativa e qualitativamente – na configuração da ordem jurídica.” Cfr. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, trad. Virgílio Afonso da. São Paulo : Malheiros, 2008, p. 579, Posfácio (2002).

Os direitos fundamentais, nesse modelo, assumem a condição de normas que incorporam determinados valores e decisões essenciais, que caracterizam seu caráter jusfundamentador, e passam a servir, na sua qualidade de normas de direito objetivo, e independentemente de sua perspectiva subjetiva, como parâmetros para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos estatais. É o reconhecimento e destaque da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais como um reforço e complementação da eficácia normativa de tais direitos.¹⁸⁶

Dessa forma, também é consequência da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais a idéia de que a teoria constitucional deve, necessariamente, apresentar-se como uma integração do texto e do programa normativo constitucional com o seu âmbito normativo, ou seja, da Constituição como norma com a realidade constitucional normatizada¹⁸⁷.

Assim, para que o caráter jusfundamental dos direitos fundamentais, visto a partir dessa visão objetiva não seja subestimado e reduzido a uma dimensão meramente valorativa¹⁸⁸ é preciso destacar a sua força jurídica autônoma¹⁸⁹.

Um primeiro desdobramento dessa força jurídica autônoma dos direitos fundamentais diz respeito à sua eficácia irradiante, ou seja, os direitos fundamentais, na sua condição de direitos objetivos, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que aponta para a necessidade de desenvolvimento de uma interpretação

¹⁸⁶ Nesse sentido cf. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra : Almedina, 1987, p. 161; cf. também SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre : Editora Livraria do Advogado, 1998, p. 144, nota 330.

¹⁸⁷ Nesse sentido cfr. MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005. Também é essa a concepção dinâmica de Constituição proposta por Konrad Hesse em ‘A força normativa da Constituição’. Para este autor: “(...) a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida.” Cfr. HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**, trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Fabris, 1991.

¹⁸⁸SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre : Editora Livraria do Advogado, 1998, p. 145.

¹⁸⁹“Esse processo de valorização dos direitos fundamentais na condição de normas de direito objetivo enquadra-se, de outra banda, naquilo que foi denominado de uma autêntica mutação dos direitos fundamentais, provocada não só – mas principalmente – pela transição do modelo de Estado liberal de Direito para o do Estado social e democrático de Direito, como também pela conscientização da insuficiência de uma concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa para a garantia de uma liberdade efetiva para todos, e não apenas daqueles que garantiram para si sua independência social e o domínio de seu espaço de vida pessoal.”Cfr. SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre : Editora Livraria do Advogado, 1998, p. 148.

conforme os direitos fundamentais, a qual, em grande medida, revela-se semelhante à técnica da interpretação conforme a Constituição.¹⁹⁰

Associada a essa eficácia irradiante encontra-se a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, a eficácia de tais direitos na esfera privada. Trata-se da idéia de que os direitos fundamentais irradiam efeitos também para as relações privadas, não constituindo direitos oponíveis somente aos poderes públicos. Esta, sem dúvida, é a faceta que tem despertado o maior número de discussões, pesquisas e curiosidades de toda a problemática dos direitos fundamentais.¹⁹¹

Por fim, um terceiro e último desdobramento importante da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais é destacado por Hesse¹⁹² e diz respeito à eficácia dirigente, segundo a qual tais direitos desencadeiam efeitos também em relação aos órgãos estatais, incumbindo-lhes da permanente função de concretização e realização de seu conteúdo essencial.¹⁹³

Aqui ganham destaque os chamados deveres de proteção do Estado. Tem-se que ao Estado incumbe zelar pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados. Trata-se, portanto, da incumbência de o Estado adotar medidas positivas com o objetivo de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais.¹⁹⁴

Assim, o efeito dirigente impõe obrigações de todos os níveis, no plano de todas as funções de Poder – administrativa, legislativa e judiciária – e exige ações direcionadas à concretização dos direitos fundamentais de todos os agentes, órgãos e funções estatais, sejam elas típicas e atípicas.

Diante desse quadro, os efeitos irradiante, horizontal e dirigente dos direitos fundamentais apresentam-se de diversas formas e tem impulsionado um sem-número de considerações por parte de juristas e estudiosos em geral. A par de numerosa bibliografia

¹⁹⁰SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre : Editora Livraria do Advogado, 1998, p. 145.

¹⁹¹SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre : Editora Livraria do Advogado, 1998, p. 145.

¹⁹² *Apud* SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre : Editora Livraria do Advogado, 1998, p. 141-142.

¹⁹³SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre : Editora Livraria do Advogado, 1998, p. 144.

¹⁹⁴SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre : Editora Livraria do Advogado, 1998, p. 146-147.

sobre as aplicações setorizadas desses efeitos sobre a vida dos direitos, ainda faltam vozes¹⁹⁵ a afirmar que todo esse complexo de discussões, pesquisas e curiosidades estão envolvidos em uma mesma atmosfera paradigmática: a clivagem do Estado de direito clássico para o Estado Constitucional contemporâneo.

Há que se observar também que as garantias institucionais, tratadas há décadas pela doutrina constitucionalista alemã¹⁹⁶, também revela-se como um exemplo dos efeitos irradiante, horizontal e dirigente dos direitos fundamentais no plano das instituições.

Segundo os especialistas¹⁹⁷, as garantias institucionais constituem garantias jusfundamentais criadas para proteger os próprios direitos fundamentais. Assim instituições (direito público) e institutos (direito privado) que, por sua importância jurídica e social, devem estar protegidos, inclusive, contra a ação erosiva do legislador, são consideradas em si mesmas direitos fundamentais insensíveis às conformações legislativas denaturadoras.¹⁹⁸

Márcio Iório afirma que as garantias institucionais pressupõem uma interação subjetivo-objetiva dos direitos fundamentais, de modo que suas faces subjetivas e objetivas se relacionam mutuamente.¹⁹⁹ As garantias institucionais seriam, nesse contexto, uma tentativa de dotar de maior coerência a conformação objetiva dos direitos fundamentais, conferindo aos direitos fundamentais mesmos uma garantia de ordenação. Com elas, os direitos fundamentais, na sua faceta objetiva, ganham racionalidade e tornam-se permeáveis às mudanças de conteúdo impostas pelo contexto social.²⁰⁰

As garantias institucionais estão postas ao lado dos direitos-garantias, enquadrando-se no contexto dos direitos de defesa, e não entre os direitos a prestações. Para Ingo Sarlet, a função principal das garantias institucionais é de reforçar a proteção de determinadas

¹⁹⁵ Não posso aqui deixar de referenciar, como uma exceção a esta lacuna, a obra de LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidade de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

¹⁹⁶ Por todos vide: SCHIMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid : Alianza, s.d.

¹⁹⁷ As garantias institucionais foram objeto de criterioso estudo de Márcio Iório Aranha, resultando em sua dissertação de mestrado no programa da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Por todos vide: ARANHA, Márcio I. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*, São Paulo : Editora Atlas, 1999.

¹⁹⁸SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre : Editora Livraria do Advogado, 1998, p. 145.

¹⁹⁹ARANHA, Márcio I. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*, São Paulo : Editora Atlas, 1999, p. 168, nota 2.

²⁰⁰Afirma Márcio Iório: “Elas garantem os direitos fundamentais pela ordenação e dotação das esferas individuais como elementos de organização objetiva do ente estatal”. Cfr. ARANHA, Márcio I. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 169.

instituições contra a erosão que possa vir do legislador ordinário, o que ressalta sua dimensão preponderantemente defensiva.²⁰¹

Entretanto, há também uma dimensão positiva, a exigir atuação do Estado em direção a estas garantias institucionais. Veja-se a função de tais direitos como parâmetros para a criação e estruturação de organizações ou instituições estatais e para o procedimento.

Nesse âmbito, sustenta-se que, com base no conteúdo das normas de direitos fundamentais, é possível extrair conseqüências para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, bem como para uma formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção a tais direitos. Assim, os direitos fundamentais também passam a atuar sobre o direito procedimental e as estruturas organizacionais.²⁰²

1.4. Do Estado Constitucional ao Estado Constitucional cooperativo

1.4.1. Diálogo do Estado Constitucional com o transconstitucionalismo

A proposta de um possível diálogo entre a ideia de Estado Constitucional com o fenômeno denominado por Marcelo Neves como transconstitucionalismo justifica-se pelo fato de o paradigma do cooperativismo, necessariamente acoplado ao de Estado Constitucional no presente estudo, exigir conexões daquilo que se conceituou como Estado Constitucional com o chamado transnacionalismo.

Se, para Marcelo Neves, o fato de a mesma questão de natureza constitucional ser enfrentada concomitantemente por diversas ordens leva ao transconstitucionalismo, presumo que o fato de os direitos fundamentais serem concretizados a partir de referências a elementos variados advindos de diversas ordens constitucionais também esteja contemplado pelo mesmo fenômeno.

O transconstitucionalismo, em regra, é pluridimensional, pois tende a envolver mais de duas ordens jurídicas, sejam elas de mesma espécie ou de tipos diversos.²⁰³ Para explicar esse

²⁰¹SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre : Editora Livraria do Advogado, 1998, p. 185.

²⁰²SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre : Editora Livraria do Advogado, 1998, p. 147-148.

²⁰³NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 235.

fenômeno, Marcelo Neves recorre ao conceito de “sistema de níveis múltiplos” que, na verdade, tem origem na concepção de “política de níveis múltiplos”.²⁰⁴

A ideia permeia uma “pluralidade de ordens cujos tipos estruturais, formas de diferenciação, modelos de autocompreensão e modos de concretização são fortemente diversos e peculiares, uma multiplicidade da qual resultam entrelaçamentos nos quais nenhuma das ordens pode apresentar-se legitimamente como detentora da *ultima ratio* discursiva.”²⁰⁵

Isso implica, para Marcelo Neves, a ideia de um “sistema multicêntrico, no qual, embora haja hierarquia no interior das ordens, prevalecem entre elas as relações heterárquicas. O nexos circular entre as ordens admite apenas a noção de uma hierarquia entrelaçada, que é incompatível com uma conexão escalonada entre elas.”²⁰⁶

Dessa forma, é possível afirmar que a transjusfundamentalidade, que pretendo apresentar como conceito metodológico no presente trabalho, aproxima-se da transconstitucionalidade, proposta por Marcelo Neves. Isso porque, se aqui proponho uma análise transnacional do fenômeno da concretização dos direitos fundamentais, ou seja, uma análise da concretização das partes dogmáticas das constituições por meio de métodos que prestigiam a migração e circulação de ideias jusfundamentais, não há como deixar de reconhecer a necessidade de uma visão dialógica entre as diversas ordens constitucionais estatais, tal como proposta no transconstitucionalismo de Marcelo Neves²⁰⁷.

Não obstante, é preciso também afirmar que a proposta de transjusfundamentalidade afasta-se da de transconstitucionalidade, na medida em que a transjusfundamentalidade assume a possibilidade de estarmos diante de mudança de critérios do próprio constitucionalismo, o que implica aceitar que o fato de outras ordens “não-constitucionais” entrarem no diálogo proposto, não significa que os problemas comuns deveriam, ou mesmo seria desejável que aderissem, aos critérios do constitucionalismo, como sugere Marcelo Neves.

²⁰⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 236, notas 2 e 3.

²⁰⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 236-237.

²⁰⁶ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 237.

²⁰⁷ E aqui, obrigatoriamente, tenho que esclarecer que o objeto da presente tese é menor do que aquele que conduziu o Professor Marcelo Neves à sua obra sobre o transconstitucionalismo, pois, diferentemente dele, não pretendo abordar outras ordens além das nacionais. Isso entretanto, não retira o caráter “trans” do trabalho de pesquisa, pois o tratamento metodológico será o mesmo, havendo apenas um recorte consciente da pesquisa empírica.

Ora, a visão de que os problemas comuns não estão aderindo aos critérios do constitucionalismo, como premissa teórica, pressupõe um dualismo ou um pluralismo de sistemas jurídicos em concorrência – mas que, a meu ver, nesse novo contexto, não implica necessariamente que uns ou outros tenham que rever suas premissas dogmáticas, para integrar-se ao diálogo transnacional (e digo, transjusfundamental) de forma plena.²⁰⁸

Tenho a pretensão de integrar, com ajuda do conceito de transjusfundamentalidade, o constitucionalismo (que, à moda clássica, é nacional) às outras ordens normativas – locais, regionais, internacionais, supranacionais e transnacionais –, sem que nenhuma tenha que ceder à outra, mantendo suas próprias identidades dentro do sistema de interações recíprocas.

Porém, tenho consciência de que tal tarefa exige um diálogo com posições contrárias, todas elas muito sólidas e sustentáveis. E aqui já surge o primeiro paradoxo da pesquisa. Vinculo-me às idéias centrais da formulação transconstitucionalista, principalmente da racionalidade transversal que implica aprendizado recíproco e intercâmbio criativo.”²⁰⁹, todavia não concordo com objetivo de Marcelo Neves de buscar uma solução para a eventual concorrência entre sistemas jurídicos internos e externos (nacionais de um lado; regionais, internacionais ou transnacionais de outro)²¹⁰, porque esta solução para mim não se revela importante, nem viável no modelo de Estado Constitucional do século XXI.

O transconstitucionalismo importa a questão inevitável da dupla contingência, que significa, por sua vez, a permanente necessidade de reconhecimento recíproco entre as diversas ordens. “O problema do reconhecimento põe-se precisamente quando um dos pólos, na relação de observação recíproca entre ego e alter, não se dispõe a suportar a liberdade do outro, tanto porque não considera o seu comportamento como ação.”²¹¹

Aqui é importante ressaltar que a alteridade ganha relevo, para a metodologia transconstitucionalista, na medida em que a reconstrução permanente da identidade

²⁰⁸ O monismo é objeto de reflexão da obra de Marcelo Neves, a partir da seguinte colocação: “Afirmada essa emergência dos problemas constitucionais perante ordens jurídicas as mais diversas, reaparecendo a cada momento em forma de hidra, não há mais uma Constituição-Hércules que possa solucioná-los. A fragmentação dos problemas constitucionais permaneceria desestruturada se cada ordem jurídica pretendesse enfrentá-los isoladamente a cada caso. Impõe-se, pois, um diálogo ou uma conversação transconstitucional. É evidente que o transconstitucionalismo não é capaz de levar a uma unidade constitucional do sistema jurídico mundial. Mas ele parece que tem sido a única forma eficaz de dar e estruturar respostas adequadas aos problemas constitucionais que emergem fragmentariamente no contexto da sociedade mundial hodierna” NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 121-122.

²⁰⁹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 115.

²¹⁰ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 118

²¹¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 271-272.

constitucional é dela dependente, o que significa uma pronta disposição para aberturas cognitivas e normativas entre as ordens entrelaçadas.²¹²

Afilio-me à tese de Marcelo Neves, portanto, na parte em que afirma que o transconstitucionalismo implica conversações constitucionais, e, assim, reconhece a incorporação recíproca de conteúdos, a qual envolve uma “certa desconstrução do outro e uma autodesconstrução: tanto conteúdos de sentido do outro são desarticulados (falsificados!) e rearticulados internamente, quanto conteúdos de sentido originários da própria ordem são desarticulados (falsificados!) e rearticulados em face da introdução do outro.”²¹³

Rejeito, por outro lado, toda forma de racionalização binária que possa reduzir as relações entre tais ordens nacionais, internacionais, supranacionais ou transnacionais a *inputs* e *outputs* entre sistemas²¹⁴. Isso porque, não entendo como premissa relevante para o estudo aqui proposto o reconhecimento das ordens diferenciadas para o tratamento das mesmas questões, nem muito menos pontos referenciais estanques, ou binários, de onde partem as premissas para a concretização dos direitos fundamentais²¹⁵.

Não enxergo direções e vetores conhecidos nas relações transnacionais, nem soluções previamente identificáveis ou, muito menos, controláveis, mas, sim, uma construção compartilhada de experiências que se aproximam e se distanciam, mediadas por si mesmas, e pela própria história dos acontecimentos.

Distancio-me da tese de Marcelo Neves quando ele afirma que “o problema consiste em delinear as formas de relação entre ordens jurídicas diversas”²¹⁶. E explica: “dentro de um

²¹² Segundo Marcelo Neves: “Só em um modelo de alteridade, que se construa exatamente na busca de uma permanente possibilidade de alteração da identidade em face do outro, pode-se processar o paradoxo da colisão entre direitos fundamentais.” NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 272; 274.

²¹³ Nesse contexto Marcelo Neves afirma: “O transconstitucionalismo faz emergir, por um lado, uma fertilização constitucional cruzada (nota 9 Slaughter). As cortes constitucionais citam-se reciprocamente não como precedente, mas como autoridade persuasiva.” (NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 118 - 119)

²¹⁴ É de sua própria pesquisa que colho a fundamentação para essa minha refutação: “A sociedade mundial constitui-se como uma conexão unitária de uma pluralidade de âmbitos de comunicação em relação de concorrência e, simultaneamente, de complementaridade. Trata-se de uma *unitas multiplex* (NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 26, nota 95, referência a Tyrell).

²¹⁵ E aqui vale a observação de que a sociedade mundial “não se confunde com a ordem internacional, pois essa diz respeito fundamentalmente às relações entre Estados. A ordem internacional é apenas uma das dimensões da sociedade mundial.” NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 26-27.

²¹⁶ Marcelo Neves anota: “(...) para que o transconstitucionalismo se desenvolva plenamente é fundamental que, nas respectivas ordens envolvidas, estejam presentes princípios e regras de organização que levem a sério os

mesmo sistema funcional da sociedade mundial moderna, o direito, proliferam ordens jurídicas diferenciadas, subordinadas ao mesmo código binário, isto é, lícito/ilícito, mas com diversos programas e critérios (Nota 1, Luhmann, 1986c).”²¹⁷ Mas, certamente, aproximo-me dela quando afirma:

“não só a sociedade mundial, mas também o seu sistema jurídico é multicêntrico, de tal maneira que, na perspectiva do centro (juízes e tribunais) de uma ordem jurídica, o centro de uma outra ordem jurídica constitui uma periferia.(...)Essa situação importa relações de observação mútua, no contexto da qual se desenvolvem formas de aprendizado e intercâmbio, sem que se possa definir o primado definitivo de uma das ordens, *ultima ratio* jurídica.”²¹⁸

E não posso negar que há muito mais convergência dos que divergências entre a transjusfundamentalidade e o transconstitucionalismo, principalmente se se considerar que:

“A questão do transconstitucionalismo não se refere, portanto, à referência inflacionária à existência de uma Constituição em praticamente toda nova ordem jurídica que emerge com pretensão de autonomia. Não interessa primariamente ao conceito de transconstitucionalidade saber em que ordem se encontra uma Constituição, nem mesmo defini-la como um privilégio do Estado. O fundamental é precisar que os problemas constitucionais surgem em diversas ordens jurídicas, exigindo soluções fundadas no entrelaçamento entre elas.”²¹⁹

problemas básicos do constitucionalismo.” NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p.p. 129

²¹⁷ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p.115

²¹⁸ E aqui vale destacar a idéia de que se fala em conversações ou diálogos entre cortes, mas que tal conversação a rigor não necessariamente tem embutida a idéia de cooperação permanente, no sentido de ausência de conflitos, pois “No limiar, toda conversação entre cortes carrega em si o potencial de disputa.” NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009,p. 116-117

²¹⁹ E aqui vale a explicação complementar de Marcelo Neves: “Assim, um mesmo problema de direitos fundamentais pode apresentar-se perante uma ordem estatal, local, internacional, supranacional e transnacional (no sentido estrito) ou, com frequência, perante mais de uma dessas ordens, o que implica cooperações e conflitos, exigindo aprendizado recíproco.” NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 121.

Para Marcelo Neves, “a semântica constitucionalista relaciona-se com mudanças na estrutura social”²²⁰ o que implica considerar a metáfora não apenas como um deslocamento entre palavras, mas verdadeira transação entre contextos. A construção transjussfundamental implica o ampliar de horizontes, se não por força de vontades particulares, certamente por força de contingências da modernidade. Assim, se se reconhece com Marcelo Neves que: “todo uso de linguagem natural carrega uma carga metafórica maior ou menor”²²¹, é de também com ele concluir-se que “nesse sentido, não há dúvida de que Constituição é uma das metáforas da semântica social contemporânea”.²²²

E pensando na Constituição como uma metáfora cultural das sociedades contemporâneas modernas, é preciso mais uma vez concordar com Marcelo Neves²²³ que “(...) não se pode recorrer, indiscriminadamente, ao conceito de Constituição em contextos sociais os mais diversos, convertendo-o em um componente de jogos de linguagem estranhos à respectiva forma de vida, no sentido wittgensteiniano, ou seja, sem suporte estrutural.”²²⁴

A crítica oportuna é de que a utilização metafórica do conceito de Constituição, sem a correspondente concretização de seus termos, abriu espaço para um constitucionalismo simbólico, no qual a Constituição deixa de ser um conceito-guia para tornar-se um conceito-panacéia.²²⁵ E aqui a advertência ganha relevância concreta em minha pesquisa: não é mais o tempo de se estudar direitos fundamentais pela racionalidade puramente semântica.

O único é possível ambiente semiótico para se investigar os direitos fundamentais é a pragmática, ou seja, o ambiente contextualizado, com suas circunstâncias, contingências e exigências estruturais plurais e multifacetadas.

Marcelo Neves, ao discorrer sobre a sociedade moderna multicêntrica, ensina, com apoio na doutrina de Luhmann²²⁶, que ela se torna policontextural e que “qualquer forma de

²²⁰ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 1-2

²²¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 2

²²² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 2

²²³ Aqui mais uma vez a doutrina de Luhmann (1980 e 1990a).

²²⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 3

²²⁵ E nesse particular afirma o professor: “Esse problema relaciona-se com o fato de que a Constituição passou a ser suporte de esperança e o seu conceito, assim como o de constitucionalização, partiu para uma ofensiva vitoriosa, assumindo o caráter de um conceito político de luta.” NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 5

²²⁶ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 22, notas 77 e 78.

autismo desenvolvido em uma esfera pode ter efeitos destrutivos nas outras esferas sociais e, por fim, também sobre a integração social e sistêmica de uma sociedade complexa.”²²⁷

Muito relevante o conceito de racionalidade transversal para a obra de Marcelo Neves. Talvez esse seja o ponto de maior contato entre o transconstitucionalismo e a transjusfundamentalidade. Por racionalidade transversal entenda-se uma metódica que propõe sua realização através de pontes de transição entre as esferas heterogêneas, ou seja, pelo aprendizado e intercâmbio recíprocos entre nacionalidades parciais mediante interferências estruturais.²²⁸

Adverta-se, entretanto, que há dois perigos iminentes na idéia de racionalidade transversal: o perigo da atomização, em que “a alteridade é negada, tendo em vista que uma esfera de racionalidade perde a capacidade de aprendizado em relação a outra ou atua negativamente para o desenvolvimento dessa”²²⁹ e o perigo da expansão imperialista de uma racionalidade sobre as demais.²³⁰

Se é verdade que o transconstitucionalismo é uma realidade crescente e perceptível, que se desenvolve rapidamente no plano estrutural do sistema jurídico, também é verdade que ele ainda é muito incipiente no contexto da sociedade mundial. Mas não há dúvidas de que já é passado o momento de se perceber que o direito constitucional se projeta para além do Estado, tornando-se evidente a necessidade de uma teoria e uma dogmática do direito transconstitucional.²³¹

Para Marcelo Neves, utilizando lição de Luhmann, a soberania é “uma responsabilidade política regional nas condições estruturais da sociedade mundial”²³² Ao anotar que há soberania no plano interno – como responsabilidade do Estado perante seu contexto social – e soberania externa – como responsabilidade no plano interestatal – Marcelo

²²⁷ E continua: “a sociedade moderna nasce como uma sociedade mundial, apresentando-se como uma formação social que se desvincula das organizações políticas territoriais, embora estas, na forma de Estados, constituam uma das dimensões fundamentais à sua reprodução.” NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 24-26.

²²⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 45

²²⁹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 45

²³⁰ Nas palavras de Marcelo Neves isso ocorre “quando o sistema que dispõe de um código forte, ao relegar um outro à insignificância, não só prejudica as pontes de transição, como também dificulta que os respectivos sistemas atuem adequadamente em relação à sociedade: um por força da tendência hipertrófica; o outro, por força de uma propensão à atrofia.” Cfr. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 47

²³¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 131.

²³² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p.134.

Neves confirma que não se apresenta racional um modelo que pressupõe a soberania apenas em um desses aspectos²³³, pois “a abertura da estatalidade, (...), trouxe consigo uma interpenetração entre ordem estatal e internacional, que exige progressivamente um aprendizado e um intercâmbio entre as experiências com racionalidades específicas nas duas perspectivas, a estatal e a internacional.”²³⁴

Nesse particular, é preciso deixar claro que não apenas os tribunais constitucionais devem estar abertos ao diálogo com os tribunais internacionais²³⁵, mas também os tribunais internacionais devem atentar para o desenvolvimento das “compreensões particulares dos direitos fundamentais nas diversas ordens jurídicas nacionais.”²³⁶

A maior novidade da racionalidade transversal é que ela propõe uma interação dinâmica e circular entre as ordens estatal e transnacional, tendo em vista que o tratamento univertorial aponta para uma lógica a ser superada²³⁷. E continua Marcelo Neves: “Nesse sentido, cabe apontar antes para uma conversação constitucional fundada no aprendizado recíproco do que em uma forma hierárquica monolítica.”²³⁸

Os diálogos transconstitucionais inspiram a possibilidade de um mínimo de equilíbrio entre a consciência jurídica (interna) e a adequação jurídica (externa) das decisões das diferentes Cortes, sejam elas nacionais ou internacionais. Mas para isso é necessária uma nova

²³³ E aqui vale a observação de Marcelo Neves: “Ou seja, tanto em uma perspectiva quanto em outra, os problemas constitucionais passam a ter uma relevância simultânea, exigindo novos modelos de análise: não só o provincialismo estatalista deve ser aqui rejeitado; igualmente é prejudicial a um modelo racionalmente adequado de solução de conflitos o pseudouniversalismo internacionalista, que, antes, constitui uma outra forma de visão provinciana dos problemas constitucionais.” NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 135.

²³⁴ Afirma: “Em relação à pluralidade de constitucionalismos europeus, impõe-se ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos uma posição flexível ao decidir com pretensão vinculante a respeito de casos que afetam diversos países considerando também as autocompreensões constitucionais específicas e suas metamorfoses.” NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 134.

²³⁵ E ao comentar sobre a postura muitas vezes intransigente de tribunais constitucionais, relembra o debate entre Hans Kelsen (1931) e Carl Schmitt (1931) sobre quem deveria ser o guardião da Constituição, e afirma: “(...) O problema é que, na concepção de “hierarquia entrelaçada”, todo controle implica um contracontrole, não havendo, a rigor, o controle último e definitivo (Luhmann, 1987c, p. 63), mas apenas, eventualmente, o predominante ou hegemônico.” NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 157, nota 112.

²³⁶ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p.137; 142.

²³⁷ Nesse sentido afirma Marcelo Neves: “(...) exemplos em torno do transconstitucionalismo entre ordens internacionais e ordens estatais apontam para a necessidade de superação do tratamento provinciano de problemas constitucionais pelos Estados, sem que isso nos leve à crença na ultima ratio do direito internacional público: não só aqueles, mas também este pode equivocar-se quando confrontado com questões constitucionais, inclusive com problemas de direitos humanos.”Cfr. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 151.

²³⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 154.

metodologia do transconstitucionalismo, a qual se fundamenta na alteridade e flexibilidade, que se resume na tolerância acerca de concepções jusfundamentais diversas.²³⁹

Aqui é preciso lembrar que Constituição, para Marcelo Neves, é a instância de autofundamentação normativa do Estado, ou seja, critério básico de autocompreensão da ordem jurídica estatal.²⁴⁰ Reconhecendo a importância dos níveis entrelaçados de fundamentação das decisões internas e externas do Estado, a Constituição nacional não deixará de ter importância para a resolução dos problemas fundamentais²⁴¹ – especialmente aqueles que envolvem direitos fundamentais e competências –, mas é preciso reconhecer que a própria Constituição envolve-se no dinâmico jogo constitucional com outros níveis decisórios.²⁴²

Ao comentar o caso da prisão civil do depositário infiel do Supremo Tribunal Federal, Marcelo Neves afirma que o referido caso é “um indício claro de que a ordem jurídica estatal, autofundamentada constitucionalmente, importa hierarquias entrelaçadas ou “voltas estranhas”, envolvendo inclusive o próprio nível – em princípio – inviolável, a Constituição.”²⁴³

Mas, como o próprio Marcelo Neves destaca, esse exemplo nada tem de extraordinário em relação a qualquer outra decisão no contexto da jurisdição constitucional, revelando-se apenas como mais um exemplo da “superação do constitucionalismo provinciano ou paroquial pelo transconstitucionalismo.”²⁴⁴ Isso realmente deve ser levado a sério pois é indiscutível que o Estado deixa de ser a única alternativa para a solução de problemas constitucionais, passando a ser mais um dos importantes interlocutores em cooperação e concorrência na busca por soluções para esses problemas.²⁴⁵

²³⁹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 165-166. Afirma expressamente Marcelo Neves: “O diálogo transconstitucional

²⁴⁰ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 295.

²⁴¹ E explica: “Isso significa, em nosso contexto, que embora a Constituição do Estado constitucional vincule normativamente seus concretizadores, especialmente juízes e tribunais constitucionais, ela é reconstruída permanentemente mediante a sua interpretação e aplicação por esses mesmos concretizadores.” NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 295.

²⁴² E vale a conclusão de Marcelo Neves nesse particular: “Esse é o paradoxo das hierarquias entrelaçadas: a sentença constitucional, subordinada normativamente à Constituição, afirma, ao concretizá-la, o que é constitucional.” NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 295.

²⁴³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 296-297.

²⁴⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 297.

²⁴⁵ Mais uma vez vale a transcrição de Marcelo Neves: “A integração sistêmica cada vez maior da sociedade mundial levou à desterritorialização de problemas-caso jurídico-constitucionais, que, por assim dizer,

Assim, as diversas ordens jurídicas envolvidas com problemas constitucionais comuns devem buscar formas transversais de articulação a fim de que “cada uma delas observando a outra, para compreender os seus próprios limites e possibilidades” possa oferecer sua contribuição para a respectiva solução.²⁴⁶ Para Marcelo Neves, “a identidade é reconstruída, dessa maneira, enquanto leva a sério a alteridade, a observação do outro.”²⁴⁷

É fenômeno indiscutível que as idéias constitucionais estejam em franco processo de migração de uma ordem jurídica para outra: são migrações legislativas, jurisprudenciais e doutrinárias. Marcelo Neves destaca que há um entrecruzamento de problemas que exigem um diálogo constitucional no nível jurisdicional, sobretudo através dos tribunais constitucionais ou cortes supremas.²⁴⁸

Diversos Tribunais constitucionais e Cortes supremas do mundo²⁴⁹ estão invocando jurisprudência estrangeira como fundamentos de suas decisões. Assim, o transjudicialismo – que propõe a decisão ou legislação estrangeiras como ponto de partida para decisões dogmáticas – transforma-se em transconstitucionalismo, o qual implica “uma releitura dos autofundamentos constitucionais da própria ordem que se toma como ponto de partida”.²⁵⁰

Para Marcelo Neves, sobre a idéia de que recepção transformou-se em diálogo, afirma: “a capacidade das respectivas cortes de atuar reflexivamente tanto no sentido da manutenção da autoconsciência constitucional quanto na perspectiva da abertura a um aprendizado com as experiências das outras cortes.”²⁵¹

É preciso deixar registrado que “no plano do transconstitucionalismo não há apenas referências ou invocação de precedentes jurídico-constitucionais de outras ordens jurídicas,

emanciparam-se do Estado. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 297.

²⁴⁶ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 297.

²⁴⁷ Conclui o autor: “ (...) o transconstitucionalismo implica o reconhecimento dos limites de observação de uma determinada ordem, que admite a alternativa: o ponto cego, o outro pode ver.” NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 297-298.

²⁴⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 167.

²⁴⁹ Para uma análise sobre alguns países em que isso está ocorrendo, cfr. Marcelo Neves: NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 168-187.

²⁵⁰ Transconstitucionalismo, p. 168. Sobre isso anota Claire L’heureux-Dubé, Justice da Suprema Corte do Canadá: “o processo de influências internacionais modificou-se da recepção ao diálogo, pois os juízes não mais recebem os casos de outras jurisdições e, então, aplicam-nos ou modificam-nos para a sua própria jurisdição. Ao contrário, a polinização cruzada e o diálogo entre jurisdições estão ocorrendo crescentemente.” Apud Baundenbacher, 2003, p. 522 e SS. Apud NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 171, nota 145.

²⁵¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 171.

mas também a avaliação prática dos juízes e tribunais de outros países.”²⁵² Esse ponto é essencial para o desenvolvimento do presente trabalho, pois a proposta metodológica a ser desenvolvida no segundo capítulo busca demonstrar exatamente essas preocupações.²⁵³

Não há uma solução definitiva para os problemas de direitos fundamentais quando se está diante de uma racionalidade transversal, típica do transconstitucionalismo, pois revela-se impossível definir, de antemão, um centro último de decisão de controvérsias, nem muito menos, oferecer soluções a partir de modelos de otimização. Para Marcelo Neves: “Fundamental é o envolvimento na rede argumentativa multiangular entre ordens jurídicas, na qual o risco e a incerteza da desilusão são inerentes à complexidade do sistema mundial de níveis múltiplos”.²⁵⁴

Não há dúvidas de que o transconstitucionalismo em um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos está relacionado, de maneira direta ou indireta, com os problemas de direitos fundamentais ou direitos humanos.²⁵⁵ Nesse contexto, é de se reconhecer que a questão dos direitos humanos perpassa todos os tipos de ordens jurídicas no sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, constituindo uma questão central do transconstitucionalismo. Assim, ganha especial relevo o transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos, pois ele corta transversalmente ordens jurídicas dos mais diversos tipos, instigando, ao mesmo tempo, cooperação e colisões.²⁵⁶

²⁵² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 183.

²⁵³ Aqui é preciso também deixar claro que “o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais constitui o sintoma mais marcante de que não se deve confundir o transconstitucionalismo com uma ordem jurídica global abarcante e supraordenada.”²⁵³ Isso porque, “o ponto de partida do transconstitucionalismo não é a negação, mas sim a abertura dos constitucionalismos estatais para outras ordens jurídicas, seja do mesmo tipo ou de espécie diversa.” NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 187.

²⁵⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 239-240. Comentando a decisão do STF na ADPF 101 ressalta Marcelo Neves: “Nesse particular, impõe-se, cada vez mais, uma revisão dos paradigmas constitucionais, possibilitando uma conversação transconstitucional mais sólida com ordens normativas entrelaçadas em torno de problemas no sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, especialmente por parte do Supremo Tribunal Federal. Isso não deve significar, porém, arroubos ou bravatas internacionalistas, transnacionalistas ou supranacionalistas em detrimento da ordem constitucional brasileira, mas sim a afirmação dessa ordem como parceira na construção de um transconstitucionalismo multiangular.” NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 249.

²⁵⁵ Marcelo Neves anota que as expressões possuem sentido ambíguo e, por isso, propõe que tanto os direitos humanos quanto os direitos fundamentais relacionem-se à idéia de inclusão da pessoa e à sua diferenciação de sociedade. Afirma o autor que os conteúdos praticamente coincidem, mas que há uma importante diferença no âmbito de suas pretensões de validade: “Os direitos fundamentais valem dentro de uma ordem constitucional estatalmente determinada. Os direitos humanos pretendem valer para o sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, ou seja, para qualquer ordem jurídica existente na sociedade mundial (não apenas para a ordem jurídica internacional). NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 253.

²⁵⁶ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p.256.

A idéia de direito humano como idéia de inclusão, importa também assumir a premissa de que a inclusão como pessoa é que possibilita o respeito à integridade entre psique e corpo.²⁵⁷ Além disso, não pode passar despercebido o fato de a interpretação das normas de direitos fundamentais/humanos poder levar a soluções diversas aos mesmos problemas.

E mais, a invocação de um direito fundamental/humano pode levar a colisão com outra pretensão jusfundamental. Assim, torna-se imprescindível que haja diálogo transconstitucional mediante pontes de transição, as quais permitam, na visão de Marcelo Neves, aprendizados recíprocos entre as ordens envolvidas.²⁵⁸

Mas essa postura dialógica proposta pelo transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos não deve ser confundida com mera convergências entre sistemas similares ou diversos. Nem o modelo de resistência²⁵⁹, nem o modelo de convergência são adequados para o transconstitucionalismo. “Contra essas duas posições orientadas a incluir sem restrição ou excluir absolutamente o outro, Jackson propõe uma terceira alternativa, que ela denomina de modelo de articulação”.²⁶⁰

De acordo com a via alternativa proposta por Marcelo Neves, o direito constitucional passa a ser compreendido como o elemento de articulação entre o direito interno e as fontes de direito externas.²⁶¹ Com isso Marcelo Neves endossa o modelo de Vicki Jackson, ao comentar que o Supremo Tribunal Federal dá indícios de seu engajamento em um diálogo transconstitucional no sistema de níveis múltiplos, afirmando:

²⁵⁷ São palavras do próprio Marcelo Neves nesse sentido: “Como forma de dois lados, a pessoa constitui um acoplamento estrutural entre homem e sociedade, servindo para enfrentar o perigo tanto de que a integridade de seu substrato biopsíquico seja violada ou destruída pela expansão da sociedade quanto de que, ao contrário, esta seja destruída e desintegrada pela falta de limites dos desejos e impulsos humanos.” NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 255.

²⁵⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p.256-257.

²⁵⁹ Marcelo Neves, nesse particular, está fazendo referência aos modelos expostos por Vicki Jackson: “o modelo de convergência vê as constituições nacionais como locais para a implementação de direito internacional ou para o desenvolvimento de normas transnacionais, enquanto o modelo de resistência orienta-se tanto para que as constituições estatais sirvam como base de resistência às pressões da globalização econômica, destacadamente nos países menos desenvolvidos, quanto no sentido de que elas atuem como argumento afirmativo para resistir à constitucionalização de normas de direitos humanos derivadas de fontes transnacionais.” NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 258-259, nota 61.

²⁶⁰ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 259.

²⁶¹ “Segundo esse ponto de vista, os intérpretes da Constituição não tratam o material estrangeiro ou internacional como vinculante, ou como algo a ser presuntivamente seguido. Mas tampouco colocam viseiras para excluir as fontes e as experiências jurídicas estrangeiras. As fontes transnacionais são vistas como interlocutores, oferecendo um meio de testarmos a compreensão das nossas próprias tradições e possibilidades ao examiná-las na reflexão das outras.” Vicki Jackson, 2005, p. 114, apud NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 259, nota 62.

“E aqui não se trata da adoção de um simples modelo de convergência, com base no art. 5º, §2º, da Constituição Federal (...). Muito menos, cabe o regresso a um modelo de resistência a partir de uma interpretação paroquial desses dispositivos constitucionais. O caminho mais adequado em matéria de direitos humanos nos parece ser o modelo de articulação, ou melhor, de entrelaçamento transversal entre ordens jurídicas, de tal maneira que todas se apresentem capazes de reconstruírem-se permanentemente mediante o aprendizado com as experiências de ordens jurídicas interessadas concomitantemente na solução dos mesmos problemas jurídicos constitucionais de direitos fundamentais ou direitos humanos.”²⁶²

Nesse contexto, o transconstitucionalismo afigura-se como o direito constitucional do futuro, exigindo obviamente maior grau de interdisciplinaridade e também uma metodologia específica.²⁶³ Nesse sentido observa que mais do que autoridade, o transconstitucionalismo precisa de método.²⁶⁴

Assim, propõe-se como um primeiro passo do método transconstitucional a contenção, que se apresenta como a capacidade de surpreender-se com os outros, na admissão de um futuro aberto, o qual não pode ser predefinido por nenhuma das ordens entrelaçadas.²⁶⁵ Isso, em última análise, “pressupõe a construção de mecanismos que sirvam à rearticulação da identidade mediante a observação da solução oferecida pela outra ordem a determinado problema”.²⁶⁶

E, por fim, o segundo passo do método, que tem por fundamento o modelo de alteridade, é a diferenciação construtiva entre ordens jurídicas, no plano de suas respectivas autofundamentações. Isso impõe a rejeição tanto de um “modelo metódico hierárquico quanto a simples constatação da fragmentação do direito, sem horizonte metodológico.”²⁶⁷

²⁶² Nesse particular conclui Marcelo Neves: “A alternativa absoluta “convergência ou resistência” carrega, respectivamente, elementos potenciais de autodestruição da própria ordem constitucional ou de heterodestruição de outras ordens jurídicas”. Cfr. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p.263-264.

²⁶³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 269.

²⁶⁴ Esta observação, já reproduzida na introdução do presente trabalho, revelou-se como o ponto de maior contato entre o transconstitucionalismo e a presente tese. Cfr. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009,p. 277.

²⁶⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 275.

²⁶⁶ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 274.

²⁶⁷ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 276-277.

Não se pode perder de vista, nesse contexto, que a partir desse método constituído de dois passos, o transconstitucionalismo está exposto a um grande e delicado desafio: diante de ordens que insistem em permanecer fechadas, como oferecer caminhos metodológicos que, por instigações recíprocas, levem a transformações internas nessas ordens em redes entrelaçadas.²⁶⁸

Os desafios, limites e possibilidades do transconstitucionalismo estão postos. Dentre os desafios destacam-se: em primeiro lugar, as assimetrias das ordens (formas de direito), o que implica um prejuízo ao transconstitucionalismo, em virtude da supremacia de uma ordem sobre a outra.²⁶⁹ Num segundo plano, o fato de que, no próprio interior dos Estados constitucionais “desenvolvem-se práticas anticonstitucionais, cuja migração mina a realização do transconstitucionalismo.”²⁷⁰ Por fim, também há o desafio da “corrupção sistemática das formas de direito dos Estados frágeis mediante as autorregulações privadas no plano transnacional.

Esses desafios, entretanto, ao invés de fragilizarem a teoria proposta por Marcelo Neves, a engrandecem e solidificam, pois abrem o caminho acadêmico para uma frutífera interlocução. É isso que espero também poder fazer no presente trabalho.

1.4.2. Diálogo do Estado Constitucional com o interconstitucionalismo

Não há mais como se sustentar, sem reservas, o direito constitucional clássico, principalmente aquele herdado da cultura jurídica francesa e alemã, que tratavam o Direito como um sistema legislativo por excelência e a constituição como um estatuto jurídico do político.²⁷¹

Nesse contexto, mesmo avançando para a idéia de que a globalização está aspirando a um sistema normativo em âmbito mundial, nem assim a constituição poderá aspirar um espaço normativo mais privilegiado do que seus limites permitem: uma vez que as

²⁶⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p.276-277.

²⁶⁹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 279. E nesse particular adverte: “No âmbito das relações internacionais, a expansão do código do poder em detrimento do código jurídico está associada à imunização e intocabilidade das ordens jurídicas das grandes potências perante o direito internacional público.” (p. 280)

²⁷⁰ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 281.

²⁷¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 188-189.

constituições foram forjadas como um texto normativo útil para direitos e políticas simbólicas.²⁷²

E nesse contexto, o paradigma da interconstitucionalidade proposto por Canotilho estabelece a primeira conexão com a presente pesquisa. O professor de Coimbra afirma que, mesmo aqueles que tentam salvar alguma função primária intransferível da idéia de constituição, tentando regenerá-la como um catálogo de virtudes cívicas, enfrentarão, mais cedo ou mais tarde, o problema de transformar a concepção contemporânea de constituição em uma espécie de “religião civil integradora dos pluralismos estatais, nacionais e étnicos.”²⁷³

Ora, mesmo que se esteja diante de uma experiência de eticização do discurso constitucional em paralelo com a eticização do discurso internacionalista, é preciso reconhecer que “a convergência moral de constituições internas e de tratados internacionais e supranacionais daria sopro moral comunitariamente inclusivo ao direito, à política e à economia”²⁷⁴, mas não teria o condão de transformar a ‘religião civil dos valores’ em instrumento de hetero-referência capaz de quebrar a circularidade auto-referencial dos três sistemas referidos.²⁷⁵

Mesmo que existam movimentos filosóficos e teóricos em direção a um resgate da teoria geral do Estado como disciplina central das reflexões contemporâneas, trata-se de uma tentativa forjada no receio de que a dinamicidade da reinvenção da política européia possa estar fora de controle²⁷⁶.

Mas, o retorno a uma idéia de centralidade estatal-constitucional, ao invés de resolver os problemas de fluidez das soberanias, de dessacralização e dessubstancialização do Estado, de dificuldades de redução objetiva ao binário ‘consenso e conflito’ das sociedades

²⁷² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 190.

²⁷³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p.191.

²⁷⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 192.

²⁷⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 192.

²⁷⁶ Registra Canotilho: “O que se procura, no fundo, é um conceito de ordenação política garantidora de integração estabilizadora perante o perigo de dinamicidade política forjada pela construção européia. A ser assim, em vez de um constitucionalismo reflexivo, acabamos por restaurar um constitucionalismo introvertido. Eis, aqui o paradoxo do regresso ao Estado. Perante uma sociedade plural, aberta, turbulenta e complexa, pretende-se, afinal, através do recurso ao organologismo estatal, domesticar voluntaristicamente a sociedade real.” CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 194-195.

democráticas, pode atrapalhar as aprendizagens inteligentes que cidadãos e povos estão experimentando, de forma crescente, a partir do último século.²⁷⁷

Se há dois séculos, o constitucionalismo se fundava na premissa de que uma sociedade que não tivesse separação de poderes e garantia de direitos fundamentais não tinha uma Constituição, hoje é já possível afirmar que “só haverá direito constitucional com força normativa quando a sociedade possuir uma estrutura constitucional que se confronte com ela própria mediante formas institucionais apropriadas e processos regulados por normas de adaptação, resistência e autocorreção”.²⁷⁸

A complexidade e as contingências da sociedade plural, assentada em diversos sistemas sociais e culturais, postula a reescritura permanente das regras constitucionais, levando-se em consideração as experiências e aprendizagens cotidianas. Não mais se apresenta útil ao novo momento histórico o recurso a integracionismos ético-sociais, a unitarismos políticos e à homogeneização dos cidadãos, de modo que as constituições passam a ser ‘individualidades históricas que perpetuamente se renovam.’^{279 280}

Ao perceber a necessidade de uma nova teoria da constituição, Canotilho enfrenta a questão da pós-modernidade²⁸¹, conduzindo sua reflexão a partir de dez conjuntos de problemas fundamentais: problemas de inclusão²⁸²; problemas de referência subjetiva²⁸³;

²⁷⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 195.

²⁷⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p.196.

²⁷⁹ GARCÍA-PELAYO, Manuel. Derecho constitucional comparado, p. 134, apud CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 197-198, nota 18.

²⁸⁰ Para Canotilho, “isso significa uma Constituição aberta a outros espaços, aberta a outras pessoas, aberta a outras normas, aberta a conflitos e consensos, aberta à sobreposição experiencial de consensos.” Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p.197.

²⁸¹ Nesse sentido vide: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 215 e ss.

²⁸² Sobre esse aspecto, o problema está na necessidade de diálogo do ordenamento normativo-constitucional com outras ordens subjacentes, tais como a social, a política, a histórica, a econômica, etc. As práticas sociais revelam-se cada vez mais rebeldes à tentativa de normatização legalista, de modo que se a constituição pretendeu e pretende ser o ‘estatuto jurídico do político’ vai ter que se reinventar e absorver, em seu próprio universo, a auto-referencialidade e a auto-organização de demais sistemas e subsistemas sociais. Vide: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 216.

²⁸³ É preciso que o constitucionalismo reencontre-se com os novos sujeitos do poder, como as entidades privadas organizativas – principalmente de âmbito multinacional –, e os atores neocorporativos, que se apresentam sob a forma de novas ordens profissionais. Isso porque a centralidade antropológica, de sujeitos que sempre equivaliam a indivíduos humanos, deixa de fazer sentido diante das demandas por direitos fundamentais de terceira dimensão, especialmente os difusos e individuais homogêneos. CANOTILHO, J. J. Gomes.

problemas de reflexividade²⁸⁴; problemas de universalização²⁸⁵; problemas de materialização do direito²⁸⁶; problemas de reinvenção do território²⁸⁷; problemas de tragédia²⁸⁸; problemas de fundamentação²⁸⁹; problemas de simbolização²⁹⁰; e problemas de referência objetiva²⁹¹.

Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 216-217.

²⁸⁴ As palavras de Canotilho são precisas nesse contexto: “Através dessa idéia, pretende-se, no fundo, significar a impossibilidade de o sistema regulativo central gerar um conjunto unitário de respostas dotadas de racionalidade e coerência relativamente ao conjunto cada vez mais complexo e crescente de demandas ou exigências oriundas do ou constituídas no sistema social. Essa crise de reflexividade reflecte-se, desde logo, sobre o centro político e sobre o sistema de fontes do ordenamento jurídico.” CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 217.

²⁸⁵ Não mais se sustenta a pretensão constitucional de que a Constituição apresente-se como uma categoria universal e como o universo normativo-total, revelando-se premente ajustar o discurso jurídico-constitucional aos discursos reais emergentes, que se revelam como gramáticas, códigos e programas informados por racionalidades próprias dos mundos parciais (economia, telecomunicação, informática). Assim, universalidade e universalização não fazem mais sentido como metas a informar a racionalidade constitucional-jurídica. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 218.

²⁸⁶ Se a concepção predominante é a de que o Direito está no topo e vértice da pirâmide social, sendo a constituição a ‘norma das normas’ que materializa todos os valores a serem irradiados para as demais esferas sociais, corre-se o risco de constitucionalizar todos os âmbitos das relações sociais, sem perceber a própria dinâmica a elas inerente. Dessa forma, mesmo expressamente constantes do texto da constituições, as diversas esferas normativas continuam alheias e distantes do texto desatualizado e fragmentado. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 218-219.

²⁸⁷ A supranacionalização e internacionalização do Direito, arquétipos de liberdades globalizadas, esvaziam os pressupostos do Estado e de sua Constituição. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 219. Tangenciando essa problemática, vide meu: Estado constitucional cooperativo: o futuro do Estado e da interpretação constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle, in **Revista Jurídica/Presidência da República**, vol. 7, n. 72, maio 2005 [internet] disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica.htm Acessado em 30/10/11.

²⁸⁸ Na formulação mais própria do senso comum seria dito: o Estado é a principal vítima de seu próprio sucesso. Para Canotilho: “O estado hegeliano vê-se, agora, confrontado com a secularização da política e a contingência da ordem social.” CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 219.

²⁸⁹ Mudou a lógica do discurso jurídico-constitucional e, conseqüentemente, também há novidades no edifício da lógica do Direito. De uma lógica formal e analítica migrou-se para uma lógica material de valores, cujas premissas enfrentam dialogicamente paradoxos, dilemas e teoremas. Nesse contexto, não são válidas as investigações sobre as dicotomias, pois estas cederam lugar aos problemas complexos e suas soluções provisórias e alternativas. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 220.

²⁹⁰ Aqui são denunciadas as falências jurídicas em múltiplos aspectos: o divórcio entre teoria e prática jurídicas; a falta de reflexividade da Constituição e do direito constitucional; as teorias constitucionais míticas que refundam a sociedade, sem dar atenção aos mitos políticos fundadores, os quais pré-existem ao próprio Direito. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 221.

²⁹¹ A referência objetiva é dinâmica e imprevisível. Assim, partindo do reconhecimento de que a lógica tem que atuar no contexto da complexidade, não há mais normatização ou ordenação possível de ser concebida e legitimada fora da experiência história e fenomenológica. Diz Canotilho: “Essa mesma complexidade gera sistemas diferenciados e códigos funcionais diferenciados, sendo irrealista tentar, através de um código unitarizante dos vários sistemas sociais, dirigir constitucionalmente a sociedade.” CANOTILHO, J. J. Gomes.

Destaco que os problemas como o de reflexividade e de reinvenção do território, são os que mais chamam a atenção para o recorte que se intenta fazer nessa pesquisa. A uma porque as fontes do direito consideradas clássicas já não mais exercem sua função de impulso e base dos ordenamentos jurídicos, sendo “funcionalmente desadequadas para (...) serem as bases conformadoras de uma sociedade diferenciada.”²⁹² A duas porque, de fato, os elementos clássicos que sustentavam o conceito de Estado estão ruindo: soberania, território e povo carecem urgentemente de uma revisitação epistemológica²⁹³.

Daí surge a proposta de interconstitucionalidade que informa a construção de uma rede de constitucionalidade, a qual pode ser vista como uma alternativa para o paradigma clássico do constitucionalismo ocidental.²⁹⁴ Esta opção ainda não está definitivamente constituída, pois que ainda, conforme anuncia Canotilho “(...) mistura a ilusão de uma comunidade baseada na Internet, a pretensão de excelência assente na capacidade de governação transnacional de actores privados e a utopia de um constitucionalismo global estruturado em constitucionalismos parciais civis (sem política).”²⁹⁵

De toda sorte, o fenômeno não é isolado, envolvendo a curiosidade e o trabalho de pesquisa de estudiosos e professores de direito constitucional de todo o mundo²⁹⁶. O conceito

Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 221.

²⁹² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 217.

²⁹³ Sobre uma nova possibilidade de conceito para território, em texto sobre o Estado constitucional cooperativo, anotei: “Mais do que simplesmente um território (propriedade física) é também importante para conceituar o novo Estado (constitucional e cooperativo) a idéia da propriedade intelectual e, ainda, da utilização inteligente das riquezas naturais para gerar sustentabilidade e produção.” Cfr. Estado constitucional cooperativo: o futuro do Estado e da interpretação constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle, in **Revista Jurídica/Presidência da República**, vol. 7, n. 72, maio 2005 [internet] disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajurídica.htm Acessado em 30/10/11.

²⁹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 261.

²⁹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 261-262.

²⁹⁶ Nesse particular, Canotilho esclarece o alinhamento de sua proposta com a teoria da Constituição como ciência da cultura de Peter Häberle, justificando a dedicação de parte considerável das anotações feitas pelo professor português reproduzida nesse estudo. Diz: “Gostaríamos de participar no programa de uma ‘Teoria da Constituição como Ciência da Cultura’ arrancando da proposta básica de abertura cultural que alberga no seu seio sedimentação (tradição), transformações (inovações) e pluralidades (pluralismos).” CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 264.

de interconstitucionalidade foi primeiramente apresentado por Francisco Lucas Pires²⁹⁷, tendo sido desenvolvido também por Paulo Rangel²⁹⁸.

Conforme ensina Canotilho, a interconstitucionalidade busca estudar “as relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político”²⁹⁹, não se revelando como algo inédito na comparação histórica dos fenômenos e fundamentando-se na articulação dos princípios da sobreposição de ordens jurídicas, da autonomia das unidades integrantes e da participação no poder central.³⁰⁰

A teoria da interconstitucionalidade enfrenta o desafio da articulação entre as diversas ordens constitucionais e as diferentes constituições, bem como a (re)afirmação contínua de poderes constituintes com fontes e legitimidades diversas.³⁰¹ Muito embora seja claro que as constituições ‘desceram do castelo para a rede’³⁰², não houve mudança ontológica no próprio conceito de constituição. Para fazer face a esse desafio é necessário apoiar-se em conceitos paralelos e afins ao de interconstitucionalidade, tais como: interculturalidade; interparadigmaticidade e intersemioticidade³⁰³

²⁹⁷ Anota Francisco Lucas Pires sobre Peter Haberele: “Segundo este último autor (referência a Peter Haberele) entre a apressada agenda dos factos e as referências escritas do constitucionalismo clássico, estaríamos envolvidos em pleno no desenvolvimento da história constitucional europeia. Para P. Haberele trata-se mais de osmose e harmonização de princípios da ciência jurídico-constitucional à escala pan-europeia do que de um verdadeiro direito comum. Coloca-se a tónica mais numa espécie de teoria da interconstitucionalidade do que num novo constitucionalismo. Demanda-se uma adequada correlação entre as várias Constituições. A unidade a decantar é só a de uma cultura jurídica e constitucional europeia, não ainda a de uma Constituição e de um Direito Constitucional próprios e unos.” PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao Direito Constitucional europeu**. Coimbra : Almedina, 1997, p. 18.

²⁹⁸ Rangel, Paulo. Uma teoria da interconstitucionalidade: pluralismo e Constituição no pensamento de Francisco Lucas Pires, in *Themis* 1/1 (2000), p. 127 e SS, apud CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p.266, nota 6.

²⁹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 266.

³⁰⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 266-267.

³⁰¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 268-269.

³⁰² E continua Canotilho: “A rede formada por normas constitucionais nacionais e por normas europeias constitucionais ou de valor constitucional (...) faz abrir as portas dos estados fechados (castelos) e relativizar os princípios estruturantes da estabilidade (...) mas não dissolve na própria rede as linhas de marca das formatações constitutivas dos estados membros.” CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 269.

³⁰³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 271-279.

A definição de intercultura remonta à preocupação com as formas de encarar o mundo e os outros.³⁰⁴ E Canotilho, mais uma vez, alinha-se à doutrina de Peter Haberle para apresentar um conceito de cultura que seja apto a transportar as dimensões interculturais do constitucionalismo diante do paradigma da interconstitucionalidade³⁰⁵.

Assim, a cultura revela-se como mediação daquilo que foi num determinado momento (dimensão tradicional); como desenvolvimento do que foi em determinado momento, mas que propiciou transformação social (dimensão inovadora); e, por fim, como um ‘superconceito’ de várias manifestações culturais de determinado grupo humano (dimensão pluralista).³⁰⁶

A ideia de interconstitucionalidade associada à de interculturalidade remonta ao conceito haberliano de cultura constitucional: “conjunto de atitudes, idéias, experiências, padrões de valores, de expectativas de ações e comportamentos objectivos dos cidadãos e dos grupos plurais”³⁰⁷, incluindo-se também a ação dos órgãos de Estado que se ocupam da concretização da Constituição, entendida, nesse contexto, como processo público³⁰⁸.

Algumas conseqüências advêm dessa associação. Primeiro o fato de que a cultura interconstitucional, que se revela relacionada a idéias, valores, ações de indivíduos e grupos, entra nos processos de troca entre as várias constituições. Também, num segundo plano, a constatação de que a interculturalidade começa a ser reconhecida como uma partilha comunicativa de experiências, valores e idéias não necessariamente plasmadas em canais normativos. Ainda, sob um terceiro ponto de vista, a visão de que redes comunitárias estão constantemente se observando e trocando informações livremente sobre suas experiências e vivências culturais. Por fim, num quarto e último aspecto, a formalização, diante de nossas

³⁰⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 271.

³⁰⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 272.

³⁰⁶ Explica Canotilho que essas dimensões culturais interessam para estruturar o conceito de interculturalidade constitucional, ou seja, o contexto em que estão inseridos os textos constitucionais. E conclui: “A interconstitucionalidade pressupõe, assim, uma interculturalidade constitucional cujo conceito básico é, precisamente, o da constituição cultural e de Estado constitucional cultural.” CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 273.

³⁰⁷ *Apud* CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 273, nota 15.

³⁰⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 272.

experiências comunitárias, dos textos interorganizativos, os quais marcam entencimentos simbólicos para as comunidades de indivíduos autônomos, livres e iguais.³⁰⁹

A articulação de paradigmas, no plano do poder constituinte, ganha o nome de interparadigmaticidade constituinte. Um dilema pode ser identificado, nesse contexto: deve-se lutar por um texto constitucional clássico apto a conter as novas formas de organização de poder em nível supraestatal; ou é preciso apenas reconhecer as práticas históricas e culturais já vivenciadas como texto constitucional da Europa?³¹⁰

Como último conceito afim ao de interconstitucionalidade está o de intersemiotividade constitucional, que diz respeito à necessidade de que se investigue e se descubra as regras e diretrizes da produção e interpretação dos textos constitucionais, bem como dos discursos e práticas sociais com eles relacionados. Segundo propõe a idéia de intersemiotividade, as constituições nacionais serão referências e instrumentos relevantes de uma hermenêutica europeia, a qual procurará “articular o reconhecimento de identidades nacionais com a formação de uma identidade cultural europeia”.³¹¹

Aqui, é necessário trazer à lume os aportes da constituição como um processo público, capaz de conduzir, de forma articulada e ponderada, momentos materiais e momentos processuais, pois dessa forma “A interconstitucionalidade e a interculturalidade oferecem espaços para o pluralismo de intérpretes, aberto e racionalmente crítico. Peter Haberle abriu o caminho.”³¹²

Com a sugestão de interconstitucionalidade, Canotilho procura saber se o constitucionalismo, sem abandonar as memórias, pode continuar a ter e ser história, neutralizando o perigo de ser definitivamente colocado no lugar da memória. E continua: “Se assim é, perguntar-se-á: poderemos ou não conceber o constitucionalismo como um padrão de

³⁰⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 274.

³¹⁰ Conforme anota Canotilho: “Oscila-se entre uma visão não fundacional (aquela que, de certo modo, se revelava na jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia ao afirmar que já existia uma ‘Constituição Europeia’) e uma perspectiva fundacional (aquela que se detecta na exigência actual de uma ‘Constituição para a União Europeia’”. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 276.

³¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 278.

³¹² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 279.

interface entre diferentes campos de *governance*, desde o nível local, ao nível global, passando, evidentemente, pelos níveis estaduais-nacionais e supra-nacionais?”³¹³

E nesse contexto múltiplo e interdisciplinar é que se justifica a presença da teoria de Canotilho como mais um aporte da construção teórica do presente estudo. Não seria possível conceber a transjusfundamentalidade sem a noção de que as redes de direito constitucional estão dinamicamente interagindo em todos os níveis do saber humano e presentes em todos os discursos que envolvem a dignidade da pessoa humana.

1.4.3. Diálogo do Estado Constitucional com o cooperativismo

O diálogo do Estado Constitucional com o paradigma cooperativo tem motivação complexa, mas, segundo Häberle, pelo menos duas causas podem ser identificadas de forma mais evidente: uma de fundo sociológico-econômico e outra relacionada ao aspecto ideal-moral.³¹⁴

O segundo aspecto é o que nos interessa para os fins da presente pesquisa, levando em consideração que, como já advertido em outras oportunidades, o lugar institucional privilegiado para o reconhecimento do fenômeno da transjusfundamentalidade, é o Estado constitucional que se abre às redes transnacionais.

Os próprios elementos do Estado Constitucional são os maiores indicadores de que modelo de cooperação internacional se acopla ao paradigma do Estado Constitucional. Os procedimentos de concretização das democracias, a independência da jurisdição, principalmente, da jurisdição constitucional, e os mecanismos de proteção interna e externa dos direitos humanos são decisivos para a consagração do modelo de cooperação entre os Estados³¹⁵.

³¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 345.

³¹⁴ Para o professor Häberle, sendo possível identificar alguma causa realmente importante para a conformação do Estado Constitucional cooperativo esta seria a interdependência econômica dos Estados constitucionais: “*Si se puede decir que el “Estado europeo” viene de la economía, con mayor razón es esto válido para el Estado constitucional cooperativo, que es efecto de las interrelaciones económicas y es causa de estas mismas.*” Cfr. HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*, trad. Hector Fix-Fierro. México : Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 68.

³¹⁵ Cfr nesse sentido: HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*, trad. Hector Fix-Fierro. México : Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 69.

Não se duvida que os direitos humanos e fundamentais, de todos eles, foram os elementos mais decisivos para o processo de conformação do Estado Constitucional cooperativo. Entretanto, como é reconhecido pelo próprio Häberle, por não existir uma sociedade aberta de cidadãos europeus no plano universal, uma vez que o “outro” ainda é considerado “estrangeiro” nessa comunidade, para que se consagre o modelo de Estado Constitucional cooperativo o esforço ainda será muito grande, tendo em vista que é imprescindível que primeiro sejam reconhecidos direitos fundamentais no plano internacional e universal.³¹⁶

Uma premissa essencial do presente estudo é a de que o Estado Constitucional cooperativo vive de redes de cooperação econômica, social, humanitária e antropológica, de forma que há necessidade de desenvolvimento de uma cultura e de consciência de cooperação (no sentido da internacionalização da sociedade, da rede de dados, da esfera pública mundial, de legitimação da política externa), que possa se projetar para todas as atividades públicas e/ou quase públicas.³¹⁷

Para Häberle, mesmo que, numa perspectiva internacional, a cooperação entre os Estados ocupe o lugar de mera coordenação e de simples ordenamento para a coexistência pacífica (ou seja, de mera delimitação dos âmbitos das soberanias nacionais), no campo do direito constitucional nacional tal fenômeno, por si só, pode induzir a tendências que apontem para um enfraquecimento dos limites entre o interno e o externo, gerando uma principiologia de prevalência do direito comunitário sobre o direito interno.³¹⁸

Numa tentativa sintetizadora dos pilares que sustentam o modelo de Estado Constitucional cooperativo, a imagem do Estado Constitucional contemporâneo pode ser visualizada como aquela da comunidade universal dos Estados Constitucionais, ou seja, num contexto em que os Estados Constitucionais não existem mais para si mesmos, mas, sim, como referências para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade³¹⁹.

³¹⁶HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*, trad. Hector Fix-Fierro. México : Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 68.

³¹⁷HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*, trad. Hector Fix-Fierro. México : Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 68-69.

³¹⁸Nesse sentido Häberle registra que a maioria das Constituições modernas protegem a cooperação internacional amistosa como princípio vetor das relações entre os Estados Nacionais. Cfr. HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*, trad. Hector Fix-Fierro. México : Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 74.

³¹⁹Cfr nesse sentido: HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*, trad. Hector Fix-Fierro. México : Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 75-77. Esta referência eu já fiz em trabalho anteriormente publicado. Cfr meu: Estado constitucional cooperativo: o futuro do Estado e da interpretação constitucional sob a ótica da

Mas é o próprio Häberle quem adverte: vai-se enfrentar, nessa seara, as mesmas críticas e experienciar as mesmas dificuldades, já sentidas por Kant, diante da busca de uma visão cosmopolita do Estado e dos indivíduos.³²⁰ Entretanto, também é de ser lembrado que até 1989 o modelo de Estado Constitucional ocidental era relativamente infreqüente, em face da prevalência dos chamados Estados socialistas e dos Estados autoritários da Europa, África, America Latina e Ásia³²¹.

Este modelo de cooperação permitiria que os Estados constitucionais preservassem suas características constitucionais, mas com vocação crescente para o intercâmbio no plano internacional. A abertura ao diálogo entre as nações seria o elemento mais importante para identificar e consolidar esta nova tendência e modelo cooperativo de Estado Constitucional que se está a propor.

A idéia, claramente exposta pelo professor alemão, é a de que a ordem internacional influencia de forma direta a soberania do Estado nacional, o qual, por essa influência, deixa de ser soberano, nos moldes clássicos, para ser cooperativo³²², que é a ‘nova’ proposta.

A experiência européia é bastante útil para o desenvolvimento deste fenômeno, pois é evidente o papel do Tribunal Europeu na restrição soberania nacional. Na opinião de Häberle, a Lei Fundamental é atualmente apenas uma “porção da Constituição” no contexto da União Européia. Segundo entende, está resguardada a identidade nacional dentro do “encaixe de porções de constituições européias” (artigo 6º, parágrafo 2 da Constituição da União Européia), e lamenta o fato de os direitos humanos não terem validade no plano constitucional na Alemanha, como acontece na Áustria e na Suíça³²³.

doutrina de Peter Häberle, in **Revista Jurídica/Presidência da República**, vol. 7, n. 72, maio 2005 [internet] disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica.htm Acessado em 30/10/11

³²⁰Nesse sentido vide: HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*, trad. Hector Fix-Fierro. México : Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 75-77.

³²¹Cfr nesse sentido: HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*, trad. Hector Fix-Fierro. México : Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 69.

³²² Sobre o ser cooperativo, Peter Haberle anota: “Junto com a perda da soberania nacional dos europeus se apresenta, na ordem do dia, a acelerada internacionalização (globalização). A fórmula de “cooperação de estados constitucionais” (1978) busca fazer justiça a essa questão. A solução dos problemas formulados pelas novas formas de informação tecnológica inquieta a Constituição federal alemã; sejam igualmente mencionados os sutis instrumentos das judicaturas constitucionais para o cuidado efetivo do meio ambiente”. VALADÉS, Diego (Org). **Conversas Acadêmicas com Peter Häberle**, Trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo : Saraiva/IDP, 2009, p.118.

³²³ Anota Häberle: A Constituição federal alemã utiliza a Convenção Européia dos Direitos Humanos só para levar a termo interpretações sobre direito fundamental. Do ponto de vista teórico, deve ficar claro que tanto a Corte Européia dos Direitos Humanos quanto o Tribunal Europeu seguem no caminho de erigir um Tribunal Federal porque a Europa é uma “sociedade constitucional em devir” (assim o expus em meu artigo em DVBL.

No Brasil ainda são tímidas as referências ao Estado Constitucional cooperativo em nossas instituições públicas³²⁴. Destaca-se, nesse sentido, voto em que o Ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal, ao tratar, assim registrou:

“Não se pode perder de vista que, hoje, vivemos em um “Estado constitucional cooperativo”, identificado pelo Professor Peter Häberle como aquele que não mais se apresenta como um Estado constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais”³²⁵.

Para Häberle, ainda que, numa perspectiva internacional, muitas vezes a cooperação entre os Estados ocupe o lugar de mera coordenação e de simples ordenamento para a coexistência pacífica (ou seja, de mera delimitação dos âmbitos das soberanias nacionais), no campo do direito constitucional nacional, tal fenômeno, por si só, pode induzir ao menos a tendências que apontem para um enfraquecimento dos limites entre o interno e o externo, gerando uma concepção que faz prevalecer o direito comunitário sobre o direito interno³²⁶.

Nesse contexto, mesmo conscientes de que os motivos que conduzem à concepção de um Estado Constitucional cooperativo são complexos, é preciso reconhecer os aspectos que a necessidade de comércio exterior e relações econômicas cada vez mais complexas, bem como o enfrentamento dos problemas relacionados a direitos humanos e fundamentais entre cidadãos estrangeiros e nacionais de um mundo globalizado apresentam-se como os mais evidentes.

2000, pp. 840 e ss.). Também os tribunais constitucionais nacionais são, de algum modo, tribunais constitucionais europeus, devido a estarem vinculados ao direito europeu. VALADÉS, Diego (Org). **Conversas Acadêmicas com Peter Häberle**, Trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo : Saraiva/IDP, 2009, p.128-129

³²⁴ Fazendo a pesquisa no banco de dados de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, apenas um único processo aparece como resultado dessa pesquisa: o HC nº 91657/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 13/09/2007, DJ de 14/03/2008. Dentre os precedentes que fizeram parte da pesquisa que compõe a terceira parte do presente trabalho, a A RCL nº 11243/Itália, Relator para o acórdão Ministro Luiz Fux, julgada em 08/06/2011, que discutia aspectos jurídicos relacionados a execução da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Extradicação nº 1085/Itália, Caso Cesare Battisti, o voto do Ministro Gilmar Mendes, vencido, registrou referência ao Caso Namíbia da Corte Internacional de justiça (1970),³²⁴ para pontuar que as normas internacionais não podem ser afastadas por legislação ordinária interna. Fazendo menção expressa ao Estado Constitucional cooperativo, o Ministro Gilmar Mendes lembrava à Corte Suprema brasileira do compromisso que era preciso assumir, como nação inserida no âmbito internacional, com os compromissos assumidos nesse contexto. A reclamação acabou por não ser conhecida.

³²⁵ HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 75-77.

³²⁶ HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 74.

A proteção aos direitos humanos, no plano internacional, e aos direitos fundamentais, no plano interno dos Estados, é que se revela como a forma mais concreta, de que dispõe o sistema constitucional, a exigir dos atores da vida sócio-política do Estado uma contribuição positiva para a máxima eficácia das normas jurídico-constitucionais que protegem a cooperação internacional amistosa como princípio vetor das relações entre os Estados Nacionais.

Adotando perspectiva notadamente internacionalista, não há como tratar de Estado Constitucional cooperativo sem tocar na temática da proteção dos direitos humanos. Interessante, nesse sentido, ponderação feita por MarkusKotzur, aluno e discípulo de Peter Häberle, em trabalho sobre o assunto³²⁷.

Para Kotzur, somente uma concepção instrumental de soberania pode justificar qualquer exercício de poder. Nesse sentido, soberania é um conceito que se funda na autodeterminação do ser humano como elemento central de sua dignidade e de seu papel como cidadão ativo do Estado Constitucional.³²⁸

Assim como o Estado existe para o ser humano e o poder nele exercido deve sempre estar limitado pelo paradigma humanista³²⁹, a soberania existe a favor da liberdade, não podendo ser utilizada como escudo contra os direitos humanos garantidos pela ordem internacional.³³⁰

Os pactos internacionais de direitos humanos, bem como a recente Carta Européia de Direitos Humanos concretizam e dão mais força à idéia de soberania. Isso porque, do ponto de vista dos direitos humanos, a soberania não está definida pelo poder ilimitado do Estado, mas

³²⁷KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HABERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, Trad. Héctor Fix-Fierro. Mexico : Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 85-122.

³²⁸KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HABERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, Trad. Héctor Fix-Fierro. Mexico : Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 111.

³²⁹ Neste particular Markus Kotzur faz referência expressa a Hermann Heller em sua obra: *Teoría del Estado*, Trad. Luis Tobio. México :Fondo de Cultura Económica, 2002.

³³⁰KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HABERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, Trad. Héctor Fix-Fierro. Mexico : Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 113.

por uma atuação dos poderes internos do Estado em direção à concretização dos direitos humanos.³³¹

O possível reconhecimento de que o Estado Constitucional contemporâneo não mais é soberano, em face de suas inserções no plano da comunidade mundial, não tem o condão de desnaturar o seu papel nesta comunidade internacional, num exercício de auto-reconhecimento contínuo, não mais pela força de seus exércitos, mas pela força de suas pautas culturais influenciadoras das práticas globalizadas.

Registre-se, por importante, que o método comparativo, aliado a uma cultura de estudo de casos judiciais, especialmente das Cortes supremas e constitucionais, pode ser o caminho mais eficaz para desdobrar a idéia de que o Estado Constitucional cooperativo revela-se como o lócus institucional adequado para a idéia de transjusfundamentalidade, consagrando as próprias Cortes – visão institucional, bem como os intérpretes oficiais e não-oficiais – visão político-democrática, como verdadeiras garantias institucionais dos direitos fundamentais.

1.5. Do Estado Constitucional à Transjusfundamentalidade

No Estado Constitucional Cooperativo, informado pela sociedade aberta e pluralista de intérpretes constitucionais e sob a influência metodológica do método comparativo, que também se apresenta intrinsecamente aberto e pluralista, como quinto elemento de interpretação jurídica, a indagação acerca da legitimidade dos diálogos transjusfundamentais perde o seu sentido filosófico, teórico e prático. O que se intenta investigar, portanto, é se e como esses diálogos transjusfundamentais estão acontecendo³³².

³³¹KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HABERLE, Peter; KOTZUR, Markus. **De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano**, Trad. Héctor Fix-Fierro. Mexico : Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 113-114.

³³² Esse também é o objetivo de alguns outros trabalhos. Cf. BENTELE, Ursula. *Mining for gold: the constitutional court of South Africa's experience with comparative constitutional Law*. Disponível em: works.bepress.com/context/ursula_bentele/article/1014/type/native/viewcontent/; Acessado em 16/09/08. Anota a autora no abstract: “Despite a long history of referring to foreign law in its opinions, the Supreme Court’s recent citations to such sources have caused heated controversy. Critics warn of threats to sovereignty as well as serious flaws in the way judges use outside authority. Largely missing from this debate is any probing examination of the actual practice of engaging with foreign authorities. This article attempts to fill the empirical void by analyzing closely one court that has used foreign law extensively: the Constitutional Court of South Africa.”

Por diálogos transjusfundamentais entende-se a referência expressa, nos argumentos que compõem as decisões judiciais que envolvem a concretização de direitos fundamentais de Cortes Constitucionais, de doutrina, legislação e precedentes judiciais de outros países e outras culturas.

Não se tem a ilusão de que a construção de um conceito seja tarefa lapidar e definitiva deu uma tese de doutorado. No sentido dialético e fenomenológico, a provisoriedade é a marca principal de um empreendimento deste porte. Mas, para me desincumbir do mister a que me proponho aqui é necessário fazer o deslocamento da idéia de Estado Constitucional e cooperativo para a idéia de transjusfundamentalidade.

1.5.1. Do que é a Transjusfundamentalidade

Compartilho da angústia central de pesquisa dos meus interlocutores, estudiosos de direito constitucional, que se perguntam: qual o papel do constitucionalismo e das constituições no contexto global-mundial? Canotilho, evidencia com a precisão e genialidade que lhe são peculiares, a formulação: “enquanto o problema da constituição nacional era a limitação jurídica do poder absoluto, o problema do constitucionalismo global reconduz-se à regulação de outras dinâmicas sociais relacionadas com a digitalização, a privatização e a rede global.”³³³

E no caminho de construir um referencial possível para o conceito de transjusfundamentalidade, é prudente começar por afirmar aquilo que transjusfundamentalidade não é.

Não é recomendável associar transjusfundamentalidade aos conceitos do constitucionalismo interno, imaginando, como o fazem as teorias cosmopolitas³³⁴, que a nova ordem global irá refletir posições filosóficas e teóricas forjadas nos últimos dois séculos, uma vez que essa tentativa levará a frustrações e falências no âmbito tanto interno quanto externo.

³³³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 286.

³³⁴ São aquelas provenientes do trabalho de autores que procuram compreender a estrutura global pelos mesmos recortes feitos há dois séculos para fazer florescer o constitucionalismo estatal. Conforme anota Canotilho: “A principal crítica que se dirige a estas posições é a de que elas se assentam em grandes ‘fantasmagorias normativas’ que não têm em conta as diferenças estruturais entre uma sociedade/comunidade estatal e uma sociedade/comunidade internacional.” CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 286-287.

Também não acredito ser possível imaginar a idéia de transjusfundamentalidade vinculada à de um Estado global, no intuito de imaginar um catálogo de direitos fundamentais para todos os povos. Ora, a busca por uma entidade política ordenadora para substituir o Estado nacional nega a possibilidade, na qual eu acredito, de que ordens parciais e globais conviverão sem a necessidade de uma relação hierárquica ordenadora dos processos de tomada de decisões.³³⁵

Também não pode ser aceita a marca da transjusfundamentalidade diante da tentativa, vã e inócua, de imaginar uma Carta de Direitos Fundamentais global, genoma normativo global de onde irradiariam os direitos fundamentais e humanos a vincularem não apenas as instâncias políticas, mas também os centros de poder econômico mundiais.

Por fim, também deve ser rejeitada a contextualização da idéia de transjusfundamentalidade no bojo de um constitucionalismo societal, pois a concepção de ‘constituições civis globais’, como uma alternativa à teoria da constituição estatalmente centrada, não tem a força para desbancar a idéia de constitucionalismo democrático³³⁶.

Nesse ponto, como referência provisória do conceito de transjusfundamentalidade, apresento a idéia de fenômeno cuja principal característica exterior é uma atitude de alteridade em direção à percepção do outro, como espelho de si próprio, cujas principais conseqüências ontológicas e procedimentais podem ser apreendidas por meio de vivências sociais, institucionais e/ou existenciais aptas a fazer face aos problemas difíceis relacionados à convivência humana em sociedades plurais, complexas e tecnológicas³³⁷.

³³⁵ Vale transcrever a sistematização dos caminhos possíveis feita por Canotilho nesse contexto: “Com efeito, alguns parecem contentar-se com as interações de vários agentes internacionais. Outros recortam os sujeitos constitucionais internacionais, salientando seu caráter heterogêneo e plural. Os sujeitos internacionais do processo de constitucionalização global seriam, desde logo, as organizações internacionais, as uniões internacionais de trabalhadores, as organizações não governamentais etc. Além destes sujeitos, o indivíduo ganharia estatuto de sujeito internacional na constituição mundial como sujeito titular de direitos fundamentais e de direitos humanos.” CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 287-288.

³³⁶ Canotilho faz pertinente observação: “Verifica-se que os princípios de uma democracia constitucional ancorada no poder político do Estado – legitimação, representação, responsabilidade, controle – são dificilmente adaptáveis a estruturas de poder globais assentes em relações econômicas, militares, culturais e políticas também globais.” CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 290-291.

³³⁷ Aqui duas observações são importantes: a primeira é a de que estou existencialmente envolvida na perspectiva do idealismo alemão e da fenomenologia de Hegel a Husserl, de modo que as expressões constantes desse conceito são conscientemente fruto desse ambiente filosófico; a segunda é a de que optei, com alguma segurança sobre isso, por guiar-me metodologicamente, nesta pesquisa, pela perspectiva do racionalismo crítico de Karl Popper, o que significa que, apesar de assumir que não estou obedecendo apenas a determinações da razão, em minhas conjecturas, também delas não me divorcio totalmente, pois ao lado das conjecturas estão as

Dessa forma, sem vinculação à hipótese formulada, apresento às pertinentes críticas uma visão de diálogo entre instituições e de circulação de idéias jusfundamentais pela alcunha de transjusfundamentalidade, cuja principal conseqüência metodológica é a crescente importância que a lógica comparativista tem ganhado, no âmbito das decisões de Cortes, que se ocupam de questões constitucionais relacionadas à concretização de direitos fundamentais.

Assim sendo, apresento a seguir esboço do que sejam os diálogos transjusfundamentais entre Cortes supremas e constitucionais.

1.5.2. Do que são os Diálogos transjusfundamentais

Os diálogos transjusfundamentais, assim, não se restringem à utilização por juízes constitucionais apenas de fundamentos legais e jurisprudenciais dos outros países, mas também de doutrina estrangeira e, em alguns casos, até de textos outros de cunho não-jurídico (filosófico, histórico, literário, etc) provenientes de culturas constitucionais tidas como referências.

Também é importante deixar claro que a expressão ‘diálogos’ aqui se refere tão-somente à exposição ao outro, não pressupondo nenhum tipo de entendimento, resposta comunicativa, vinculação ética, atributo ou conseqüência histórica, nem qualquer tipo de ‘dever evolutivo’ para o fenômeno. Basta que a ‘abertura ao outro’ esteja presente e seja verificável para que a expressão ‘diálogo transjusfundamental’ ganhe densidade nesse contexto.

Dessa forma, é realmente relevante atrelar as premissas teóricas do presente estudo às lições de Peter Habermas acerca da concepção de Constituição como cultura³³⁸, bem como a sua

refutações. Lembro aqui que o racionalismo crítico nega a existência de um lugar correto a partir do qual se deva iniciar a exploração do mundo, pois nem as observações puramente sensoriais, nem as definições essencialistas fornecem uma base confiável pela qual seja possível lançar-se seguramente à uma viagem de exploração investigativa. Cfr. MILLER, David. Introdução, in POPPER, Karl Raimund. **Textos escolhidos**, trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro : Contraponto – Ed. Puc-Rio, 2010, p. 15.

³³⁸ Nesse sentido importante esclarecer, nas palavras do próprio Habermas: “Em 1982 empreendi uma primeira tentativa programática de conformar a teoria da constituição como uma ciência cultural. Isso recorrendo aos debates da época de Weimar, em particular a Hermann Heller, embora também a outros grandes autores, como Max Weber ou Gunter Holstein. O que se pretende dizer é o seguinte: as normas constitucionais não podem interpretar-se de maneira, por assim dizer, autônoma, só em si e de per si, mas que devem situar-se, desde o princípio, em seu contexto cultural. Devemos ser sensíveis ao contexto cultural. Rudolf Smend escreveu já tempestivamente: embora duas constituições expressem a mesma coisa, nem, por isso, querem dizer a mesma coisa. Isso deve fundamentar-se agora em relação à ciência cultural. Assim, talvez, tenha a liberdade de imprensa na Alemanha um conteúdo algo distinto do da Espanha, devido ao especial temperamento dos líderes

compreensão cultural da Teoria do Estado³³⁹. Ademais, são pontos de partida metodológicos das teses centrais aqui desenvolvidas a idéia de sociedade aberta e pluralista de interpretação constitucional³⁴⁰, bem como a teoria possibilista³⁴¹ que se apresenta como uma derivação do racionalismo crítico de Karl Popper³⁴².

No contexto de uma sociedade aberta e pluralista, a hermenêutica dos direitos fundamentais passa a ser compartilhada entre atores oficiais e não-oficiais do processo constitucional. A criação de redes de comunicação especializadas entre estes atores é que se revela como uma novidade do século XXI, pois o cada vez maior acesso e maior abertura da imprensa não-especializada para os assuntos constitucionais, combinado o interesse das comunidades da sociedade civil organizada pelos temas discutidos pela jurisdição constitucional, demonstram que as diversas opiniões públicas e publicizadas estão chegando às Cortes³⁴³.

de opinião espanhóis.” Cf. VALADÉS, Diego (org.). **Conversas acadêmicas com Peter Haberle**, trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 42.

³³⁹ Aqui é o próprio professor Haberle quem tributa a Hermann Heller essa idéia: “*No plano científico, devo a Hermann Heller a compreensão profunda de uma teoria do Estado culturalmente integrada, que eu logrei continuar sob a idéia de uma teoria científico-cultural da Constituição.*” Cf. VALADÉS, Diego (org.). **Conversas acadêmicas com Peter Haberle**, trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 24.

³⁴⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.* Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Brasil: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

³⁴¹ Sobre a teoria possibilista em Peter Haberle convém destacar: *O “pensamento possibilista”, (que chamaremos a partir de agora de “possibilismo filosófico”), entendido como problema de teoria constitucional é bastante desconhecido, enquanto que o “pensamento realista” (ou “realismo filosófico”), por sua vez, é quase popular – se diria – como demonstra a freqüência com que se remete a a chamada “necessidade material”. Seria, portanto, conveniente recordar aqui que foi H. Lenz autor que criou na Alemanha o termo conceitual de “pessoa real”, assumindo com ele uma posição intermediária entre aquele e o denominado “pensamento necessário” (que chamaremos também como “necessarismo filosófico”), conceito que se mostra palpável através da proibição de qualquer excesso, que hoje em dia se mostra mais premente do que nunca, quando se questiona que tarefas estatais devem ser inescusavelmente consideradas como “necessárias”, tudo isso evidentemente com a reserva do possível e do factível.” Cf. HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta.** Tecnos, Madrid, 2002, p. 59 (tradução livre para o português por Tahinah Albuquerque e Christine Peter).*

³⁴² É o próprio Haberle quem faz a associação: “Neste sentido, o supracitado pensamento alternativo possibilista representa o molde específico que configura o racionalismo crítico junto com o onipresente postulado de falseabilidade popperiano com respeito às conjecturas e refutações. Em todo caso, esta forma de filosofia alternativo-possibilista pressupõe um modelo de Constituição sempre aberto, como também aberto deve ser o modelo de Estado, de sociedade e de pensamento ou de filosofia, a par do que creia ser por si mesmo tal abertura, é dizer, sua própria condição intrínseca de abertura.” Cf. Cf. HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta.** Tecnos, Madrid, 2002, p. 60 (tradução livre para o português por Tahinah Albuquerque e Christine Peter).

³⁴³ Destaque-se no Brasil a experiência das audiências públicas perante o Supremo Tribunal Federal, regulamentadas pelas Leis nº 9868/99 e 9882/99, que se consagraram como chamadas públicas de especialistas e grupos de interesse para reuniões de discussão sobre aspectos não-jurídicos de temas que serão objeto de decisões da Corte Suprema brasileira. Sobre tais audiências consultar: KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo.** São Paulo : Almedina Brasil, 2011.

A compreensão cultural de uma Constituição apresenta-se ainda com grande estranhamento por parte da doutrina brasileira. Muito embora a doutrina de Peter Häberle já esteja transitando no nosso país, a partir dessa premissa, por mais de uma década, ainda são poucas as referências dogmáticas a esse modelo de Constituição. Trata-se de modelo no qual se propõe a constituição não apenas como um produto da interpretação de juristas, mas como um processo público e contínuo de interpretação de todos os cidadãos.

As críticas dirigidas a este modelo de Constituição são as mesma dirigidas à própria sociedade aberta de intérpretes, no sentido de que a abertura constante conduz a uma insegurança jurídica insuportável, gerando medo e desprezo pela atividade hermenêutica em si. Häberle responde às críticas, lembrando que

"Uma Constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública, dispondo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-los ativamente na condição de sujeitos."³⁴⁴

Por fim, o possibilismo, como uma categoria metódica para a compreensão constitucional, está situado entre a realidade e a necessidade, devendo ser analisado de uma forma muito mais intensa do que como vem sendo até agora tanto por parte da doutrina como da pragmática constitucional, sempre tomando como pontos de referência os múltiplos exemplos que emanam da legislação, da Administração, da jurisprudência e da Política, incluindo também textos procedentes da Dogmática e do jornalismo científico, todo o qual bem poderia refletir o âmbito denominado “público”, e a realidade subjacente a qualquer Constituição viva³⁴⁵.

O pensamento possibilista significa pensar sobre e a partir de outras alternativas. Não obstante, não parece procedente denominá-lo “pensamento alternativo”, pois assim se correria perigo, ou al menos um grande risco, de ser associado com conceitos antitéticos similares aos

³⁴⁴ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Brasil: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

³⁴⁵ Cf. HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta*. Tecnos, Madrid, 2002, p. 59 (tradução livre para o português por Tahinah Albuquerque e Christine Peter).

que aparecem com as disjuntivas gramaticais “o – o”, ou seja, “ou um, ou outro”, que, como é bem sabido, são mutuamente excludentes.³⁴⁶

Esta forma de pensar por alternativas elege o rol de possíveis soluções que um problema jusfundamental pode ter, de forma que se qualifica como metódica adequada para os diálogos transjusfundamentais.

Lembre-se de que os diálogos transjusfundamentais pressupõem o elemento comparativo como fundamental dentre os elementos clássicos de interpretação jurídica propostos, desde o século XIX, por F.C. Savigny³⁴⁷ e R.V. Jhering, de modo que ao lado de um discurso que se propõe racional e sustentável em termos de legitimidade democrática, também há que notar sua adequação para o modelo atual (mundializado) de sociedade e Estado.

Nesse contexto, ensina Peter Haberle que:

“Embora haja princípios especiais de interpretação constitucional (por exemplo, a unidade da constituição, a concordância prática no sentido de meu mestre K. Hesse, o parâmetro de medida da correção funcional), a interpretação da constituição (...) desde 1989, (...) já está madura para um quinto método de interpretação, a saber, o direito comparado.”³⁴⁸

Perguntar por que é oportuno valer-se do método comparativo em Direito significa questionar qual o aspecto da ciência jurídica está em evidência. Aquilo que era considerado como um complemento útil do direito nacional, apenas como uma curiosidade diletante, ou uma providente preocupação sobre as realidades externas, transformou-se, para o jurista

³⁴⁶ Cf. HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta*. Tecnos, Madrid, 2002, p. 62 (tradução livre para o português por Tahinah Albuquerque e Christine Peter)

³⁴⁷ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodologia jurídica*, trad. Hebe Marengo. Campinas/SP : Edicamp, 2001.

³⁴⁸ E continua o professor alemão naquilo que mais interessa para as reflexões desse trabalho: “Sobretudo no campo dos direitos humanos sempre há de levar em conta, para a reflexão, toda a regulação do direito positivo de outros Estados constitucionais e os desenvolvimentos empreendidos por seus tribunais e suas comunidades de especialistas. A comunidade mundial de Estados constitucionais hoje está no caminho de uma comunidade de direitos humanos; os pactos regionais de direitos humanos, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou a Convenção Européia sobre Direitos Humanos, também trazem material para uma interpretação constitucional inspirada no direito comparado.” In VALADÉS, Diego (org.). *Conversas académicas com Peter Haberle*, trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 10.

contemporâneo, numa necessidade, em algo imprescindível. Para Marc Ancel, isso pode ser relacionado a algumas causas e tem as suas próprias consequências³⁴⁹.

As causas podem ser identificadas com o fato de que o mundo atual é um mundo onde os homens, os Estados, enfim, as sociedades e comunidades não podem se fechar em si mesmos, nem recusar-se às trocas, e nem, muito menos, evitar ou negligenciar o conhecimento do outro e pelo outro. A consequência mais evidente, portanto, é a de que conhecer algo passa a ser também a superação e mistura de práticas de sistemas tradicionais. O direito comparado, torna-se, então, uma realidade viva.³⁵⁰

Essa realidade viva pode ser evidenciada a partir de uma prática compartilhada, plural, relativa e evolutiva, em que o Direito não mais se apresenta como o substituto das religiões e ideologias, nem como a panacéia para as mazelas humanas, mas, sim, como um elemento de diálogo para os diversos sistemas. Isso, por sua vez exige dos juristas o abandonar-se em uma nova lógica, em termos de metodologia: a lógica de “pensar o múltiplo, sem com isso reduzi-lo à alternativa binária”, ou seja, como uma fórmula que admite alternativas para além do “excluir ou impor identidades”³⁵¹.

Para o âmbito da dogmática e da metódica jurídicas, a imprescindibilidade do método comparativo deve-se, em parte, ao que se tem identificado como casos difíceis. Para essas situações, especialmente aquelas que envolvem conflitos de direitos fundamentais, revela-se particularmente importante o constante confrontar-se com as outras realidades subjacentes, pois as situações humanas cada vez mais se interpenetram e se reproduzem em contextos culturais geograficamente mais próximos em virtude das tecnologias.

As experiências de decisões de poder tomadas no contexto dos Estados Constitucionais contemporâneos devem servir de pontos de diálogos interpretativos entre os países que se reconhecem como parceiros na construção de comunidades interdependentes, ou

³⁴⁹ ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do direito comparado**. Tradução: Prof. Sergio José Porto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980, p. 128-129.

³⁵⁰ ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do direito comparado**. Tradução: Prof. Sergio José Porto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980, p. 128.

³⁵¹ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo : Martins Fontes, 2004, prefácio, p. VIII a XII.

seja, no contexto do modelo que se convencionou chamar de Estado Constitucional cooperativo.³⁵²

A pesquisa proposta neste trabalho, portanto, conciliará as dimensões históricas do constitucionalismo a partir de um pressuposto tríplice: o de que o direito é elemento central da dinâmica do Poder; o de que a Constituição é a norma jurídica cujos efeitos se irradiam para todas as relações subjetivas e objetivas do Estado; o de que a cooperação é o elemento central catalisador das mudanças epistemológicas³⁵³ que atingem os paradigmas centrados na idéia de soberania, de território e de povo.

Tal constatação apoia o âmbito do diálogo escolhido para o trabalho, pois ao cuidar dos diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais - ao qual venho chamando de diálogos transjusfundamentais - a partir de uma análise quantitativa e qualitativa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, busca-se exatamente os registros, acaso existentes, das confluências culturais presentes e disponíveis no seu banco de dados, no que diz respeito às referências cruzadas utilizadas como elementos de fundamentação das decisões que concretizaram direitos fundamentais pela Corte Suprema brasileira.

Por fim, é de ressaltar que os diálogos transjusfundamentais fundamentam-se e justificam-se na idéia central de que a concretização dos direitos fundamentais revela-se com a mais importante condição de possibilidade da força normativa das constituições³⁵⁴ no mundo atual, pois se já não mais se duvida da interdependência econômica entre os Estados,

³⁵² Mas, como adverte o professor Haberle, “*esse posicionamento naturalmente deve entender-se com uma comparação cultural (não como uma transposição esquemática). Isso quer dizer que os contextos culturais devem “corresponder-se”. Por isso, por exemplo, persiste uma especial vinculação cultural entre os países ibéricos e os países latino-americanos. (...) Esta relação cultural também conduz a que os países da América do Sul dirijam suas atenções de direito comparado especificamente para a Espanha.*” In VALADÉS, Diego (org.). **Conversas acadêmicas com Peter Haberle**, trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 10.

³⁵³ Sobre essas mudanças, já iniciei reflexão em: SILVA, Christine O. P. Estado constitucional cooperativo: o futuro do Estado e da interpretação constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle, in **Revista Jurídica/Presidência da República**, vol. 7, n. 72, maio 2005 [internet] disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajurídica.htm Acessado em 25/07/05.

³⁵⁴ Haberle afirma que a força normativa da Constituição deverá ser colocada em prática com ajuda da tríade iusfilosófica, isto é, o pensamento possibilista, necessarista e realista. E explica: “*Consequentemente, o primeiro deles, o possibilista, se mostra como “normativo”, já incluído desde o âmbito constitucional, mas sempre em certa medida e tanto quanto se mantenha aberto (de espírito) no sentido filosófico popperiano do termo “abertura de espírito”, de modo que este tipo de filosofia, junto com os outros restantes (necessarista e realista), sirva como mediador entre a teoria e a práxis da seguinte forma, a saber: entre a teoria, de modo específico, e entre a práxis ante o todo, de maneira um tanto difusa inicialmente – como assim se demonstra toda uma multidão de exemplos tomados da legislação e da realidade administrativa e jurisprudencial cotidiana.*” Cf. HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta**. Tecnos : Madrid, 2002, p. 59 (tradução livre para o português por Tahinah Albuquerque e Christine Peter).

também há que se confirmar a interdependência destes no que diz respeito à concretização dos direitos fundamentais (jusfundamentalidade), ou seja, no que tange à construção mundializada dos critérios locais e concretos da dignidade humana de seus cidadãos³⁵⁵.

Tudo isso justifica o âmbito da investigação aqui proposta, que, se descortina, nos próximos capítulos, em aspectos metodológicos, por meio de uma revisão de literatura da doutrina especializada, notadamente a norte-americana sobre os diálogos judiciais transnacionais, e empíricos, por meio da análise das decisões do Supremo Tribunal Federal que registraram referências a precedentes estrangeiros como parte da argumentação dos Ministros, do fenômeno estudado, qual seja, a transjusfundamentalidade.

³⁵⁵ Sobre o aparente paradoxo entre mundial e local aqui exposto, sugiro minhas reflexões em **Tensões entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional: uma necessária reavaliação do conceito de Soberania**, in MENEZES, Wagner (coord). **Estudos de direito internacional**, vol XXI, Anais do 9º Congresso Brasileiro de Direito Internacional/2011. Curitiba : Juruá, 2011, p. 450 e ss. É de lá as minhas considerações: *“A base das identidades locais será sempre a dinâmica relação entre o universal e o particular, entre o todo e a parte. Nesse sentido afirma o Professor Marramao: “Nosso mundo não é mais um mundo euclidiano, não é mais clássico, ou seja, territorial, pois o local está intimamente vinculado ao global.”* Essa observação foi feita por Giacomo Marramao no Seminário que ocorreu em Belo Horizonte/Brasília de 08/09/09 a 11/09/09, sob a intermediação dos Professores Menelick de Carvalho Neto e Marcelo Cattoni de Oliveira. Anotações pessoais da autora do presente trabalho que participou como observadora do referido seminário.

CAPÍTULO II – TRANSJUSFUNDAMENTALIDADE: DIÁLOGOS JUDICIAIS TRANSNACIONAIS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1. Metodologia comparativista

2.1.1. Comparação: método ou ciência?

A comparação jurídica não é uma novidade, tendo sido bastante utilizada, principalmente na antiguidade, pelos gregos e romanos. É de Aristóteles o exemplo mais clássico, quando comparou os diversos ordenamentos políticos das cidades-estados de seu tempo para confrontá-los com o ordenamento político de Atenas³⁵⁶. Mas foi efetivamente nos séculos XVIII³⁵⁷ e XIX³⁵⁸ que a comparação jurídica adquiriu os contornos do que se conhece atualmente. As escolas dos glosadores e dos posglosadores, o nascimento do Direito comum, bem como as grandes codificações napoleônicas dos primeiros anos do século XIX são fatos históricos que contribuíram para o desenvolvimento da disciplina comparativa e do método comparativo na era moderna.³⁵⁹

Hector Fix-Zamudio afirma ser senso comum entre os comparativistas o fato de que os estudos jurídicos comparados adquiriram caráter sistemático somente a partir da segunda metade do século XIX, inclusive diante de algum consenso sobre a nomenclatura 'direito comparado', com apoio na

³⁵⁶ Em sua obra *A Política*, Aristóteles utiliza-se do método comparativo para descrever mais de uma centena de constituições de sua época. Entretanto, essa compilação não foi totalmente recuperada, pois apenas fragmentos dela foram localizados no Egito já no século XIX. Trata-se da obra *Constituição de Atenas*. Vide: FIX-ZAMUDIO, Hector. *Tendencias actuales del derecho comparado*, Disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1793/5.pdf>, Acessado em 18/09/2012, p. 23.

³⁵⁷ James Madison, em o *Federalista* nº 63, já anotava que: "A atenção ao julgamento de outros países é, por duas razões, indispensável a todos os governos: uma é que, independentemente dos méritos de um plano ou empreendimento específico, convém, por vários motivos, que qualquer deles seja considerado pelos outros países como resultante de uma orientação prudente e séria; a outra é que, em casos duvidosos, particularmente quando os conselhos nacionais podem ser vítimas de alguma forte paixão ou momentâneo interesse, a opinião favorável ou conhecida do mundo imparcial pode constituir o melhor guia a ser observado." Cfr. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*, tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas/SP : Ed. Russel, 2003, p. 387.

³⁵⁸ A maioria dos autores situam o berço da ciência comparativa no século XIX. Nesse sentido, a título exemplificativo, ensina-nos Hans-Heinrich Jescheck: "O Direito comparado, no sentido de um método geral, sistemático e decisivo em razão do emprego de meios técnicos valiosos, começou a se mover somente no século XIX. O plano espiritual geral da época cedeu à este novo método jurídico de trabalho, tão logo foram superadas algumas parcialidades da Escola Histórica." Vide: JESCHECK, Hans-Heinrich. *Desenvolvimento, tarefas e métodos do direito penal comparado*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre : Editora Sergio Fabris, 2006, p. 20.

³⁵⁹ FIX-ZAMUDIO, Hector. *Tendencias actuales del derecho comparado*, Disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1793/5.pdf>, Acessado em 17/09/2012, p. 27.

doutrina consolidada a partir das obras de importantes precursores como Grócio, Bacon, Selden, Leibniz, Vico e Montesquieu.³⁶⁰

Anota Fiz-Zamudio, com apoio na doutrina de Constantinesco, que a evolução do direito comparado ocorreu em três etapas: a primeira abarca os anos de 1780 a 1850, com a contribuição das obras de Feuerbach, Hegel, Ganz, Zachariae e Mittermaier; a segunda compreende os anos de 1850-1900, durante a qual surgem as associações de comparativistas³⁶¹ e as revistas de legislação e/ou direito comparado; e a terceira etapa, que modificou e aperfeiçoou as anteriores, inaugura-se com o Congresso de Paris de 1900, prevalecendo por toda a primeira metade do século XX.³⁶²

Marc Ancel afirma que o marco histórico da comparação jurídica na modernidade é o Congresso Internacional de Direito Comparado, que aconteceu na cidade de Paris, no ano de 1900.³⁶³ A partir desse marco, Marc Ancel destaca três fases sucessivas da prática comparativista: a primeira seria uma fase constitutiva da ciência jurídica comparativa³⁶⁴; a segunda seria o período entre guerras³⁶⁵; e a terceira, o período após a segunda guerra mundial.

³⁶⁰ FIX-ZAMUDIO, Hector. Tendencias actuales del derecho comparado, Disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1793/5.pdf>, p. 28, nota 13.

³⁶¹ Dentre elas destacam-se a Societé de Législation Comparée (1860); a Gesellschaft für Vergleichende Rechts-und Staatswissenschaft (1893) - Sociedade para a Ciência Comparativa do Direito e do Estado – e a Society of Comparative Legislation (1895). Vide: FIX-ZAMUDIO, Hector. Tendencias actuales del derecho comparado, Disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1793/5.pdf>, p. 28, nota 15.

³⁶² A partir do Congresso é possível observar um desenvolvimento dinâmico e progressivo tanto das publicações periódicas e monográficas sobre a ciência jurídica comparativa, como a utilização do método comparativo, tendo havido também o florescimento de institutos de direito comparado e cursos de cunho comparativista. Vide: FIX-ZAMUDIO, Hector. Tendencias actuales del derecho comparado, Disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1793/5.pdf>, p. 29.

³⁶³ Vale aqui o registro de Fix-Zamudio de que a intenção desse evento, que logo se revelou utópica e ilusória, era a unificação e harmonização dos diversos sistemas jurídicos. Cfr. FIX-ZAMUDIO, Hector. *Tendencias actuales del derecho comparado*, Disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1793/5.pdf>, Acessado em 18/09/2012, p. 24. Sobre a afirmação de Marc Ancel vide: ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do Direito Comparado**, trad. Sérgio José Porto. Porto Alegre, Editora Fabris, 1980, p. 27.

³⁶⁴ Afirma Marc Ancel sobre essa fase que a ideia fundamental dos comparativistas era a de que a comparação dos direitos, cientificamente organizada, deveria fazer emergir, sob a diversidade das soluções nacionais e das legislações dos diversos países, um fundo comum, tendo o direito comparado, como proposta principal, a tarefa essencial de pesquisar e formular princípios comuns. Afirma literalmente Marc Ancel: "*Esse fundo comum, sobre o qual muito discutiremos, é, definitivamente, constituído pelos 'princípios gerais de direito reconhecidos pelos países civilizados', segundo a fórmula que empregaria mais tarde o célebre artigo 38 dos Estatutos da Corte Permanente de Justiça Internacional.*" ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do Direito Comparado**, trad. Sérgio José Porto. Porto Alegre, Editora Fabris, 1980, p. 29.

³⁶⁵ Trata-se da chamada era universalista: "*Ainda mais do que no período precedente, mas de agora em diante com um outro espírito, a cooperação jurídica internacional se encontra na ordem do dia*"(...) *A unificação dos direitos! A ideia, irrelevante o que se tenha dito, é então, senão inteiramente nova, ao menos animada por um dinamismo inédito. Os comparativistas de 1900 pretenderam simplesmente pesquisar, descobrir ou constatar as semelhanças já existentes entre as legislações e a constantes jurídicas entre os sistemas. Os de 1925 vão muito longe ao afirmar (...) que é chegada a hora de construir o 'direito mundial do século XX'*". Cfr. ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do Direito Comparado**, trad. Sérgio José Porto. Porto Alegre, Editora Fabris, 1980, p. 33-34.

É preciso destacar, como principais consequências da primeira fase da ciência jurídica comparativa, a qual pode ser identificada como fase das regras do direito comum legislativo, ou seja, de um direito comum positivista: a) a ideia de que somente países com o mesmo nível moral, político, econômico e social, ou seja, os chamados países civilizados podem fazer parte da comunidade do Direito comum legislativo; b) a máxima metodológica de que somente é possível comparar coisas comparáveis; c) por fim, a aposta ideológica de que há uma unidade essencial do Direito, a qual deve ser reencontrada, tendo em vista que o tal Direito comum não se origina da identidade formal das regras jurídicas de cada país.³⁶⁶

Destaque-se, quanto à segunda fase, que a ideia de um Direito universal ganha força e novos meios de expressão. A Sociedade das Nações instaura em Roma, em 1928, um instituto internacional para a unificação do direito privado, já tendo sido constituída, desde 1924, na Holanda, a Academia Internacional de Direito Comparado da Haia, a qual reunia todos os grandes comparativistas da época e tinha como um de seus objetivos mais notórios a unificação do Direito.³⁶⁷

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, inaugura-se uma distinta e importante fase do Direito Comparado, principalmente em virtude da criação da Comunidade Europeia (Tratado de Roma de 1957) e do surgimento do Direito Comunitário. Por impulso desses dois eventos históricos, consolidou-se a prática comparativista, que teve como principais causas: a) a necessidade de elaboração de normas comunitárias que pudessem regular as relações internas e externas dessas comunidades; b) o efeito irradiante das normas comunitárias no direito interno e vice versa.³⁶⁸

A evolução do direito comunitário europeu, principalmente após a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, assinada na França no ano 2000³⁶⁹, revela-se como um exemplo

³⁶⁶ ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do Direito Comparado**, trad. Sérgio José Porto. Porto Alegre, Editora Fabris, 1980, p. 30.

³⁶⁷ ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do Direito Comparado**, trad. Sérgio José Porto. Porto Alegre, Editora Fabris, 1980, p. 34.

³⁶⁸ Sobre isso comenta Fix-Zamudio, citando Santiago González-Varas Ibáñez: “*A su vez, esse derecho comunitario, que tiene como base el derecho comparado, se proyecta sobre los derechos de los Estados miembros con el objeto de lograr una misma regulación jurídica, lo que genera un proceso o efecto de influencia de unos derechos nacionales en otros, ya que por una parte la norma comunitaria puede tomar como modelo un determinado derecho nacional, y, por la otra, dicha norma comunitaria, al aplicarse en otro Estado, puede causar un efecto de trasplante de criterios jurídicos nacionales de un derecho en otro de carácter nacional*”. Cfr. IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. *El derecho comparado*, in **Revista Vasca de Administración Pública**, n. 50, 1998, p. 155-158, *apud* FIX-ZAMUDIO, Hector. *Tendencias actuales del derecho comparado*, Disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1793/5.pdf>, Acessado em 18/09/2012, p. 40, nota 58.

³⁶⁹ Os direitos contidos neste documento, que se inspiraram nas tradições constitucionais e nas obrigações internacionais dos Estados-membros, parecem indicar que foram feitos intensos estudos comparativos para determinar os aspectos comuns das cartas de direitos das diversas nações da comunidade. Cfr: FIX-ZAMUDIO, Hector. *Tendencias actuales del derecho comparado*, Disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1793/5.pdf>, Acessado em 17/09/2012, p. 41, nota 61.

contemporâneo dessa nova era.³⁷⁰ Não há dúvidas de que a aproximação dos diversos ordenamentos tem sido constante no novo contexto mundial, havendo tendência irreversível para que os diversos ordenamentos nacionais dialoguem em termos de legislação e jurisprudência, de forma que o método comparativo e a ciência jurídica comparada ganham relevância impar nesse período de nossa história.

Fix-Zamudio chega a afirmar que há uma tendência à cooperação e harmonização dos ordenamentos nacionais, por meio de processos de integração promovidos pelos instrumentos oferecidos pela ciência jurídica comparada e pelo método jurídico comparativo, de forma que se pode afirmar que, a partir da segunda metade do século XX, o direito comunitário ganha caráter cada vez mais cogente.³⁷¹

E mesmo que não se possa falar, por cautela, em tradição jurídica latino-americana como uma fórmula autônoma e sistemática de pensar o Direito, é possível sustentar a existência de uma família jurídica latino-americana, a qual integra duas outras tradições jurídicas ocidentais mais importantes: a europeia, de caráter romanista, e a anglo-americana, que se consolidou por meio do *common law*. As características comuns são tão evidentes que as nossas diferenças não têm constituído barreiras para a acelerada aproximação constitucional, especialmente pelos paralelismos estabelecidos entre nossa história e cultura.³⁷²

Há discussão acerca da natureza da comparação jurídica: se esta seria um método ou disciplina científica. Comparativistas como Leotin-Jean Constantinesco debruçou-se sobre esta controvérsia, examinando a dualidade método/ciência comparativista, para expor os argumentos das duas concepções. Constantinesco sustentou que seria possível reconhecer uma ciência autônoma do direito comparado, cujo objeto de estudo eram os elementos determinantes da estrutura fundamental de um ordenamento jurídico, as quais pudessem identificá-lo, distinguindo-o dos demais ordenamentos congêneres.³⁷³

³⁷⁰ Essa também é uma ideia defendida por CHOUDHRY, Sujit (org.). *The migration of constitutional ideas*. New York : Cambridge University Press, 2006.

³⁷¹ Aqui é preciso fazer registro de que não apenas os países europeus estão avançados quanto à implementação do direito comunitário, mas também há vasto campo de investigação sobre práticas de cooperação e aproximação entre os países da América Latina. Fix-Zamudio afirma que os estudos comparativos têm proporcionado significativa modernização das cartas constitucionais dos países latino americanos, especialmente no tocante aos direitos fundamentais, existindo extensa e qualificada produção acadêmica (artigos, livros e trabalhos coletivos) sobre o direito constitucional comparado da América Latina. Sobre isso, vale conferir o registro detalhado e criterioso feito por FIX-ZAMUDIO em *Tendencias actuales del derecho comparado*, Disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1793/5.pdf>, Acessado em 18/09/2012, p. 49; 53-57.

³⁷² FIX-ZAMUDIO, Hector. *Tendencias actuales del derecho comparado*, Disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1793/5.pdf>, Acessado em 17/09/2012, p. 56-57.

³⁷³ CONSTANTINESCO, Leotin-Jean. *Traité de droit comparé*, t.1 : *Introduction au droit comparé*. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972, p. 176-221, *apud* FIX-ZAMUDIO, Hector. *Tendencias actuales del derecho comparado*, Disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1793/5.pdf>, Acessado em 18/09/2012, p. 25, nota 4.

Para Hector Fix-Zamudio não se revelam incompatíveis as concepções de comparação jurídica como método e como ciência, pois “(...) *si bien es verdad que el llamado derecho comparado es un instrumento de conocimiento del derecho y, por tanto, un método jurídico, también lo es la necesidad de elaborar los conceptos y principios que se derivan del uso de dicho instrumento, que no puede aplicarse em forma indiscriminada.*”³⁷⁴

Trata-se, nesse contexto, de uma disciplina científico-metodológica, de caráter funcional, ou seja, que tem como objetivo estabelecer a sistematização dos estudos jurídicos no plano comparativo, revelando-se como uma disciplina formativa, a qual se distingue das demais disciplinas jurídicas tradicionais, que são informativas.³⁷⁵

Para Marc Ancel, o método comparativo constitui-se em “(...) método de uma ciência que, mesmo se se admitir não ter ela objeto próprio no início, chega, ao termo da pesquisa, a um resultado, a um produto que se torna um objeto de ciência específica”. E complementa: “O emprego do método conduzirá, portanto, a deduzir um conteúdo cientificamente novo”, o que significa reconhecer que a ciência comparativa e seu método interpenetram-se para resultarem, de sua combinação, em uma nova forma científica de abordagem dos objetos da vida: o Direito comparado.³⁷⁶

Muito embora se tenha consciência de que pelo menos dois diferentes modos de aproximação com o tema sejam viáveis³⁷⁷, quais sejam, o da metodologia do direito comparado em si; e também o da prática judicial de diálogos transnacionais, a proposta para este capítulo é de fusão das perspectivas, numa tentativa de fertilização cruzada entre as principais ideias apresentadas pelos autores de ambas as correntes³⁷⁸.

³⁷⁴ FIX-ZAMUDIO, Hector. *Tendencias actuales del derecho comparado*, Disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1793/5.pdf>, Acessado em 17/09/2012, p. 26.

³⁷⁵ FIX-ZAMUDIO, Hector. *Tendencias actuales del derecho comparado*, Disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1793/5.pdf>, Acessado em 17/09/2012, p. 26, notas 6, 8 e 9.

³⁷⁶ Vale aqui o registro do professor de que: “O direito comparado será talvez frequentemente - (...) - uma arte: a arte da aproximação, da unificação ou do aperfeiçoamento das instituições vigentes. Mas nos parece difícil, tal como o construíram esses mesmos que lhe negam esse caráter, de não ver nele uma disciplina científica, na medida precisamente em que vai além do conteúdo normativo e da utilização técnica do sistema de direito interno.” Vide: ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do Direito Comparado**, trad. Sérgio José Porto. Porto Alegre, Editora Fabris, 1980, p. 51.

³⁷⁷ A dualidade também foi explicitada por: BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; LOIS, Cecilia Caballero. Beyond the borders of the constitution: cross-fertilization and global constitutionalism, *Paper presented at the annual meeting of the The Law and Society Association, Grand Hyatt, Denver, Colorado, May 25, 2009* Disponível em: <http://www.allacademic.com/meta/p303141_index.html>; acessado em 02/11/12, p. 4-5.

³⁷⁸ Sobre a dualidade: “*The approaches to the phenomenon of the circulation of constitutional models can be grouped into two main areas: The first is linked to the key themes of comparative law (comparative constitutional law in a more traditional version); the second gathers studies concerned with analyzing the practice of the courts which engage in processes of 'constitutional dialogue'.*” BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; LOIS, Cecilia Caballero. Beyond the borders of the constitution: cross-fertilization and global constitutionalism, *Paper presented at the annual meeting of the The Law and Society Association, Grand Hyatt, Denver, Colorado, May 25, 2009* Disponível em: <http://www.allacademic.com/meta/p303141_index.html>; acessado em 02/11/12.

Na verdade, a proposta de fusão de modelos e procedimentos atinentes aos historicamente diferenciados regimes do direito romano-germânico (civil law) e do direito anglo-saxão (common law), para análise de problemas científicos, não é uma novidade metodológica do presente trabalho³⁷⁹. Muito pelo contrário, é conscientemente uma metodologia de que faço uso há bastante tempo, apresentando-se como uma constante que permeia toda a análise aqui implementada.

2.1.2. Circulação de ideias como uma nova metáfora?

A questão central que motiva o debate acerca da necessidade, ou não, de circulação de ideias constitucionais³⁸⁰, no âmbito do processo de interpretação construtiva, ou concretização como se prefere chamar neste trabalho, dos direitos fundamentais, é como tem ocorrido e quais as causas e conseqüências mais evidentes da citação de decisões de cortes estrangeiras para a construção da jurisprudência constitucional doméstica.³⁸¹

Tal prática vem sendo objeto de intensa controvérsia e interesse por parte dos acadêmicos e juízes envolvidos com o debate constitucional ao redor de todo o mundo³⁸². Exatamente onde se questionam os limites da concretização constitucional, especialmente no que diz respeito à construção do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, ali onde mais se torna evidente a relevância do debate³⁸³.

Uma premissa importante a ser aqui anotada é a de que os direitos fundamentais desempenham importante papel na potencialização e facilitação desse intercâmbio de ideias, uma vez

³⁷⁹ Clássico é o texto do Professor Francisco Segado sobre o tema: SEGADO, Francisco Fernández. A obsolência da bipolaridade tradicional (modelo americano-modelo europeu-kelseniano) dos sistemas de justiça constitucional. Tradução: Pedro Buck Avelino. **Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos**, São Paulo: Saraiva, p. 366-395, 2005.

³⁸⁰ O título foi inspirado no trabalho do professor Sujit Choudhry sobre migração de ideias constitucionais como uma nova metáfora. Cfr. CHOUDHRY, Sujit (org.). *The migration of constitutional ideas*. New York : Cambridge University Press, 2006.

³⁸¹ A famosa discussão entre os juízes da Suprema Corte Americana sobre o tema esteve motivada pelo seguinte tópico: “A relevância constitucional das decisões de cortes estrangeiras para a jurisprudência constitucional da Suprema Corte”. Transcrição na língua inglesa da discussão pode ser encontrada em: <http://domino.american.edu/AU/media/mediarel.nsf/0/1F2F7DC4757FD01E85256F890068E6E0>. Acessado em 17/09/2012.

³⁸² Para um exemplo de estudo sobre as referências cruzadas entre magistrados e intercâmbio de ideias entre juízes das Cortes Internacionais europeias vide: SCHEECK, Laurent. *The Socialization of the Judges of Supranational Courts in Europe and its Effects on Regional Integration* Disponível em: www.garnet.sciencespobordeaux.fr/.../SCHEEK... Acessado em: fevereiro de 2013.

³⁸³ No Brasil, o debate ainda é incipiente. Entretanto, alguns trabalhos já merecem registro, dentre eles: BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; LOIS, Cecilia Caballero. Beyond the borders of the constitution: cross-fertilization and global constitutionalism, *Paper presented at the annual meeting of the The Law and Society Association, Grand Hyatt, Denver, Colorado, May 25, 2009* Disponível em: <http://www.allacademic.com/meta/p303141_index.html>; acessado em 02/11/12. Vide também: CHAIMOVICH, Mariana Midea Cuccovi. **A utilização da jurisprudência estrangeira no Supremo Tribunal Federal**, Monografia SBDP (2006), Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/84_Mariana%20Chaimovich.pdf ; acessado em 02/11/2012.

que as questões relacionadas à concretização de direitos fundamentais, seja no âmbito das cortes domésticas, seja no âmbito das cortes internacionais, apresentam-se como aquelas que impõem maior necessidade de diálogos judiciais transnacionais.³⁸⁴

Aqueles que são favoráveis à abertura da argumentação construtiva das Cortes Constitucionais e Supremas às premissas e conclusões das decisões de instituições congêneres costumam associar o método comparativo a um esforço interpretativo compartilhado no senso comum cooperativo.³⁸⁵

Por outro lado, aqueles que são contrários a tal prática, como o juiz da Suprema Corte Americana Antonin Scalia, afirmam que importar os argumentos de decisões de tribunais estrangeiros, sejam nacionais ou transnacionais, constitui atitude enfraquecedora das democracias nacionais. Ademais, questionam sobre a metodologia de importação de tais argumentos: serão sempre vinculantes? Ou serão utilizados somente quando convier à Corte? E qual seria o critério de vinculação?³⁸⁶

O argumento antidemocrático tem ganhado força nos círculos acadêmicos e nos tribunais dos Estados Unidos, acompanhando tendência já conhecida no debate sobre a amplitude do poder criativo da jurisdição constitucional naquele país, inaugurada de há muito pelo célebre precedente *Marbury x Madison*, de 1803. Para aqueles que se opõem à circulação das ideias constitucionais entre Cortes Constitucionais e Supremas, duas questões devem ser levadas em consideração: o excessivo ativismo judicial por ela reforçado; e a erosão da soberania nacional pelo estímulo à ideia de globalização.³⁸⁷

Sobre o temor de que a circulação de ideias constitucionais se convolve em instrumento metodológico do ativismo, vale registrar que o debate reencontra-se com a já vetusta disputa entre as correntes originalistas e não-interpretativistas, como tendências doutrinárias de interpretação jurídico-constitucional³⁸⁸. Isso porque, já se percebeu que, nesse debate, a questão central repousa nas opções metodológicas de uma agenda político-constitucional.

³⁸⁴ Também esta é a premissa de: SCHEECK, Laurent. *Constitutional activism and fundamental rights in Europe: common interests through transnational socialisation*. Disponível em: www.polilexes.com/.../constitutional_activism.pdf... Acessado em: fevereiro de 2013. Também: SCHEECK, Laurent. The relationship between the European Courts and integration through human rights in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 65, n° 4, pp. 837-885, 2005.

³⁸⁵ O professor Sujit Choudhry faz referência, nesse ponto, ao trabalho de Michael Ramsey: International materials and domestic rights: reflections on Atkins and Lawrence (2004) 98 *American Journal of International Law* 69, *apud* CHOUDHRY, Sujit (org.). *The migration of constitutional ideas*. New York : Cambridge University Press, 2006, p. 2, nota 14.

³⁸⁶ CHOUDHRY, Sujit (org.). *The migration of constitutional ideas*. New York : Cambridge University Press, 2006, p. 2-3.

³⁸⁷ CHOUDHRY, Sujit (org.). *The migration of constitutional ideas*. New York : Cambridge University Press, 2006, p. 6-7.

³⁸⁸ Sobre a controvérsia vide: CANOTILHO, J. J Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 1999, p. 1121-1124.

Assim, a decisão sobre usar, ou não, os precedentes estrangeiros como tópicos argumentativos da jurisprudência constitucional doméstica revela-se como mais uma das opções para o velho questionamento acerca de quem será o guardião da Constituição³⁸⁹ e como será conduzido o processo mediante o qual concretizam-se os direitos fundamentais de um determinado país.

Isso porque há necessidade de um realinhamento da questão básica posta para debate nesse contexto, ou seja, é preciso sair do dilema da obrigatoriedade, ou não, de vinculação da jurisprudência estrangeira, que, no sentido positivo e prospectivo, representaria um golpe fatal ao Estado de Direito Soberano, para aprofundar a verdadeira questão que o debate enceta: mas qual Estado de Direito Soberano?³⁹⁰

E nesse ponto reside a virada metodológica proposta no presente trabalho, ou seja, o deslocamento da discussão de uma perspectiva do Estado de Direito clássico, visto como uma ordenamento normativo piramidal, para um Estado Constitucional Cooperativo, esforço teórico de materialização dos direitos fundamentais, que vistos de uma perspectiva de Direito Objetivo, revelam-se como o conteúdo formal e material de uma nova ordem jurídica mundial.³⁹¹

Dessa forma, para focar com acuidade o debate acerca da migração das ideias constitucionais que conduz aos diálogos judiciais transnacionais, como a metáfora adequada, é necessário transpor o raciocínio de uma visão normativo-positivista³⁹² para uma visão hermenêutico-culturalista³⁹³ acerca do Estado Soberano. É o que se propõe com o tópico seguinte.

³⁸⁹ É evidente que aqui estou me referindo ao célebre debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt no final da década de 20 do século passado: SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**, Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte : Editora Del Rey, 2007. KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição, in **Jurisdição Constitucional**, trad. Alexandre Krug; Eduardo Brandão; Maria Emantina Galvão. São Paulo : Martins Fontes, 2003.

³⁹⁰ Acredito que aqui merece destaque a observação de Breyer, que muito embora não tenha conseguido, naquela oportunidade, sair da armadilha posta pelo seu opositor de bancada, jogou luzes sobre um possível novo olhar para o dilema: afirmou que umas das razões para citar a jurisprudência de outras cortes nacionais seria a consolidação do modelo de jurisdição constitucional nas democracias transnacionais. Sobre isso vide: CHOUDHRY, Sujit (org.). *The migration of constitutional ideas*. New York : Cambridge University Press, 2006, p. 9-10.

³⁹¹ Para uma visão mais sistemática e ordenada dessa ideia, vide a primeira parte deste trabalho – Do Estado de Direito ao Estado Constitucional e Cooperativo, bem como dois outros trabalhos que publiquei como artigos preparatórios para esse debate: Estado Constitucional Cooperativo, in *Direito Público*, ano III, nº 12, abr/jun 2006, p. 5-20; e a Função da Jurisdição no Estado Constitucional Brasileiro, in *Observatório da Jurisdição Constitucional*, v. 4, p. 1-27, 2010.

³⁹² De inspiração na doutrina de Kelsen acerca do Estado como ordenamento jurídico positivado. Essa doutrina, desenvolvida desde o início da década de 20, foi exposta pela primeira vez na obra **Teoria Geral do Estado** de 1925, mas encontra-se condensada principalmente em: KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, Trad. João Baptista Machado. São Paulo : Martins Fontes, 2003.

³⁹³ Inspirada na visão de Estado proposta por Rudolf Smend em: *Constitucion y Derecho Constitucional*, Trad. José Maria Beneyto Pérez. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

2.1.3. Legitimidade da comparação jusfundamental

O deslocamento do principal dilema posto no debate ocorrido em 2005 entre Breyer e Scalia, dois juízes da Suprema Corte Americana, na Escola de Direito da Universidade Americana³⁹⁴, revela-se essencial para a discussão sobre a legitimidade da comparação jusfundamental.

Note-se que, se o ponto central da célebre discussão foi a obrigatoriedade de considerar-se os precedentes estrangeiros como jurisprudência vinculante para as Cortes Constitucionais e Supremas nacionais. Tal questão apresenta-se como superada, uma vez que tem resposta quase unânime entre os constitucionalistas: não é razoável a vinculação!³⁹⁵

Considerando a ideia clássica de Estado Constitucional Soberano e os princípios constitucionais fundadores, especialmente o federativo, no caso brasileiro, não se sustenta a tese de que há precedentes estrangeiros de observância obrigatória, uma vez que isso desmontaria a teoria constitucional, exigindo postura desconstrutivista que ainda não encontra respaldo entre os doutrinadores de direito constitucional brasileiros.

No entanto, ao invés disso, se o ponto central do debate for a possibilidade de utilização dos precedentes estrangeiros como jurisprudência dialógica de ideias alternativas para a resolução de problemas comuns, a equação tem outra resposta diametralmente oposta entre os constitucionalistas: revela-se, ao menos, razoável! Isso porque o debate acerca do ativismo judicial, seus parâmetros, seus limites e suas consequências ainda está muito vivo entre nós.

Muito embora ainda não seja farta e disponível doutrina sistematizada sobre o tema no Brasil³⁹⁶, a prática da comparação tem gerado pouca resistência entre os constitucionalistas brasileiros.

³⁹⁴ U.S. Association of Constitutional law discussion. Subject: constitutional relevance of foreign court decisions. Moderator: Norman Dorsen, founder and president, U.S. Association of Constitutional law. Participants: Antonin Scalia, associate justice, U.S. Supreme Court; Stephen Breyer, associate justice, U.S. Supreme Court. Location: American University, Washington College Of Law, Washington, D.C. Time: 4:10 P.M. Date: Thursday, January 13, 2005. A íntegra desse debate está disponível em: <http://www.freerepublic.com/focus/f-news/1352357/posts>; Acessado em 1/11/2012.

³⁹⁵ A discussão não tem, na doutrina brasileira, profundidade suficiente para enfrentar os problemas sobre os quais ela joga luzes. Entretanto, um excelente exemplo da discussão sobre o assunto, está no artigo do Professor norte americano David Fontana, dialogando com a doutrina do também Professor norte americano Mark Tushnet: FONTANA, David, *The Next Generation of Transnational/Domestic Constitutional Law Scholarship: A Reply to Professor Tushnet*, 38 Loy. *L.A. L. Rev.* 445 (2004). Disponível em: <http://digitalcommons.lmu.edu/lr/vol38/iss1/8>; Acessado em 02/11/12.

³⁹⁶ Aqui é preciso fazer menção a dois trabalhos sobre o assunto, que muito embora sejam superficiais pela sua natureza de artigo e monografia de iniciação científica, merecem o registro pelo ineditismo. Estou falando de: BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; LOIS, Cecilia Caballero. *Beyond the borders of the constitution: cross-fertilization and global constitutionalism*, Paper presented at the annual meeting of the The Law and Society Association, Grand Hyatt, Denver, Colorado, May 25, 2009 Disponível em: <http://www.allacademic.com/meta/p303141_index.html>; acessado em 02/11/12; e CHAIMOVICH, Mariana Midea Cuccovi. **A utilização da jurisprudência estrangeira no Supremo Tribunal Federal**, Monografia SBDP (2006), Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/84_Mariana%20Chaimovich.pdf ; acessado em 02/11/2012.

E mesmo aqueles que tem, de alguma maneira, criticado essa prática, faz mais em virtude da fórmula argumentativa do processo de tomada de decisão do Supremo Tribunal Federal, do que em virtude da utilização da comparação em si.³⁹⁷

Nos Estados Unidos, a crítica é mais antiga e mais consistente, em termos teóricos e metodológicos, existindo diversos estudos que focam os aspectos negativos e/ou paradoxais da utilização da jurisprudência estrangeira pelas cortes domésticas.³⁹⁸

A questão aqui, de qualquer forma, desloca-se da obrigatoriedade de vinculação aos precedentes estrangeiros para a busca de uma fórmula que se apresente adequada para a comparação jusfundamental no contexto do Estado Constitucional Cooperativo. Ou seja, compreendendo o processo histórico de elaboração de precedentes constitucionais como aberto, revela-se possível afirmar que a própria atitude de abertura, tanto teórica quanto filosófica, seja o primeiro passo para a construção do sentido de legitimidade que será proposto.

A predisposição para a comparação joga luzes para a contingência dos ordenamentos legal e constitucional, como contextos nos quais os direitos fundamentais serão concretizados, abrindo a discussão e os argumentos, inerentes ao processo de tomada de decisão, para razões e fundamentos que, sem esta visão, permaneceriam ocultos. Isso porque, os fundamentos que estão à disposição dos intérpretes constitucionais são variáveis e, em geral, dependentes da cultura nacional e de suas relações com o texto constitucional, com a história constitucional do país, e, ainda, com a jurisprudência constitucional predecessora.³⁹⁹

Entretanto, para além disso, as Cortes e seus intérpretes constitucionais terão que obrigatoriamente fazer outras escolhas interpretativas. Estas novas escolhas, por sua vez, merecerão a devida justificação, sob pena de as decisões não serem reconhecidas como legítimas. Nesse contexto, merece registro o conceito de legitimidade tal qual será usado no presente trabalho: processo de aceitação/rejeição dialógica das decisões que se constituíram pela construção cooperativa, tendo na

³⁹⁷ A referência crítica que encontrei foi a de Marcelo Casseb, enfrentando o problema das citações doutrinárias pelo Supremo Tribunal Federal. Vide: CONTINENTINO, Marcelo Casseb. O problema das excessivas citações doutrinárias no STF, in **Revista Conjur: Observatório da Jurisdição Constitucional**. Disponível: <http://www.conjur.com.br/2012-set-15/observatorio-constitucional-problema-citacoes-doutrinarias-stf>; Acessado em 02/11/2012.

³⁹⁸ SITARAMAN, Ganesh. The use and abuse of foreign law in constitutional interpretation, in *Harvard Law Journal of Law & Public Policy*, v. 32, n. 02, p. 653-693, 2009. Disponível em: www.harvard-jlpp.com/wp.../sitaraman_final.pdf - Acessado em: fevereiro de 2013. ROSENKRANTZ, Carlos F. Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law, in *International Journal of Constitutional Law*, v. 1, n. 2, p. 269-295, 2003; FLETCHER, George P. Comparative law as a subversive discipline, in *The American Journal of comparative law*, v. 46, n. 4, p.683-700, 1998; FRANKENBERG, Günter. Critical comparisons: re-thinking comparative law, in *Harvard International Law Journal*, v. 26, p. 411, 1985.

³⁹⁹ CHOUDHRY, Sujit (org.). *The migration of constitutional ideas*. New York : Cambridge University Press, 2006, p.5.

comparação jusfundamental um elemento estrutural legitimador da atuação das Cortes de onde são provenientes.⁴⁰⁰

Isso significa, em outras palavras, que as Cortes estarão sempre, de forma implícita ou explícita, justificando-se diante dos precedentes estrangeiros, os quais serão utilizados como pontos dialógicos de seus argumentos, o que coaduna com os objetivos do Estado Constitucional Cooperativo, o qual, a partir dessa prática, encontrará nas Cortes Supremas e Constitucionais contexto institucional adequado⁴⁰¹.

Se o Estado Constitucional Cooperativo propõe o deslocamento da discussão sobre constitucionalidade para a convencionalidade, da proteção dos direitos fundamentais para a garantia dos direitos humanos, e da interdependência de poder intra-estatal para a interdependência de poder inter-estatal, revela-se como o ambiente institucional adequado para as práticas de cooperação por meio da comparação dialógica.

Somente pelo processo aberto, complexo e dinâmico de comparação dialógica é que se revela possível a construção de um aporte legitimador convincente para a utilização de precedentes estrangeiros como elementos-tópicos da construção de sentido concreto para os direitos fundamentais presentes nessa nova ordem de coisas.⁴⁰²

No sentido que aqui será apresentada, a comparação ganha autonomia e importância por si mesma, pois o que está em evidente foco é o processo de transferência, o próprio movimento entre as ideias, sem haver qualquer preocupação com a propriedade dessas ideias ou a qualificação dessas ideias e/ou dos sujeitos envolvidos.

A atenção volta-se para a atitude de alteridade, com o objetivo maior de compreender a si mesmo e aos próprios problemas, em seus múltiplos aspectos, direcionando o olhar para o outro e para os problemas semelhantes enfrentados pelo outro. É, sem dúvida, um compromisso com a própria

⁴⁰⁰ Muito embora as ideias não sejam exatamente coincidentes, é possível encontrar elementos condicionantes entre elas e as de CHOUDHRY, Sujit (org.). *The migration of constitutional ideas*. New York : Cambridge University Press, 2006, p. 5-6.

⁴⁰¹ Não posso aqui deixar de anotar uma possível aproximação desse argumento com a base da teoria dos diálogos de DIXON, Rosalind. *Designing constitutional dialogue: Bill of Rights & the new commonwealth constitutionalism*, manuscrito, tese de doutorado, 2008 apud VIEIRA, José Ribas. **Teoria constitucional norte-americana contemporânea**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011, p. 163.

⁴⁰² Apenas para ilustrar essa ideia que será melhor desenvolvida nos tópicos seguintes, vale a transcrição literal de Sujit Choudhry: “*The dialogical method of comparative engagement may equip US courts to respond Scalia’s challenge. I may help the leaders of the US Supreme Court’s comparative turn to reject the dichotomy between binding and non-binding uses of comparative materials, opening up the space for a third option which accords comparative materials a distinctive legal significance without raising the fears of judicial activism or threats to US sovereignty. The Court may itself be heading toward this understanding.*” Cfr. CHOUDHRY, Sujit (org.). *The migration of constitutional ideas*. New York : Cambridge University Press, 2006, p. 24.

história e identidade, a partir de um processo que utiliza como instrumento a auto-identificação pela experiência alheia⁴⁰³.

Nesse contexto, perde toda e qualquer razão o desafio de questionar-se acerca do grau de legitimidade democrática dos magistrados para o processo de concretização dos direitos fundamentais por meio do método comparativo, uma vez que não é o método comparativo que conduzirá a uma maior ou menos discricionariedade do magistrado nessa seara. Também não se sustenta a tese de perda de soberania do Estado Democrático de direito, decorrente da opção de fundamentar decisões nacionais em virtude da utilização de precedentes estrangeiros no processo de construção dos próprios argumentos constitucionais jusfundamentadores, porquanto a questão da soberania independe desse aspecto, pressupondo posição teórica anterior e mais complexa⁴⁰⁴.

É notório que o foco legitimador tenha sido deslocado do paradigma estatal - Estado Constitucional e Democrático soberano - em si, sob a perspectiva do ordenamento jurídico-constitucional, para o processo de justificação desse ordenamento, a partir de um opção hermenêutico-cultural, plural e aberta.

O paradigma hermenêutico-cultural, pluralista e aberto insere-se no contexto da teoria possibilista⁴⁰⁵, ou seja, da abertura do processo de compreensão e recompreensão da norma constitucional, especialmente a de direito fundamental, para um intercâmbio constante com as possibilidades impostas pela realidade e pelas necessidades dos indivíduos.

O processo de tomada de decisões constitucionais jusfundamentais, nesse contexto, passa a ocorrer num ambiente institucional de tal forma aberto, plural e de reconhecimento de liberdades do ser humano, que tudo passa a ser parte do cardápio de escolha, num cenário de possibilidades. Dessa forma, a própria tomada de consciência prévia a respeito do pensar e atuar juridicamente passam ser elementos racionalizadores do processo de tomada de decisões jusfundamentais.⁴⁰⁶

⁴⁰³ Aqui não há como deixar de registrar a influência da teoria dialógica na concepção comparativista do presente trabalho. Sobre esta concepção cfr: CHOUDHRY, Sujit. Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitutional interpretation, in *Indiana Law Journal*, vol. 74, n.º. 3, p. 819-892, 1999. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1624070>; Acessado em 02/11/12, p. 836 e ss.

⁴⁰⁴ Sobre a questão da soberania vide meu: Tensões entre o direito constitucional e o direito internacional in MENEZES, Wagner (coord). *Estudos de direito internacional*, vol XXI, Anais do 9º Congresso Brasileiro de Direito Internacional/2011, Curitiba : Juruá, 2011, p. 450 e ss.

⁴⁰⁵ Sobre a teoria possibilista consultar: HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, trad. Emilio Mikunda. Madri : Editorial Tecnos, 2002, p.

⁴⁰⁶ HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, trad. Emilio Mikunda. Madri : Editorial Tecnos, 2002, p. 62e ss.

Vista desse modo, a institucionalização das expectativas e das possibilidades jurídicas das normas constitucionais jusfundamentais parecerá tanto mais importante quanto mais relevante seja o valor da própria Constituição no seio da respectiva comunidade pluralista.⁴⁰⁷

Tanto mais amplo e múltiplo será o cardápio de Constituições quanto maior for o engajamento com o Direito Constitucional Comparado, seja considerado em termos teóricos, como também em termos metodológicos. Também a história do constitucionalismo pode influenciar o pensamento alternativo, uma vez que elastece o rol de possibilidades.⁴⁰⁸

A manutenção de possibilidades como fator sempre aberto no seio dos ordenamentos constitucionais vigentes representa o conteúdo central dos princípios jurídico-constitucionais mais relevantes. Daí a afirmação de as democracias que não se estabeleçam sobre a base da idéia de existência de uma vontade popular deverá em todo caso abrir-se às minorias como alternativas frente à maioria, da mesma forma que a doutrina angloamericana a democracia se equipara aproximadamente com as idéias indissociáveis de “pluralismo e competitividade”.⁴⁰⁹

As normas jurídicas apenas podem ser conhecidas mediante sua confrontação com a própria realidade. Eis aqui porque a chamada “interpretação constitucional aberta” parte da base deste fato, de modo que cabe à hermenêutica a tarefa de explorar todo o amplo potencial do campo probabilista, relacionando-o com outras perspectivas tópicas⁴¹⁰ como bens de concordância prática.

O conhecimento teórico da hermenêutica de possibilidades, que contém em sua essência o pensamento por meio de alternativas, se projeta igualmente no âmbito da práxis em nível de reflexão jurídico-funcional, é dizer, na medida em que se garanta que uma das possíveis funções se volte tão dominante que impeça por si o desenvolvimento do potencial inovador das demais funções.⁴¹¹

⁴⁰⁷ HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, trad. Emilio Mikunda. Madri : Editorial Tecnos, 2002, p. 61.

⁴⁰⁸ Explica Haberle sobre este ponto: “*Isto significa, nem mais nem menos, que o pensamento alternativo que preconizamos não só o limitamos e projetamos em relação ao futuro, pois se fosse assim unicamente, restringiríamos seu horizonte de perspectivas, já que por ele e ipso facto desejaríamos excluída e a margem não só a própria história do constitucionalismo, mas também sobre toda a ampla palheta de considerações e possibilidades inerentes à mesma, tudo isso tanto mais quanto o material para resolver problemas históricos se encontra, como se sabe, bem cuidado – nunca melhor dito – na “câmara encouraçada do tesouro da história”, um material farto frequentemente esquecido depois de ser desprezada toda potencialidade inerente ao mesmo pela simples e pura realidade dos fatos*”. Cfr. HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, trad. Emilio Mikunda. Madri : Editorial Tecnos, 2002, p.66.

⁴⁰⁹ HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, trad. Emilio Mikunda. Madri : Editorial Tecnos, 2002, p. 67.

⁴¹⁰ BerfGE 35, 79 (124).

⁴¹¹ HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, trad. Emilio Mikunda. Madri : Editorial Tecnos, 2002, p. 72-73.

O pensamento alternativo como possibilidade cognitiva do processo jurídico mostra sua maior relevância no instante da escolha metodológica, o que se comprovou repetidas vezes a linha de debate sobre a tópica ou o pensamento tópico entendido como força produtiva de interpretação.⁴¹²

Isso está a revelar a importância que tem o direito comparado e, conseqüentemente, a metodologia comparativa para a hermenêutica-cultural, pluralista e aberta, uma vez que somente um pensamento guiado pela teoria possibilista revela-se apto a entender a relevância do múltiplo, do diferente, do renovador, sempre, e em todas as circunstâncias.

2.1.4. Limites e possibilidades da comparação jusfundamental

A concretização das normas constitucionais cujo âmbito de proteção seja constituído de bens e valores essenciais à ideia de dignidade humana exige esforço interdisciplinar, ou seja, não basta o domínio da dogmática jurídica, sendo também necessários aportes históricos, antropológicos, sociológicos, dentre outros⁴¹³.

Interpretar a norma constitucional é atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na Constituição, com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos, normativo-constitucionalmente fundada⁴¹⁴. Canotilho afirma existirem três dimensões importantes da interpretação da Constituição: uma em que interpretar é buscar o direito contido na lei constitucional escrita; outra em que interpretar o direito contido na lei constitucional implica uma atividade complexa de criação de significado para a norma; e outra, ainda, em que o produto do ato de interpretar é o próprio significado atribuído na interpretação.⁴¹⁵

A concretização constitucional, por sua vez, não é igual à interpretação, mas, sim, à construção de uma norma jurídica, uma vez que se trata de uma atividade técnica do procedimento estruturante da normatividade.⁴¹⁶ Esta distinção revela-se importante na medida em que coloca a tarefa hermenêutica em duas dimensões distintas, complementares e naturalmente imbricadas, uma vez que, apesar de serem afazeres diversos, na prática, muitas vezes não é possível distinguir quando termina uma e inicia-se a outra.

⁴¹² HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, trad. Emilio Mikunda. Madri : Editorial Tecnos, 2002, p.71

⁴¹³ Sobre isso conferir meus trabalhos: Do Estado de Direito ao Estado Constitucional: por um novo-velho paradigma de Estado, *in* sítio do **Núcleo de Estudos Constitucionais**. Disponível em: <http://necbrasil.com.br/?p=484>; Acessado em 03/11/2012.; Supremo Tribunal de direitos fundamentais: papel do STF no Estado Constitucional brasileiro, *in* sítio do **Núcleo de Estudos Constitucionais**. Disponível em: <http://necbrasil.com.br/?p=623&print=1>; Acessado em 03/11/2012.

⁴¹⁴ CANOTILHO, J. J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 1999, p. 1126.

⁴¹⁵ CANOTILHO, J. J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 1999, p. 1126-1127.

⁴¹⁶ CANOTILHO, J. J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 1999, p. 1127.

A Constituição, assim como a tarefa de sua concretização, assume-se como um devir, como uma ação direcionada para o futuro. A pluralização dos mundos que caracteriza a sociedade contemporânea, chamada de pós-moderna, torna crucial a reflexão sobre os conteúdos materialmente constitucionais, num contexto de desenvolvimento constitucional⁴¹⁷.

Ora, é preciso reconhecer a Constituição não apenas em seu sentido jurídico, mas também como uma expressão do desenvolvimento cultural de um povo, de modo que as discussões constitucionais também estejam abertas para os problemas de nosso tempo, como por exemplo, o problema da responsabilidade e da solidariedade intergeracional, o problema da sociedade de informação, o problema da empregabilidade mundial, o problema da ciência e da biotecnologia, o problema da segurança pública e das drogas, dentre outros.⁴¹⁸

Não há dúvidas sobre a necessidade de pensar os limites da concretização constitucional, especialmente no que diz respeito à condução social das suas expectativas. É chegado o tempo em que parece não haver limites à atividade criadora dos juízes, especialmente os da jurisdição constitucional. Para os menos avisados, parece que o padrão metodológico do Direito, por excelência, está a exigir que o profissional do Direito trabalhe exclusivamente com a pauta normativa dos princípios.

Isso acaba por conduzir à equivocada conclusão de que a tarefa concretizadora não se condiciona, nem está atrelada a qualquer previsibilidade, dando a falsa impressão de que há uma liberdade quase infinita do intérprete-concretizador quanto às linhas delimitadoras de escalonamento ou importância entre as fontes jurídicas.⁴¹⁹

O reconhecimento de que na interpretação judiciária do Direito existe certo grau de criatividade tem gerado muitas opiniões na doutrina, desde há muito, estando tais opiniões sistematizadas desde o século XIX⁴²⁰. O ponto central para o debate acerca dos limites da atividade

⁴¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 1999, p. 1067-1068.

⁴¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 1999, p. 1068-1069.

⁴¹⁹ Pertinente a lição da Professora Delmas-Marty: “Imagina-se a surpresa do observador que se aproximasse de olhos bem abertos. A paisagem ainda inscrita em nossas memórias não desapareceu, mas seus componentes se dispersaram. Uma dispersão que se pode, parece, atribuir a um fenômeno tríplice: de retirada de marcos, de surgimento de fontes novas que acabariam relegando o Estado e a lei à categoria de acessórios e de deslocamento das linhas que modificam o plano de composição, de modo que as pirâmides, ainda inacabadas, fiquem como que cercadas de anéis estranhos que escarnecem do velho princípio da hierarquia.” Cfr. DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo : Martins Fontes, 2004, p. 4.

⁴²⁰ Aqui a referência histórica mais famosa é das correntes norte americanas dicotomizadas em interpretativistas ou originalistas e não-interpretativistas, conforme já assinalado na parte inicial deste capítulo. Por todos vide: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 1999, p. 1121-1124.

criadora do juiz repousa na usurpação das competências políticas historicamente reconhecidas ao Poder Legislativo pelo Poder Judiciário⁴²¹.

Parece certo, e nisso é de se reproduzir já antiga, mas atual, lição de Mauro Capelletti⁴²², afirmando que mesmo o uso mais simples e preciso da linguagem legislativa, sempre deixará, de qualquer modo, poder ao intérprete-juiz, pois ambigüidades e incertezas resultantes da complexidade social crescente têm a via judiciária como destinatário certo.⁴²³

É certo também que os problemas constitucionais, em um Estado Democrático, não podem ser reduzidos a questões jurídicas puras, nem tampouco a questões políticas dissimuladas. As duas dimensões, jurídica e política, imbricam-se nas questões constitucionais de tal modo que seria impossível cindi-las para identificá-las. Dessa forma, revela-se despido de qualquer utilidade prática tentar classificar as funções exercidas no âmbito da jurisdição constitucional como questões políticas em forma jurisdicional ou, num outro extremo, como questões jurisdicionais sobre matérias políticas.⁴²⁴

São inúmeros os estudos e as obras que tratam dessa polêmica, a qual pode ser considerada dentre os temas de maior repercussão no pensamento constitucional contemporâneo⁴²⁵. Porém, neste trabalho, a tensão entre as correntes ativistas⁴²⁶ e minimalistas⁴²⁷ não será tratada como um problema

⁴²¹ Há severa crítica à chamada politização do Judiciário e também ao modelo denominado Estado Constitucional, que muitas vezes é confundido com 'Estado Judiciário', para se contrapor ao 'Estado Legislativo'. É importante ressaltar, com apoio na primeira parte do presente estudo, que Estado Constitucional não se confunde com Estado Judiciário, nem dá aos juízes poder além do que é reconhecido às outras funções. O que se propõe é a superação da visão estática do princípio da separação de poderes para dar lugar a uma visão dinâmica desse princípio, o que implica afirmar que prevalecerá sempre a tensão normativa e a dialética política, no que denominei, para efeitos de redução didática, de 'interdependência entre os Poderes' da República.

⁴²² Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre : Sergio Fabris Editor, 1993, p.20

⁴²³ Segundo Capelletti "a interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e reproduzi-los, aplicá-los e realizá-los em novo e diverso contexto de tempo e lugar". CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre : Sergio Fabris Editor, 1993, p.21

⁴²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 1999, p. 630-631.

⁴²⁵ Por uma resenha de autores norte americanos que se debruçaram sobre a problemática conferir: VIEIRA, José Ribas (Org.). **Teoria constitucional norte-americana contemporânea**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011.

⁴²⁶ Ativistas são aquelas correntes do pensamento jurídico as quais reconhecem que o Poder Judiciário tem importante papel na conformação de uma ordem social mais aberta, mais plural e mais dinâmica. Segundo alguns de seus defensores, "(...) *o papel do juiz e do próprio órgão judicial é de (re) construção da sociedade num sentido mais humano e mais justo, é um papel de artífice numa obra sempre inacabada e em constante evolução.*" Cfr. SOUZA, José Guilherme. **A criação judicial do Direito**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1991, conclusão, p.111.

⁴²⁷ Minimalistas são aquelas teorias que defendem postura de auto-contenção do Poder Judiciário em relação a temas que, historicamente, são decididos no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo. Ainda não há um consenso acerca do grau e extensão dessa auto-contenção, de modo que os autores estão a construir suas convicções em bases não muito sistematizadas sobre o assunto. Assim sendo, fala-se em majoritarismo, perfeccionismo e minimalismo como possibilidades teóricas no tratamento da complexa e tormentosa relação entre as funções de poder estatal, no plano interno dos Estados de Direito nacionais e soberanos. Três autores

em si mesmo, mas como uma consequência natural do processo de tensão dialógica entre as funções de poder, sejam estas funções exercidas no plano nacional (intra-poder) ou internacional (inter-poder).

O que para os doutrinadores⁴²⁸ apresenta-se como uma problema complexo e de difícil solução, qual seja, a tensão permanente entre as funções de poder no exercício de suas competências constitucionalmente estabelecidas, será para as reflexões aqui propostas apenas o resultado da dinâmica cooperativa, contínua e dialógica, entre essas forças sociais institucionalizadas.

Tomando como ponto de partida a premissa de que é inevitável o diálogo institucional para que se concretizem as expectativas do Estado Constitucional Cooperativo, justifica-se que a atividade hermenêutico-concretizadora dos direitos fundamentais tenha como uma de suas consequências, no plano interno dos Estados Nacionais, a relação dialética entre os órgãos de poder.

Não há função de poder mais ou menos legitimada para a realização concretizadora dos direitos fundamentais, nem há espaço histórico-político defeso ou inalcançável, quando se está a concretizar direitos fundamentais. Somente a ação ou omissão constitucionais poderão definir, em cada situação, em cada momento, em cada contexto histórico e político, a fórmula adequada de concretização dos direitos fundamentais pelos órgãos de poder.

Não compartilho da visão de que os dois últimos séculos foram dominados pelo Legislativo e pelo Executivo, de modo que o século XXI descortina-se como o século do Judiciário⁴²⁹. A vetusta e desgastada fórmula da tripartição das funções de poder agoniza diante de uma prática política

norte-americanos merecem destaque neste debate: SUNSTEIN, Cass. R. *One case a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001; TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton : Princeton University Press, 1999; WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review*, in *Yale Law Journal*, 115, 2006, p. 1346-1406.

⁴²⁸ A doutrina brasileira já conta com alguma reflexão sobre o tema. Por todos vide: VIEIRA, José Ribas (org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Editora Juruá, 2009; também, complementarmente: VIEIRA, José Ribas. **Teoria constitucional norte-americana contemporânea**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011.

⁴²⁹ Esta afirmação foi objeto de muito alarde na imprensa brasileira, no início do ano Judiciário de 2011, porque o Ministro Cezar Peluso, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, à época, corroborou a afirmação, que aqui registro também para guardar na memória um chefe que se deixou ser gostado: "*Não foram poucas as autoridades de diferentes áreas do conhecimento e de atuação que se referiram ao terceiro milênio como o século do Judiciário. E assim também eu o estimo, porque as crises e controvérsias de toda ordem, nestes tempos de globalização, liberalismo econômico e afirmação crescente de uma sociedade plural e democrática, já tinham exigido que o Estado Administrador e o Estado Legislador se reorganizassem e capacitassem para realizar o bem comum, em velocidade mais próxima daquela que pauta a agenda das demandas da sociedade. Ficava, pois, ao Estado Juiz, por iniciativas próprias, mas em arranjo harmônico, aviar o que fosse necessário para distribuir justiça mais ampla, adequada, efetiva e em tempo razoável.*" BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Sessão solene de instalação do Ano Judiciário de 2011* [recurso eletrônico] : (1º-2-2011) / Supremo Tribunal Federal. – Brasília : Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=publicacaoPublicacaoInstitucionalAberturaAno>> Acessado em: janeiro de 2013.

dinâmica e complexa, a exigir de todos os órgãos movimentos de ação e contenção acerca das suas competências.

O Judiciário definitivamente ocupou o lugar institucional e político que não ocupava até meados do século XX, porém já encontrou ambiente institucional e democrático bem diferente daquele que encontraram o Executivo e o Legislativo, nos séculos XVIII e XIX, principalmente no que diz respeito à postura ativa da sociedade civil organizada e sua presença, direta ou indireta, mas certamente mais consciente, no processo de tomada de decisão de poder.

As práticas políticas do século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, não mais se acomodam em ambientes institucionais estáticos, reativos e informados por catálogos de regras aprioristicamente definidas. O Judiciário ingressa na dinâmica política dos Estados Nacionais, especialmente pelo exercício de poder reconhecido às jurisdições constitucionais, tendo que lidar com os desafios de relações institucionais em constante mudança, de exigências pró-ativas para cumprimento de seus misteres, e tendo como aparato normativo não mais os códigos de regras, mas os catálogos de princípios.

A luta cada vez mais visível e organizada por maior participação popular nos processos de tomada de decisões de poder, a exigência de transparência e prestação de contas acerca das atividades diretamente relacionadas com a vida pública e política, bem como o acesso, em tempo real e ilimitado, às informações conduzem a participação do Judiciário na dinâmica política dos Estados nacionais sob um paradigma bem diverso, infinitamente mais aberto, definitivamente mais plural, do que aquele que existia nos séculos anteriores.

Não há como aprofundar o debate acerca do ativismo judicial, como postura pró-ativa do Poder Judiciário de um determinado país, nem como investigar os argumentos das correntes minimalistas⁴³⁰ (sejam elas as perfeccionistas, majoritaristas ou de auto-contenção judicial), sem anotar que tais posturas são consequências de uma visão interna compartimentalizada das funções de poder do Estado de Direito nacional.

Essa visão é relativizada no contexto do Estado Constitucional cooperativo, pois a proposta da interdependência entre as funções de poder, tanto no plano interno, quanto no plano internacional, assumem como natural e até desejável as tensões, os conflitos e as ações dialógicas na busca pela dinâmica concretizadora de direitos fundamentais.

⁴³⁰ Sobre esta postura cfr: SUNSTEIN, Cass. R. *One case a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001; TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton : Princeton University Press, 1999; WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review*, in *Yale Law Journal*, 115, 2006, p. 1346-1406.

E nessa linha de raciocínio ganha razão de ser um olhar comparativista, o que independe da postura ativista ou minimalista, pois ambas, seja no âmbito interno ou internacional, pressupõem alteridade, seja para avançar em espaços historicamente ocupados pelo outro, seja para retrair e não ocupar tais espaços, como deferência às identidades e à soberanias recíprocas.

No âmbito internacional, o que se constata é que as práticas constitucionais, sejam ativistas, sejam minimalistas, tendem a uma aproximação, que pode ser verificada pela interpenetração mais visível entre sistemas e institutos de nações diferentes, como o que tem ocorrido, no mundo ocidental, com os modelos de jurisdição constitucional norte-americano e europeu continental⁴³¹.

Tal constatação enfraquece a distinção entre as funções internas e externas do poder estatal e até mesmo entre as dicotomias levadas ao extremo por essas correntes ativistas e minimalistas, de modo que os limites da atuação de uma das funções do poder, ou mesmo de um Estado Nacional em relação ao outro, encontram sua expressão na própria relação estabelecida entre eles.

O olhar comparativista, direcionado pela alteridade, exige o reconhecimento do outro como principal limite de uma própria e legítima atuação. Assim, não se pode perder de vista que todas as possibilidades encontram-se no exercício contínuo e transparente de suas próprias expectativas em relação ao outro, seja este outro um órgão interno do Estado Constitucional e de Direito, seja este outro um Estado Constitucional e de Direito soberano.

Sempre é importante lembrar que a comparação jurídica, tal como proposta neste trabalho, deve ser praticada como comparação entre culturas⁴³².

Francisco Segado, por sua vez, anota que Häberle acredita no comparatismo constitucional como método que pode produzir frutos imensuráveis tanto no plano da exegese, das modificações pela interpretação – mutações constitucionais –, quanto na própria realização da Constituição diante das realidades que lhe são circundantes⁴³³, fenômeno que se tem reconhecido como concretização constitucional.

O direito comparado de cunho científico-cultural revela-se especialmente adequado na seara das políticas legislativa e constitucional, apresentando-se também como de grande utilidade no âmbito

⁴³¹ Sobre a aproximação dos modelos em matéria de jurisdição constitucional vide: SEGADO, Francisco Fernandez. La obsolescencia de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional, in **Revista Direito Público**, n. 2, out./nov./dez. 2003.

⁴³² Segundo ensina o professor Peter Häberle: “Sin importar lo que se piense de la sucesión de los métodos tradicionales de la interpretación, en el Estado constitucional de nuestra etapa evolutiva la comparación de los derechos fundamentales se convierte en “quinto” e indispensable método de la interpretación.” HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**, trad. Hector Fix-Fierro. México : Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 162.

⁴³³ Essa é uma referência já mencionada em trabalho anteriormente já publicado: O Supremo Tribunal Federal e a concretização dos direitos fundamentais, in SILVA, Christine; CARNEIRO, Gustavo (Coord). **Controle de constitucionalidade & Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010, p. 55 e ss.

da simples exegese do direito constitucional vigente (direito positivo)⁴³⁴. Isso porque a comparação jurídica apresenta-se como imprescindível quinto elemento de interpretação jurídica, no contexto do Estado Constitucional Cooperativo, revelando-se como uma consequência histórica da doutrina da interpretação jurídica⁴³⁵.

Não se pode perder de vista que, se no sistema elocubrado por Savigny (fundador da Escola Histórica do Direito) era natural que tivesse lugar de destaque o método histórico de interpretação, o mesmo raciocínio leva a que, no paradigma do Estado Constitucional Cooperativo, o método comparativo se revele proeminente, considerando que constitui a via pela qual as diversas comunidades constitucionais nacionais podem se comunicar entre si, a fim de conferir mais força à idéia de conformação de um tipo de Estado que ao mesmo tempo se revele de Direito, Constitucional e Cooperativo.⁴³⁶

Os limites e possibilidades do comparação jusfundamental somente serão reveladas no processo de concretização desses direitos, em cada ordenamento constitucional; em cada momento histórico; em cada fórmula procedimental especialmente engendrada com o objetivo de direcionar o texto normativo, que consagra determinado direito a um sujeito ou grupo de sujeitos, para uma realidade normatizada (âmbito de proteção), condizente com essa previsão constitucionalmente abstrata.

Assim, não há como elencar, de forma apriorística, as vantagens e desvantagens do método comparativista, uma vez que a história e a cultura de cada país serão os parâmetros para medir o grau de adequação da construção jusfundamental realizada. É certo, porém, que num Estado Constitucional, aberto, plural e cooperativo, a comparação jusfundamental apresenta-se como uma condição de possibilidade de realização plena dos direitos fundamentais, pois não há como fugir da alteridade como fórmula de construção de uma realidade que não mais se sustenta isolada.

⁴³⁴ Anota Haberle: “(...) *las reflexiones científico-culturales procedentes del Derecho constitucional comparado pueden servir, en parte, para aclarar y justificar las diferencias y, en parte también, para encontrar elementos comunes.*” Apud SEGADO, Francisco Fernández, in HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid : Editorial Dykinson, 2003, estudio preliminar, p. XLIII.

⁴³⁵ Sobre o método comparativo como quinto elemento de interpretação constitucional conferir meu trabalho sobre: Estado constitucional cooperativo: o futuro do Estado e da interpretação constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle, in **Revista Jurídica/Presidência da República**, vol. 7, n. 72, maio 2005 [internet] disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica.htm Acessado em 25/07/05.

⁴³⁶ Por óbvio que essa ideia não é inédita em minhas reflexões acadêmicas, pois trabalhos meus anteriores já revelavam as hipóteses em que se fundamentam a presente tese. Entretanto, a par da inegável influência da doutrina de Peter Haberle nas premissas desse estudo, como denotam os trabalhos já publicados, a proposta de circulação de precedentes entre Cortes, sob a denominação de transjusfundamentalidade, como uma consequência do Estado Constitucional Cooperativo ainda não se tinha revelado. Para uma base teórica consistente sobre o Estado Constitucional e cooperativo vide: HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*, trad. Hector Fix-Fierro. México : Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 164.

Entretanto, mesmo nos Estados Unidos, em que a discussão já está mais avançada, ainda há dificuldades metodológicas de justificar e legitimar a prática de utilizar-se de precedentes ou qualquer outro material estrangeiro como referência para a argumentação de decisões domésticas que concretizam direitos fundamentais.⁴³⁷ E a dificuldade reside exatamente na multiplicidade de parâmetros filosóficos, teóricos e metodológicos que norteiam as correntes de pensamento acadêmico daquele país.

No presente trabalho, propõe-se inventariar a bibliografia norte americana sobre tal tema, com a finalidade de elucidar a importância de estudar-se os métodos que se tem utilizado como os mais adequados para essa nova realidade mundial, o que será feito a seguir.

2.2. Reflexões metodológicas sobre a comparação constitucional

2.2.1. Condições preliminares da pesquisa comparativa em direito constitucional

A escolha pelo método comparativo é uma decorrência natural da própria opção de se investigar o fenômeno da transjursfundamentalidade, sob a perspectiva do modelo de Estado Constitucional Cooperativo.

Perguntar por que é oportuno valer-se do método comparativo em Direito significa questionar qual o aspecto da ciência jurídica está em evidência. Aquilo que era considerado como um complemento útil do direito nacional, como uma curiosidade, ou apenas como uma preocupação compreensível sobre as realidades externas, transformou-se, para o jurista contemporâneo, numa necessidade, em algo imprescindível, essencial. Para Marc Ancel, isso pode ser relacionado a algumas causas e tem as suas próprias consequências⁴³⁸.

As causas podem ser identificadas com o fato de que o mundo atual é um mundo onde os homens, os Estados, enfim, as sociedades e comunidades não podem se fechar em si mesmos, nem recusar-se às trocas, e nem, muito menos, evitar ou negligenciar o conhecimento do outro e pelo outro. A consequência mais evidente, portanto, é a de que conhecer algo passa a ser também a superação e

⁴³⁷ O argumento fundado na soberania popular e na falta de legitimidade democrática é sempre bastante incisivo: "(...) *US constitutional interpretation relied on popular consensus, and the relevant consensus behind American law is not a world consensus, but rather the consensus of those in the United States on the meaning of the words used in the Constitution and legislation when originally enacted. The problem with recent decisions of the United States Supreme Court that are based, at least in part, on selectively cited decisions drawn by a variety of foreign bodies is that the American people had no opportunity to vote on any of these laws.*" *Appropriate Role for Foreign Judgments in the Interpretation of American Law: Hearing before the Subcommittee on the Constitution, of the House Committee on the Judiciary, 108th Congress, 2d Session (March, 25, 2004) Apud CHOUDHRY, Sujit (org.). **The migration of constitutional ideas.** New York : Cambridge University Press, 2006, p. 11-12.*

⁴³⁸ ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do direito comparado.** Tradução: Prof. Sergio José Porto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980, p. 128-129.

mistura de práticas de sistemas tradicionais. O direito comparado, torna-se, então, uma realidade viva.⁴³⁹

Essa realidade viva pode ser evidenciada a partir de uma prática compartilhada, plural, relativa e evolutiva, em que o Direito não mais se apresenta como o substituto das religiões e ideologias, nem como a panacéia para as mazelas humanas, mas, sim, como um elemento de harmonização dos diversos sistemas, que deverá seguir uma nova lógica, em termos de metodologia: a lógica de “pensar o múltiplo, sem com isso reduzi-lo à alternativa binária”, ou seja, como uma fórmula que admite alternativas para além do “excluir ou impor identidades”⁴⁴⁰.

Para o âmbito da dogmática e da metódica jurídicas, a imprescindibilidade do método comparativo deve-se, em parte, ao que se tem identificado como casos difíceis. Para essas situações, especialmente aquelas que envolvem concretização de direitos fundamentais, revela-se particularmente importante o constante confrontar-se com as outras realidades subjacentes, pois as situações humanas cada vez mais se interpenetram e se reproduzem em contextos culturais geograficamente distintos.

Os resultados dessa prática são sentidos principalmente no campo metodológico, o qual, nos últimos tempos, tem sofrido positivo influxo de novas ideias e críticas advindas desse contexto comparativo e dos diálogos transnacionais, com o poder inclusive de redimensionar a função da interpretação constitucional e da teoria das fontes do Direito aqui e alhures. Muitas questões surgem concomitantemente ao esforço reflexivo aqui proposto⁴⁴¹, mas isso ficará para reflexão em outra oportunidade.

A proposta do presente trabalho delimita-se à investigação da utilização do método comparativo diante da necessidade de concretizar direitos fundamentais, o que importa corte

⁴³⁹ ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do direito comparado**. Tradução: Prof. Sergio José Porto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980, p. 128.

⁴⁴⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo : Martins Fontes, 2004, prefácio, p. VIII a XII.

⁴⁴¹ Para compartilhar o assunto vide: BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; LOIS, Cecilia Caballero. Beyond the borders of the constitution: cross-fertilization and global constitutionalism, *Paper presented at the annual meeting of the The Law and Society Association, Grand Hyatt, Denver, Colorado, May 25, 2009* Disponível em: <http://www.allacademic.com/meta/p303141_index.html>; acessado em 02/11/12. *"This practice has resulted in various theoretical efforts to define methodologies which, ultimately, are capable of re-dimensioning the scope of constitutional interpretation and the traditional "theory of sources" in law. Facing this question requires deep reflection on the role exercised by the constitution, the legitimacy of constitutional jurisdiction (demarcation of the limits of the Judiciary Branch) and the rationality of judicial decisions. It therefore opens a wide range of possibilities for investigation which do not fit in with the classical concepts of sovereignty, State and constitution. Numerous questions and doubts emerge: Can the use of normative elements which are foreign to the national constitutional culture, by putting in doubt the driving force of the constitution as a fundamental political option (sovereignty) and self-projection of the cultural identity of its people, undermine the integrating function that is traditionally attributed the constitutions?"*

metodológico para a seara do direito constitucional, especialmente para a teoria geral dos direitos fundamentais. Talvez fosse muito interessante refletir de que maneira a transjusfundamentalidade, como fenômeno que também é consequência do efeito irradiante dos direitos fundamentais, está sendo experienciada nas jurisdições não-constitucionais, entretanto, os limites do presente estudo impõem delimitação negativa.

Assim, para uma melhor compreensão do fenômeno comparativista, experienciado no âmbito de Cortes Constitucionais e Supremas, serão apresentados os métodos de comparação jurídica e os níveis de comparação jurídica, sempre com o olhar direcionado para os aportes jusfundamentais. Por meio dessa abordagem técnico-instrumental, pretende-se criar um quadro metodológico mais consistente para a comparação jurídica em matéria de direitos fundamentais.

2.2.2. Modelos de interpretação constitucional comparativa

Há pelo menos três modelos de interpretação constitucional comparativa: o modelo universalista; o modelo dialógico; e o modelo genealógico⁴⁴². São métodos de procedimento dos quais se utilizam os estudiosos e os profissionais do direito constitucional para enfrentarem os problemas constitucionais, especialmente os jusfundamentais, a partir de um olhar comparativista.

Tais modelos conduzem e direcionam as Cortes Supremas e Constitucionais no enfrentamento de seus problemas constitucionais, sob a ótica comparativa. Mas é preciso anotar que não é unânime a adoção da metodologia comparativa na tarefa de interpretação constitucional, pois ainda há intensa controvérsia acadêmica, especialmente nos Estados Unidos, acerca da opção pela interpretação constitucional comparativa, ou não, na concretização dos direitos fundamentais⁴⁴³.

Muitas são as razões desse debate, mas duas delas merecem destaque: a soberania⁴⁴⁴ como elemento da visão clássica de Estado de Direito Nacional e os princípios fundadores do Estado Democrático de Direito, tais como o federalismo e a democracia⁴⁴⁵.

⁴⁴² Por todos vide: CHOUDHRY, Sujit. Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitutional interpretation, in *Indiana Law Journal*, Vol. 74, No. 3, p. 819, 1999. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1624070>; Acessado em 02/11/12.

⁴⁴³ Sobre a controvérsia vide emblemático debate ocorrido na American University, em 2005: U.S. Association of Constitutional law discussion. Subject: constitutional relevance of foreign court decisions. Moderator: Norman Dorsen, founder and president, U.S. Association of Constitutional law. Participants: Antonin Scalia, associate justice, U.S. Supreme Court; Stephen Breyer, associate justice, U.S. Supreme Court. Location: American University, Washington College Of Law, Washington, D.C. Time: 4:10 P.M. Date: Thursday, January 13, 2005. A íntegra desse debate está disponível em: <http://www.freerepublic.com/focus/f-news/1352357/posts>; Acessado em 1/11/2012.

⁴⁴⁴ A soberania, nessa visão mais estreita, impediria que decisões estrangeiras, com seus fundamentos e argumentos alienígenas, pudessem influenciar ou fundamentar as decisões nacionais.

⁴⁴⁵ Já o federalismo e a democracia, pilares do Estado de Direito soberano, impediriam que decisões de poder estranhas ao território nacional, e sem a aquiescência do povo de um determinado país, pudessem influir ou determinar as decisões domésticas acerca de direitos fundamentais dos seus cidadãos. Cfr: JACKSON, Vicki.

Além desses modelos, que serão explorados a seguir, há outras tipologias apresentadas pela doutrina norte americana como possíveis contribuições teóricas do direito comparado para a interpretação constitucional, dentre as quais merece destaque a registrada por Mark Tushnet⁴⁴⁶, segundo a qual o direito comparado pode ser concebido a partir de três visões: funcionalista⁴⁴⁷, expressionista⁴⁴⁸ ou de bricolagem⁴⁴⁹.

As visões funcionalista e expressionista ganham apoio e crítica dos autores, havendo vasta doutrina especializada sobre a dicotomia entre elas⁴⁵⁰. De toda sorte, muito embora não exista consenso sobre as correntes mais influentes⁴⁵¹ para o direito constitucional comparado, a opção pela tipologia apresentada por Sujit Choudhry justifica-se pela preferência do modelo de migração de

Constitutional comparisons: convergence, resistance engagement, in *Harvard Law Review*, vol. 119, ano 2005, p. 113-114.

⁴⁴⁶ TUSHNET, Mark V. *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, in *The Yale Law Journal*, vol. 108, n. 6, ano: 1999, p. 1225-1310.

⁴⁴⁷ O funcionalismo pode ajudar a identificar as funções exercidas em determinado sistema estrangeiro ou internacional e mostrar como diferentes regras constitucionais podem servir às mesmas funções em diferentes contextos geopolíticos e culturais. Segundo Tushnet, o funcionalismo como teoria interpretativa exige que as instituições constitucionais alcancem um nível mediano de generalidade em relação às práticas estrangeiras ou internacionais para que seja possível ao intérprete generalizar determinadas práticas e transferi-las de um sistema para outro, sem que haja necessidade de esforços comparativos mais elevados. Vide: TUSHNET, Mark V. *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, in *The Yale Law Journal*, vol. 108, n. 6, ano: 1999, p. 1307.

⁴⁴⁸ Para a corrente expressionista, cada constituição é a expressão particular e intransferível de características históricas e culturais internas de um determinado país, de modo que as transferências efetuadas ganharão modo próprio de entendimento, a partir da ideia de que cada Constituição constitui, de intransferível, o seu próprio povo. Afirma Tushnet nesse sentido: "*According to the expressivist view, constitutions help constitute the nation, to varying degrees in different nations, offering to each nation's people a way of understanding themselves as political beings*". Tushnet observa que, sob essa ótica, o direito comparado perde muito de sua razão de ser: TUSHNET, Mark V. *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, in *The Yale Law Journal*, vol. 108, n. 6, ano: 1999, p. 1228-1229.

⁴⁴⁹ A ótica da bricolagem é contra a adoção de estratégias de interpretação que reconheça alto grau de poder discricionário para o intérprete; também não se apresenta alinhada aos conceitos de doador e receptor desenvolvidos pelas outras visões, muito embora reconheça as possibilidades inspirações em outros modelos; e, por fim, enfatiza as contingências históricas de toda ação humana. Para Tushnet: "*Comparative constitutional analysis can use the idea of bricolage in several ways. In contrast to functionalism and expressivism, which offer ways of interpreting particular constitutional provisions, bricolage cautions against adopting interpretive strategies that impute a high degree of constructive rationality to a constitution's drafters. Further, the idea of bricolage can displace our sense of the taken-for-granted in the constitutional system with which we are most familiar, without suggesting, as the functionalist would, that we can replace some parts of what we take for granted with elements appropriated from other systems. Finally, bricolage brings the historical contingency of all human action to the fore. It may therefore help us think about the recent interest in comparative constitutional law in the Supreme Court and the legal academy.*" Cfr: TUSHNET, Mark V. *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, in *The Yale Law Journal*, vol. 108, n. 6, ano: 1999, p. 1228-1229.

⁴⁵⁰ Para uma maior aprofundamento sobre o funcionalismo sob a ótica do direito comparado vide: ZWEIGERT, Konrad & KÖTZ, Hein. *Introduction to comparative law*, 3d ed, New York : Oxford University Press, 1998, p. 34 e ss; MICHAELS, Ralf. *The Functionalist Method of Comparative Law*, in REIMANN, Mathias & ZIMMERMANN, Reinhard, *The Oxford handbook of comparative law*, Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 340 e ss.

⁴⁵¹ É preciso aqui anotar excelente trabalho de compilação e sistematização didática dessas correntes feita pelo professor da Universidade de Pavia, na Itália: CARMERLENGO, Quirino. *Dialogue among courts: towards a cosmopolitan constitutional law*. Pavia : Pavia University Press, 2012. Disponível em:

ideias, sob a influência da interpretação dialógica, o que exige alguma explicação para efeitos desse estudo. É o que se fará nos tópicos que seguem.

2.2.2.1. Interpretação universalista

Por universalismo, entende-se a teoria interpretativa segundo a qual os diferentes sistemas jurídicos encontram as mesmas ou semelhantes soluções para os problemas que lhe são similares, mesmo diante das inafastáveis diferenças em seus processos históricos, estruturas conceituais e estilos de procedimentos.⁴⁵²

A premissa básica dessa abordagem é a de que os sistemas jurídicos mundiais deparam-se com problemas semelhantes, de modo que devem estar abertos para os mesmos padrões, mesmas soluções e, eventualmente, para discutirem qual solução é a melhor ou mais adequada para os desafios semelhantes.⁴⁵³

Para os universalistas, quando há diferenças entre os sistemas, elas são resultantes de acidentes históricos ou contingências temporárias, que uma vez identificados, classificados e avaliados podem levar a uma solução comparativa adequada, ainda que em termos.⁴⁵⁴

O objetivo central da teoria interpretativa universalista é criar uma gramática e uma base conceitual teórica comum para uma linguagem jurídica universal, principalmente em matéria de jurisdição constitucional. Nesse contexto, a proposta não é equiparar os conteúdos constitucionais construídos pelas jurisdições constitucionais dos diversos países, mas, sim, criar princípios universais de justificação e limitação dessa atividade.⁴⁵⁵

A utilização do método comparativo ganha, nesse contexto, objetivo universal, no sentido de que os direitos fundamentais em espécie - liberdade de expressão, liberdade religiosa, liberdade de

⁴⁵² Sobre esta corrente cfr: CHOUDHRY, Sujit. *Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitutional interpretation*, in *Indiana Law Journal*, Vol. 74, No. 3, p. 819-892, 1999. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1624070>; Acessado em 02/11/12; Vide também: MARKESINIS, Basil. *Learning from Europe and learning in Europe*, in *The gradual convergence: foreign ideas, foreign influences and english law on the eve of the 21st century*. Oxford : Basil Markesinis edictor, 1994.

⁴⁵³ Nesse sentido cfr: ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to Comparative Law*. 3a. Ed. Oxford University Press, 1998. Apud CHOUDHRY, Sujit. *Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitutional interpretation*, in *Indiana Law Journal*, Vol. 74, No. 3, p. 819-892, 1999. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1624070>; Acessado em 02/11/12.

⁴⁵⁴ Em trabalho sobre interpretação comparativa afirma David Beatty: "*The basic principles of constitutional law are essentially the same around the world, even though there is considerable variation in what guarantees constitutions contain and in the language they employ.*" BEATTY, David M. *Constitutional law in theory and practice*, 1 ed. University of Toronto Press, Scholarly Publishing Division; 1995, apud CHOUDHRY, Sujit. *Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitutional interpretation*, in *Indiana Law Journal*, Vol. 74, No. 3, p. 819-892, 1999. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1624070>; Acessado em 02/11/12, p. 835.

⁴⁵⁵ CHOUDHRY, Sujit. *Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitutional interpretation*, in *Indiana Law Journal*, Vol. 74, No. 3, p. 819-892, 1999. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1624070>; Acessado em 02/11/12, p. 835.

associação, etc - serão concretizados por meio da referência recíproca a princípios⁴⁵⁶ constantes em um repositório comum de normas, as quais, sob as características de princípios, devem ser utilizadas como pontos de convergência, explicações e comentários sobre os direitos fundamentais.

Não se pode perder de vista que o debate sobre princípios, numa perspectiva universalista, apresentam-se como o ponto de convergência entre dos fundamentos de uma comunidade, de modo que mesmo sem haver a necessária correspondência cultural de conteúdos, prevalecem os pontos mais externos de uma convergência conceitual.

A referência aos precedentes estrangeiros também poderá ser utilizada como forma de justificar a aplicação dos direitos fundamentais, especialmente aqueles que se apresentam sob a forma de princípios, nos casos concretos submetidos à jurisdição das Cortes constitucionais e supremas.⁴⁵⁷

Se a comunidade de princípios congrega os valores sociais e políticos - direitos morais - de uma sociedade, a equiparação de tais princípios em culturas distintas há que levar em conta tais divergências e também pontuar as eventuais semelhanças. A maior dificuldade desse modelo reside exatamente em livrar-se da importação e subjugação de modelos, tão comum para a comparação jusfundamental de outros tempos.

Se o pressuposto mais evidente dos problemas comuns for também as soluções comuns, vai-se estar diante dos modelos de antecedência, ou seja, quem resolver seus problemas primeiro será o guia das decisões predecessoras. Parece-nos que este não é o melhor método, nem o melhor critério para o fenômeno investigado.

Em estudo recente⁴⁵⁸, descrevi a posição de Ronald Dworkin acerca da interpretação constitucional, a partir da idéia de fórum do princípio (ou comunidade de princípios)⁴⁵⁹, ou seja, a

⁴⁵⁶ Sobre a função dos princípios na interpretação constitucional vide meu: A interpretação constitucional e a doutrina de Ronald Dworkin, in **Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal**, nº 06, dez/2001, p. 167-180.

⁴⁵⁷ CHOUDHRY, Sujit. Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitutional interpretation, in **Indiana Law Journal**, vol. 74, nº. 3, p. 819-892, 1999. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1624070>; Acessado em 02/11/12, p. 835.

⁴⁵⁸ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Interpretação constitucional à luz da comunidade de princípios**.

Disponível em: https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:EN4b1LGGNZ4J:xa.yimg.com/kq/groups/16137920/211341700/name/Interpreta%25C3%25A7%25C3%25A3o%2BConstitucional%2B%25C3%25A0%2Bluz%2Bda%2BComunidade%2Bde%2BPrinc%25C3%25ADpiosx.pdf+christine+oliveira+peter+da+silva+dworkin&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEEShGtBDKAAjosqMdfwuowILpwzhSMTIIjBxBUKTYzHUwsEgxdARj6JW-2twELuhaql6GR2CnMdPH4RiideYdr8ynp2QygiG7QtFbrzipi8RtYMZ2AhyNx4uZQIIoufgRgPLE-5Cm&sig=AHIEtbRmbJa5Vj9_jre26nzsynQEvxgiZA. Acessado em 02/11/12.

⁴⁵⁹ Registro aqui que a intenção daquele artigo não era discutir, como o faz Dworkin, a problemática que envolve as duas correntes interpretativas norte-americanas (interpretativismo e não-intepretativismo), mas apenas aproveitar as reflexões feitas pelo autor, a pretexto de tal discussão, sobre o fórum do princípio. Cf. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo Martins Fontes, 2000, p. 100 e ss.

partir da visão de que as Cortes Supremas e Constitucionais devem tomar decisões de princípio e, não, de política.⁴⁶⁰

A ideia é exatamente a que se apresenta aqui sob a perspectiva da teoria da interpretação comparativa universalista, a qual, entretanto, não considero como a mais adequada para servir de premissa metodológica do presente estudo.

2.2.2.2. Interpretação dialógica

A interpretação dialógica, por sua vez, rejeita a perspectiva universalista como uma possível forma de utilização da jurisprudência comparada. Afirma que as diferenças entre os sistemas apresentam-se tão relevantes que seria de todo improvável a criação de uma base comum de argumentos, sejam eles doutrinários ou jurisprudenciais, com a finalidade de serem utilizados pelas diversas Cortes em suas argumentações jusfundamentais.⁴⁶¹

A premissa dessa teoria é que se deve levar a sério as diferenças entre os sistemas, de modo que, muito embora não seja possível a criação de uma base universal para a prática comparativa, a jurisprudência comparada pode ser uma importante ferramenta para a reflexão crítica jurídica.

Em outras palavras, a fórmula interpretativa dialógica proposta por Fletcher e Alford estimula uma interpretação comprometida com o diálogo com as decisões estrangeiras, cujo objetivo mais evidente é uma melhor compreensão, pelo paradigma da alteridade, dos sistemas constitucionais e jurisprudenciais nacionais⁴⁶² a partir de um olhar em que a imagem do outro pode ser percebida não por meio de um quadro, mas como se através de um espelho.

Tal perspectiva é a mais intrigante dentre as três apresentadas, pois, por um lado, parece rejeitar o argumento da legitimidade da comparação constitucional, mas, por outro lado, reforça este mesmo argumento, afirmando que o uso da comparação constitucional apresenta-se como importante

⁴⁶⁰ Afirma Dworkin nesse sentido: “*Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral –, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais.*” DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo Martins Fontes, 2000, p. 100-101.

⁴⁶¹ Nesse sentido cfr: FLETCHER, George P. Constitutional identity. In: ROSENFELD, Michel (ed). *Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy: theoretical perspectives*. Durham; London: Duke University Press, 1994. p. 223-232; e também: ALFORD, William P. On the limits of 'Grand Theory' in comparative law, in *Washington Law Review*, vol. 61, 1986, p. 945.

⁴⁶² Comentário feito por: CHOUDHRY, Sujit. Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitutional interpretation, in *Indiana Law Journal*, vol. 74, n.º. 3, p. 819-892, 1999. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1624070>; Acessado em 02/11/12, p. 836.

instrumento para conhecer-se as diferenças relativas a uma dada norma constitucional, e que tais diferenças somente são alcançadas pela comparação⁴⁶³.

Há três passos importantes da metodologia interpretativa dialógica: identificação das premissas factuais e normativas do caso; comparação das premissas do caso estrangeiro com o caso doméstico; e momento das escolhas interpretativas.⁴⁶⁴

Ao questionar-se sobre as premissas factuais e normativas do caso estrangeiro, o intérprete vai-se deparar com a interpretação das ordens constitucionais subjacentes e questionar a sua própria ordem constitucional. Por meio do questionamento sobre os motivos que levaram a Corte estrangeira a decidir de uma determinada maneira, certamente o intérprete construirá uma premissa mais consistente sobre as razões que o levará a determinada conclusão sobre caso igual ou semelhante⁴⁶⁵. Esse é o primeiro passo.

Em seguida, é o momento da comparação em si, em que as premissas do caso doméstico serão confrontadas com a do caso estrangeiro sob comparação. Nesse contexto, as justificativas para a comparação, ou não, serão naturalmente construídas. As semelhanças e diferenças certamente farão parte do argumento constitucional concretizador das normas constitucionais em questão⁴⁶⁶. É o segundo passo.

Por fim, o intérprete é desafiado pelas possibilidades interpretativas. Após refletir sobre as semelhanças e diferenças entre os casos, a Corte deverá decidir pela utilização ou não da referência ao precedente estrangeiro em seu próprio precedente. Pela perspectiva da confrontação e esclarecimento, o argumento estrangeiro poderá ser acolhido ou rejeitado, dependendo da valoração que se faz das semelhanças e diferenças entre os casos sob comparação.⁴⁶⁷

Trata-se de método que se adequa ao paradigma aberto, plural e cooperativo adotado como premissa do presente estudo, de modo que suas consequências poderão ser evidenciadas em todo o texto.

⁴⁶³ CHOUDHRY, Sujit. Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitutional interpretation, in *Indiana Law Journal*, vol. 74, n.º. 3, p. 819-892, 1999. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1624070>; Acessado em 02/11/12, p. 858.

⁴⁶⁴ CHOUDHRY, Sujit. Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitutional interpretation, in *Indiana Law Journal*, vol. 74, n.º. 3, p. 819-892, 1999. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1624070>; Acessado em 02/11/12, p. 858-859.

⁴⁶⁵ CHOUDHRY, Sujit. Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitutional interpretation, in *Indiana Law Journal*, vol. 74, n.º. 3, p. 819-892, 1999. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1624070>; Acessado em 02/11/12, p. 858.

⁴⁶⁶ CHOUDHRY, Sujit. Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitutional interpretation, in *Indiana Law Journal*, vol. 74, n.º. 3, p. 819-892, 1999. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1624070>; Acessado em 02/11/12, p. 859.

⁴⁶⁷ CHOUDHRY, Sujit. Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitutional interpretation, in *Indiana Law Journal*, vol. 74, n.º. 3, p. 819-892, 1999. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1624070>; Acessado em 02/11/12, p. 859.

2.2.2.3. Interpretação genealógica

Por fim, a teoria da interpretação genealógica sustenta que há entre as constituições dos diversos países relações genealógicas e históricas complexas e tão imbrincadas que se revela possível justificar e legitimar a migração de ideias, valores e argumentos de um sistema para outro.⁴⁶⁸

As influências recíprocas nos processos constituintes, levam a que as constituições tenham uma origem comum. Se uma constituição serve de paradigma ou inspiração para a criação de uma outra constitucional, está-se diante de uma relação genealógica típica, o que autoriza a utilização do terceiro modelo de interpretação comparativa: a interpretação genealógica.

Não é um tema explorado suficientemente pela doutrina, talvez porque ele tenha que aceitar a premissa de que uma constituição nasce de outra, ou seja, de que há influência hierárquica de um Estado soberano sobre outro Estado soberano. No mundo contemporâneo, em que se rejeitam todas as formas de dominação imperialista, as experiências interpretativas comparativas com fundamento genealógico estão cada vez mais raras.

Na doutrina de língua inglesa, destaca-se o trabalho de comparação histórica de Alan Watson, para quem importa o estudo das relações de um determinado sistema jurídico e suas regras com outro, desde que sejam provenientes de uma mesma origem histórica.⁴⁶⁹

Vale registrar que a interpretação genealógica somente propõe comparação jurídica onde houver aproximação histórica, pois se os sistemas não puderem ser submetidos à comparação histórica, também não poderão compartilhar da interpretação comparativista jurídica. Diante disso, anota Sujit Choudhry que as fontes dos argumentos de interpretação genealógica são muito mais restritos do que aqueles provenientes da interpretação universalista ou mesmo da dialógica.⁴⁷⁰

O ponto de partida para o uso da interpretação comparativa genealógica é a relação familiar entre os sistemas legais sob comparação, pois revela-se imprescindível que exista uma relação inequívoca de 'parentesco' entre eles⁴⁷¹. A ideia central do método genealógico é a de que se constituam condições de possibilidade para a interpretação e aplicação de princípios jurídicos herdados de um sistema pelo outro, ou seja, que existam situações concretas a exigir que princípios

⁴⁶⁸ Comentário feito por: CHOUDHRY, Sujit. Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitutional interpretation, in *Indiana Law Journal*, vol. 74, n.º. 3, p. 819-892, 1999. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1624070>; Acessado em 02/11/12, p. 839.

⁴⁶⁹ WATSON, Alan. *Legal transplants: an approach to comparative law*, 2nd ed. Georgia : University of Georgia Press, 1993.

⁴⁷⁰ CHOUDHRY, Sujit. Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitutional interpretation, in *Indiana Law Journal*, vol. 74, n.º. 3, p. 819-892, 1999. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1624070>; Acessado em 02/11/12, p. 840.

⁴⁷¹ CHOUDHRY, Sujit. Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitutional interpretation, in *Indiana Law Journal*, vol. 74, n.º. 3, p. 819-892, 1999. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1624070>; Acessado em 02/11/12, p. 871.

herdados de um ordenamento jurídico-constitucional estrangeiro de origem comum possam resolver problemas do outro.

É possível identificar uma versão forte e uma versão fraca da interpretação genealógica. Na primeira, há um sistema originário e um sistema originado. Os exemplos são cada vez mais raros. Na versão mais fraca, verifica-se a existência de semelhanças quanto à família jurídica de origem comum, como é o caso do Canadá e Estados Unidos, ambos provenientes da common law inglesa. Esses exemplos são mais corriqueiros.⁴⁷²

Muito embora seja possível invocar a interpretação comparativa genealógica como o exemplo histórico mais difundido entre nós, não há base para sustentar, no século XXI, vai-se invocar como justificativa metodológica para a comparação jurídico-constitucional as remotas origens de nossa colonização jurídica. Mesmo porque, no modelo brasileiro, as influências recíprocas dos modelos norte-americano e europeu continental são evidentes em matéria de jurisdição constitucional.

Não se justifica a adoção do modelo de interpretação comparativista entre nós, pois a prática comparativa vinculada a famílias de direito ou a sistemas jurídicos comuns tende a não fazer mais sentido diante das aglutinações e interferências recíprocas que diferentes famílias e modelos estão experimentando⁴⁷³.

2.3. Matriz metodológica da comparação constitucional

2.3.1. Migração de ideias constitucionais

Em todas as áreas do conhecimento humano converge-se na afirmação de que "as ideias viajam no tempo e no espaço"⁴⁷⁴ e o conhecimento jurídico não é uma exceção para essa regra. A busca pelas origens de um sistema jurídico, de seus institutos, de seus métodos de interpretação e aplicação da norma jurídica, apresenta-se como constante desafio dos acadêmicos e profissionais intrigados com a dinâmica jurídica.

⁴⁷² CHOUDHRY, Sujit. Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitutional interpretation, in *Indiana Law Journal*, vol. 74, n.º. 3, p. 819-892, 1999. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1624070>; Acessado em 02/11/12, p. 871.

⁴⁷³ Sobre a superação da bipolaridade entre os modelos vide: SEGADO, Francisco Fernández. A obsolência da bipolaridade tradicional (modelo americano-modelo europeu-kelseniano) dos sistemas de justiça constitucional (Tradução: Pedro Buck Avelino). **Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos**, São Paulo: Saraiva, p. 366-395, 2005.

⁴⁷⁴ "All fields of knowledge are shaped by ideas that travel in time and space. From history to economics to the natural sciences, the circulation of ideas is both a fact of life and a usefully enabling condition of intellectual activity." PERJU, Vlad. *Constitutional transplants, borrowing, and migrations*, in *Boston College Law School Papers*, paper n.º 360, ano 2012. Disponível em: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/lfp/360>; acessado em 04/11/2012, p. 1.

A migração de ideias constitucionais como uma metáfora para enfrentar esse fenômeno é proposta de Sujit Choudhry, a pretexto de explicar com alguma profundidade acadêmica as transferências recíprocas de ideias entre os diversos sistemas constitucionais⁴⁷⁵. As migrações podem ocorrer em diversos momentos do ciclo de criação, recriação ou mutação das constituições de um determinado país, sendo o uso do direito estrangeiro ou internacional, como referência e fundamento para as decisões constitucionais domésticas, apenas um dos exemplos.⁴⁷⁶

Outro exemplo importante, nesse contexto, é a utilização de modelos constitucionais estrangeiros como inspiração do processo constituinte de um determinado país. Ademais, vale o registro de que a migração de ideias também abarca o fenômeno de interferências recíprocas entre sistemas nacionais e supranacionais.⁴⁷⁷

A proposta da metáfora de migração de ideias constitucionais é apresentada como uma alternativa às outras metáforas⁴⁷⁸ que tentam explicar o fenômeno das transferências recíprocas de ideias constitucionais. Tais transferências chamam a atenção dos acadêmicos e profissionais jurídicos porque o uso de princípios constitucionais e decisões sobre direitos fundamentais, para além das fronteiras de um determinado país, tem sido prática cada vez mais comum nos diversos sistemas jurídico-constitucional do mundo inteiro.

Não obstante, nem a metáfora das fertilizações cruzadas, nem a dos transplantes legais, nem a dos empréstimos constitucionais terem logrado plenamente êxito na tentativa de explicar tal fenômeno, Sujit Choudhry, mesmo consciente das inevitáveis limitações da metáfora da migração de ideias⁴⁷⁹, dela resolveu lançar mão numa tentativa dialógica de estabelecer um ponto de partida para aprofundar a discussão acadêmica sobre o tema.

⁴⁷⁵ A proposta apresentada foi o tema de uma conferência organizada sob este título, na Universidade de Toronto, em outubro de 2004. O resultado dos trabalhos apresentados na conferência é o livro organizado pelo Professor Sujit Choudhry: CHOUDHRY, Sujit (org.). *The migration of constitutional ideas*. New York : Cambridge University Press, 2006.

⁴⁷⁶ CHOUDHRY, Sujit (org.). *The migration of constitutional ideas*. New York : Cambridge University Press, 2006, p. 13.

⁴⁷⁷ CHOUDHRY, Sujit (org.). *The migration of constitutional ideas*. New York : Cambridge University Press, 2006, p.13.

⁴⁷⁸ Vlad Perju enfrenta a questão da 'Batalha de metáforas', afirmando que são muitas as opções terminológicas para tratar metaforicamente a questão das interações constitucionais cruzadas, dentre as quais destacam-se: transplantes (*transplants*) e empréstimos (*borrowings*) como sinônimos; bem como circulação (*circulation*) e migração (*migration*) também como outros sinônimos. A par desses, ainda registra: difusão (*diffusion*); fertilização-cruzada (*cross-fertilization*); articulação (*engagement*); influência (*influence*); transmissão (*transmission*); transferência (*transfer*); e recepção (*reception*). Cfr. PERJU, Vlad. *Constitutional transplants, borrowing, and migrations*, in *Boston College Law School Papers*, paper n° 360, ano 2012. Disponível em: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/lsp/360>; acessado em 04/11/2012, p. 5.

⁴⁷⁹ Para Kim Lane Scheppelle " (...) As metáforas ajudam a formatar o pensamento, sendo, portanto, crucial utilizar-se da metáfora certa que permita jogar luzes sobre o ponto central do problema a ser enfrentado". Isso porque ao mesmo tempo que as metáforas iluminam certos aspectos de um questão, elas, necessariamente, ocultam outros. Assim sendo, Scheppelle afirma que a migração oferece ferramentas mais precisas para o

A busca por uma melhor compreensão do objeto do direito constitucional comparado - e, conseqüentemente do próprio constitucionalismo comparado em si - revela-se o maior desafio da proposta de migração de ideias constitucionais. Trata-se de uma proposta que parte da premissa de que a teoria do direito constitucional não estava em sintonia com os acontecimentos dos últimos anos, o que exigia dos acadêmicos esforço coletivo com a finalidade de formular esquemas de aplicação e metodologias adequadas para enfrentar os problemas contemporâneos.

A metáfora da migração de ideias revelou-se como uma das possibilidades metodológicas, cujas principais vantagens estão em sua flexibilidade e capacidade de explicar as várias nuances do complexo processo de transferência de ideias, ao mesmo tempo que não tem dificuldade de lidar com a dinâmica de transferências recíprocas entre princípios constitucionais e julgamentos estrangeiros. Neil Walker resumiu as virtudes da metáfora da migração, como substituta das demais metáforas, afirmando tratar-se de um conceito mais abrangente e de grande utilidade como instrumento a serviço do movimento de intercâmbio de ideias entre as nações.⁴⁸⁰

Não se pode perder de vista que a migração de ideias pressupõe a compreensão dialógica de comparação constitucional, ou seja, aquela que tem como objetivo usar os materiais comparados como uma fonte interpretativa, referências aptas a expor os elementos fáticos e normativos do material estrangeiro utilizado com o objetivo de identificar os pressupostos fáticos e normativos do problema doméstico a ser solucionado.⁴⁸¹

Na verdade, a metáfora da migração de ideias, vista sob a ótica da interpretação dialógica, apresenta-se como um recurso comparativista a ser utilizado pelas Cortes Supremas e Constitucionais como suporte para que estas instituições aproximem-se com mais segurança e fidedignidade de seus próprios fundamentos, garantindo plena consciência de suas identidades e a construção de argumentos consistentes, que denotem uma compreensão institucional mais genuína acerca dos problemas que lhe são apresentados.

pensamento das transferências de ideias entre sistemas do que o empréstimo. Cfr. SCHEPPELE, Kim Lane. The migration of anti-constitutional ideas: the post-9/11 globalization fo public law and the international state of emergency, in CHOUDHRY, Sujit (org.). *The migration of constitutional ideas*. New York : Cambridge University Press, 2006, p. 347.

⁴⁸⁰ Para este autor: “Migração é um conceito ecumênico e útil, no contexto do movimento de ideias entre as nações. Diferentemente das demais expressões utilizadas na literatura corrente comparativista, tais como “empréstimo”, ou “transplante”, ou “fertilização cruzada”, migração não presume qualquer atitude seja por parte do país de origem, seja por parte do país receptor, nem acerca da propriedade ou destino das ideias transferidas. Além disso, como devemos nos pautar pelas alternativas, migração refere-se a todos os movimentos entre sistemas, evidentes ou velados, episódicos ou constantes, planejados ou aleatórios, iniciados pelo doador ou pelo receptor, aceitos ou rejeitados, originais ou adaptados, relacionados com doutrinas substantivas, com fórmulas institucionais ou mais abstratas, como a sensibilidade constitucional intangível ou ética.” CHOUDHRY, Sujit (org.). *The migration of constitutional ideas*. New York : Cambridge University Press, 2006, p. 21.

⁴⁸¹ CHOUDHRY, Sujit (org.). *The migration of constitutional ideas*. New York : Cambridge University Press, 2006, p.22.

A proposta de migração de ideias constitucionais, compreendida a partir do modelo dialógico, tem inegável aproximação com o modelo de articulação⁴⁸² proposto por Vicki Jackson⁴⁸³, que contempla elementos de outros dois modelos também por ela apresentados: o modelo de convergência⁴⁸⁴ e o modelo de resistência⁴⁸⁵.

A prática do modelo de articulação com as fontes estrangeiras e internacionais, tal qual proposto por Vicki Jackson, pela sua compatibilidade com a metáfora de migração de ideias constitucionais, pode ajudar na compreensão das normas de uma dada Constituição de diversas formas, dentre as quais se destacam pelo menos três: quando houver múltiplas escolhas interpretativas; quando houver dúvidas sobre o melhor caminho funcional do sistema constitucional pátrio; e quando for necessário considerar as dimensões suprapositivas dos direitos fundamentais a serem concretizados.⁴⁸⁶

Se mais de uma interpretação da Constituição é plausível, a aproximação com a dogmática jusfundamental de outros países pode ser essencial como material empírico informativo de uma diretriz já experimentada em outros contextos nacionais⁴⁸⁷. Não se trata, como amplamente enfatizado,

⁴⁸² Inicialmente tinha chamado este modelo de "modelo do compromisso", porém, nesta versão final para depósito, resolvi, por coerência acadêmica, aderir à tradução porposta por Marcelo Neves, para quem o direito constitucional pode ser o local de entrelaçamento entre o direito doméstico e as fontes e práticas internacionais e estrangeiras. Sob esta ótica, os intérpretes constitucionais não enxergam o direito internacional ou estrangeiro como vinculantes ou presumidamente obrigatórios, mas, sim, como referências de interlocução, as quais podem oferecer um caminho para testar as próprias compreensões tradicionais acerca de um determinado tema, a partir das possibilidades comparativas que outras compreensões sobre o mesmo fenômeno possam ter tido em contextos alienígenas. Cfr: JACKSON, Vicki. *Constitutional comparisons: convergence, resistance engagement*, in *Harvard Law Review*, vol. 119, ano 2005, p. 114.

⁴⁸³ Vicki Jackson apresenta três modelos para explicar a abertura das cortes constitucionais para a comparação constitucional: o modelo da convergência (*convergence model*); o modelo da resistência (*resistance model*) e o modelo de articulação (*engagement model*). Explica a professora Vicki Jackson que são modelos descritivos das relações entre as constituições domésticas e o direito proveniente de fontes transnacionais. Cfr: JACKSON, Vicki. *Constitutional comparisons: convergence, resistance engagement*, in *Harvard Law Review*, vol. 119, ano 2005, p. 109-128.

⁴⁸⁴ O modelo de convergência, tal qual exposto por Vicki Jackson, enxerga as constituições nacionais como locais para a implementação do direito internacional ou para o desenvolvimento e acolhimento de normas transnacionais. Sob esse modelo, o direito estrangeiro ou internacional apresentam-se como suportes para a resolução de problemas constitucionais domésticos. Seria uma autorização implícita para, através da interpretação constitucional, utilizar-se do direito transnacional como fonte jurídica de concretização do direito interno. Cfr: JACKSON, Vicki. *Constitutional comparisons: convergence, resistance engagement*, in *Harvard Law Review*, vol. 119, ano 2005, p. 113.

⁴⁸⁵ O modelo de resistência tem como fundamento principal evitar que as pressões econômicas da globalização possam ter seus efeitos potencializados pela interpretação constitucional. Para os adeptos dessa forma de pensamento, as constituições constituem a base da resistência contra a nefasta influência das fontes estrangeiras e transnacionais controladas pela globalização. Aqueles que defendem tal postura acreditam que o federalismo e a soberania popular democrática rejeitam as análises comparativas, por serem fórmulas inadequadas de interpretação das constituições domésticas. Cfr: JACKSON, Vicki. *Constitutional comparisons: convergence, resistance engagement*, in *Harvard Law Review*, vol. 119, ano 2005, p. 113-114.

⁴⁸⁶ JACKSON, Vicki. *Constitutional comparisons: convergence, resistance engagement*, in *Harvard Law Review*, vol. 119, ano 2005, p. 116-118.

⁴⁸⁷ JACKSON, Vicki. *Constitutional comparisons: convergence, resistance engagement*, in *Harvard Law Review*, vol. 119, ano 2005, p. 115-116.

de buscar fundamento na legislação, na jurisprudência ou na doutrina estrangeira ou internacional para justificar as decisões pátrias, mas utilizar-se das fontes transnacionais⁴⁸⁸ como referências informativas que podem ajudar a fundamentar as escolhas a serem feitas diante dos problemas nacionais postos.

Também diante de dúvidas acerca das consequências de funcionamento de um dado sistema nacional, é possível valer-se de experiências de outros ordenamentos jurídicos como referência para auto-compreensão do próprio modelo jurídico. A busca pelas diferenças sistêmicas também conduzem à comparação constitucional pelo modelo de articulação, uma vez que as decisões de cortes estrangeiras podem ser referenciadas e rejeitadas como precedentes para o caso doméstico, ou seja, serão referências de não aplicação das soluções estrangeiras ou internacionais, por quaisquer razões.

Por fim, as fontes transnacionais podem servir de parâmetros racionalizadores dos argumentos que servirão de base para a concretização dos direitos fundamentais de um determinado país. Isso porque, muitas vezes tais direitos apresentam-se, nos textos constitucionais domésticos, como normas abstratas que carecem de conteúdos concretos e normativos para a regulação da vida em sociedade. Nesse contexto, as experiências concretas de outros países ou das cortes internacionais podem ser muito úteis para ajudar os intérpretes a compreenderem os limites razoáveis das medidas concretas a serem implementadas para o exercício de determinados direitos fundamentais.

Verifica-se, portanto, que o olhar comparativista pelo modelo de migração de ideias ou do compromisso com as fontes transnacionais pode tornar mais transparente e, conseqüentemente, mais democrático, o processo de tomada de decisões judiciais, uma vez que amplia o rol de possibilidades dos compromissos éticos daqueles que tem como tarefa principal a concretização das constituições nacionais.

A atenção para os precedentes estrangeiros pode tornar o processo de tomada de decisões jusfundamentais mais imparcial e transparente, na medida em que a interlocução com os materiais comparados permitirá uma melhor fundamentação e inegável transparência dos argumentos que conduziram às escolhas de concretização das normas constitucionais domésticas.⁴⁸⁹

Assim, os diálogos judiciais transnacionais, termo escolhido como o mais adequado para fins do presente estudo, compõem-se de interações horizontais, seja por meio de

⁴⁸⁸ Note-se que aqui o termo transnacional é sinônimo da combinação dos termos estrangeiro e internacional. Vide também Karen Knop para quem "*the term 'transnational law' refers to both foreign and international law*". Cfr: KNOP, Karen. Here and There: International Law in Domestic Courts, in *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 32, ano 2000, p. 501 e ss.

⁴⁸⁹ Argumenta nesse sentido JACKSON, Vicki. *Constitutional comparisons: convergence, resistance engagement*, in *Harvard Law Review*, vol. 119, ano 2005, p. 119-120. "*Overt references to what judges believe about other countries will often provide helpful transparency. (...) This sequence suggests that comparisons with what judges think they know about other systems are inevitable, and illustrates that overt references can be a form of accountability, permitting correction of errors*".

referências cruzadas não obrigatórias, seja por meio de encontros informais entre os juízes das mais altas cortes nacionais, em que os magistrados de diferentes nacionalidades trocam, por meio de diálogos, suas regras, metodologias e produções acadêmicas.

Para Kelley Littlepage⁴⁹⁰, para exemplificar o pensamento, trata-se de um processo que tem conduzido à integração jurídica por meio de troca de informações sobre jurisprudência e conceitos jurídicos, ocorrida entre os membros dos mais diversos sistemas judiciários, em fóruns informais e conferências organizadas pelas mais diversas instituições⁴⁹¹.

Assim sendo, não há como negar a utilidade da metódica proposta por Sujit Choudhry e Vicki Jackson, sendo elas as eleitas como metáforas centrais do presente estudo. Isso, entretanto, não significa que se pode deixar de dar atenção às demais expressões e metáforas encontradas na literatura especializada sobre o tema, de modo que é o que será feito a seguir.

2.3.2. Fertilização cruzada

Um dos termos mais difundidos para a prática dos diálogos transnacionais, que podem ocorrer tanto entre cortes internas e internacionais, quanto entre cortes domésticas e suas correspondentes estrangeiras, é o da fertilização cruzada, cujo significado mais amplo é herdado por empréstimo da biologia⁴⁹², tendo sido correntemente também usado pela

⁴⁹⁰LITTLEPAGE, Kelley. *Transnational judicial dialogue and evolving jurisprudence in the process of european legal integration* (Draft). European Union Studies Association: Twelfth Biennial International Conference, 2011, Boston Massachusetts. Disponível em: http://euce.org/eusa/2011/papers/9b_littlepage.pdf Acessado em dezembro de 2012.

⁴⁹¹Nesse sentido válidas as considerações sobre o tema: "*Transnational judicial dialogue is composed of horizontal, transnational interactions between national high courts judges, where judges across countries voluntarily draw upon each other's rulings, logics, and academic writings and incorporate them into their own logics and rulings. I argue that this process of transnational judicial dialogue has furthered legal integration through the transmission of jurisprudence and legal concepts between different member state national judiciaries through informal, horizontal legal integration.*" ⁴⁹¹LITTLEPAGE, Kelley. *Transnational judicial dialogue and evolving jurisprudence in the process of european legal integration* (Draft). European Union Studies Association: Twelfth Biennial International Conference, 2011, Boston Massachusetts. Disponível em: http://euce.org/eusa/2011/papers/9b_littlepage.pdf Acessado em dezembro de 2012.

⁴⁹²Aqui não posso deixar de registrar que em pesquisa absolutamente despreziosa no *google* e sem qualquer metodologia crítica, técnica ou científica escolhi um texto para me guiar no contexto do que significaria fertilização cruzada para a biologia. Muitas expressões, algumas informações e outras conclusões permaneceram sem sentido para mim, mas a leitura do artigo científico, escrito em 1992, que explora as diferenças entre a autofertilização e a fertilização cruzada em flores me ajudou a perceber a expressão em contexto bem diferente do que eu estou familiarizada. Tal experiência acabou sendo muito produtiva para o desenvolvimento de meu pensamento na tese acerca desse tópico, pois desviou meu olhar para um ambiente estético encantador (ecologia das flores), cuja comunicação ocorreu através de uma linguagem completamente estranha e não controlada (bem típica das ciências naturais) e com referências recorrentes a um cientista do século XIX (Darwin). Para compartilhar tal experiência: LLOYD, David G.; SCHOEN, Daniel J. Self- and Cross-Fertilization in Plants: functional dimensions, in *International Journal of Plant Sciences*, vol. 153, n. 3, p. 358-369 September 1992.

administração e pela economia.

As práticas de intercâmbio entre as supremas cortes e cortes constitucionais têm chamado a atenção de muitos estudiosos não apenas pelos mecanismos informais e horizontais por meio dos quais estão acontecendo, mas principalmente pelas suas consequências mais evidentes: a influência das decisões estrangeiras no processo de tomada de decisões constitucionais, especialmente as que se referem a direitos fundamentais, bem como a quantidade de encontros, seminários e conferências organizadas pelas mais diversas instituições para promover a troca de ideias e experiências entre magistrados.⁴⁹³

Chega-se ao exagero, talvez por empolgação com o fenômeno, de afirmar-se que é missão das mais altas cortes judiciárias dos países menores ou de democracia mais jovem a obrigação de abrirem-se ao diálogo transnacional com a finalidade de introduzirem novas ideias jurídicas dos demais países como parâmetro para as decisões das cortes nacionais a elas vinculadas.⁴⁹⁴

Não se deve generalizar, nem muito menos supervalorizar o fenômeno, pois a prática da fertilização cruzada implica uma opção complexa dos ordenamentos constitucionais nacionais em direção a uma hermenêutica plural e aberta, mas que se apresente independente e auto-confiante. Isso porque não há nenhuma vantagem para o diálogo se há desequilíbrio entre os interlocutores, uma vez que isso conduz, inevitavelmente, à imposição de ideias unilateralmente, o que desnatura e deslegitima por completo o fenômeno ora analisado.

A percepção de que crescem as evidências da chamada fertilização cruzada conduz a um interesse acadêmico cada vez maior por este tema e, como consequência natural, a maior quantidade e qualidade dos trabalhos acadêmicos potencializa o processo de intercâmbio. As pesquisas têm demonstrado⁴⁹⁵ que também aumentou significativamente as referências

Disponível em: <http://biology.mcgill.ca/faculty/schoen/Reproductive%20System%20Evolution%20Pubs/LloydandSchoen.pdf> Acessado em Janeiro de 2013.

⁴⁹³ A constatação é compartilhada por: SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts, in *Harvard International Law Journal*, v. 44, p. 191-219, 2003, p. 195. Disponível em: <http://www.princeton.edu/~slaught/articles.html>. acessado em outubro/2012.

⁴⁹⁴ Comentário encontrado em obra que se referia à Suprema Corte da Noruega: SMITH, Carsten. The Supreme Court in present-day society, in *The Supreme Court of Norway* 96, Stephan Tschudi-Madsen ed, 1998, p. 134-135, apud SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts, in *Harvard International Law Journal*, v. 44, p. 191-219, 2003, p. 195. Disponível em: <http://www.princeton.edu/~slaught/articles.html>. Acessado em outubro/2012.

⁴⁹⁵ Como uma referência documental exemplificativa para esta afirmação vide: Workshop eletrônico sobre “Foreign law: jurisprudence of cross fertilization” ocorrido em ambiente eletrônico em 8 de Dezembro de 2010.

cruzadas a precedentes estrangeiros na jurisprudência das cortes domésticas, especialmente as constitucionais e supremas.

Não obstante, nota-se que magistrados que se propõem a participar dos diálogos transnacionais por meio de citações recíprocas estão apenas fazendo uso institucionalizado desses diálogos em suas decisões, uma vez que para evidenciar a prática da fertilização cruzada não se pode ter por parâmetro apenas a referência a decisões estrangeiras em decisões domésticas⁴⁹⁶.

Há outras formas de tornar os diálogos igualmente explícitos: os grupos de estudo e pesquisas sobre o tema; os encontros, conferências e seminários organizados com o objetivo de promover interação entre magistrados de diversas nacionalidades; a criação e alimentação de bancos de dados eletrônicos, transinstitucionais e transnacionais com a finalidade de que neles sejam depositadas informações relevantes sobre a jurisprudência, legislação e outras matérias jurídicas de interesse comum, bem como o importante papel da educação jurídica superior, tanto de graduação quanto de pós-graduação, e a função que exerce o direito comparado nos ambientes educacionais especializados.⁴⁹⁷

Muito embora já exista algum consenso sobre a consolidação da fertilização cruzada como um fenômeno hermenêutico-jurídico mundial, ainda é oportuno questionar-se sobre qual a real novidade encetada por tal prática? Anne-Marie Slaughter⁴⁹⁸ e Martha Minow⁴⁹⁹, em momentos diferentes e motivadas por diferentes questionamentos, fizeram a mesma

Organizadoras: Prof. Tania Groppi & Prof. Marie-Claire Ponthoreau. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/en/g12.htm>; Acessado em janeiro de 2013.

⁴⁹⁶ Para aprofundar e refletir com mais segurança sobre este tópico, vale a leitura do artigo de David Law e Wen-Chen Chang que, sob uma perspectiva crítica dos diálogos transnacionais ao redor do mundo, analisam com persuciência, sob a perspectiva comparada, o caso do Tribunal Constitucional de Taiwan em relação à Suprema Corte dos Estados Unidos, sob a premissa de que as citações cruzadas não são necessárias nem suficientes para comprovar que existe verdadeiramente um intercâmbio de ideias, apontando diversos outros fatores que influenciam o fenômeno. LAW, David S.; CHANG, Wen-Chen. The limits of global judicial dialogue, in *Washington Law Review Association*, v. 86, p.523-577, 2011, p. 524. Disponível em: <https://digital.lib.washington.edu/dspace-law/handle/1773.1/1061> Acessado em fevereiro de 2012.

⁴⁹⁷ LAW, David S.; CHANG, Wen-Chen. The limits of global judicial dialogue, in *Washington Law Review Association*, v. 86, p.523-577, 2011, p. 524. Disponível em: <https://digital.lib.washington.edu/dspace-law/handle/1773.1/1061> Acessado em fevereiro de 2012.

⁴⁹⁸ Anne-Marie Slaughter atualmente é a 66ª ocupante da cátedra *Bert G. Kerstetter* de política e assuntos internacionais da Universidade Princeton - EUA, foi coordenadora da *Woodrow Wilson School of Public and International Affairs* da mesma universidade e também Presidente da *American Society of International Law*. Ela é também acadêmica e analista de política exterior, destacando-se como comentarista de imprensa nos Estados Unidos.

⁴⁹⁹ Martha Minow é ocupante da cátedra Jeremiah Smith Jr. da Escola de Direito de Harvard - EUA e coordenadora do Curso de Direito desta mesma universidade. Ela é professora de Direito em Harvard desde 1981 e especialista em direitos humanos e proteção das minorias.

pergunta: o que há de novo nisso? Se as referências estrangeiras sempre foram tão comuns, especialmente nas relações entre os poderes imperialistas e seus colonizados⁵⁰⁰ e se as citações a precedentes estrangeiros são realizadas na Suprema Corte dos Estados Unidos desde o século XVIII⁵⁰¹, porque tanta controvérsia sobre o assunto?

Muito embora convencida de que não se trata de uma nova prática, Anne-Marie Slaughter anota algumas mudanças significativas nesse processo: a) primeiro, o fato de, no passado, a experiência ser mais aproximada à da recepção do que do diálogo, tendo em vista a situação polarizada de colonizadores e colonizados; b) depois, a maior disposição e boa vontade dos próprios magistrados das altas cortes de conhecerem os precedentes e a jurisprudência estrangeira e confrontarem os problemas que lhes são apresentados com aqueles enfrentados pelas cortes estrangeiras correspondentes; c) por fim, as partes estarem mais atentas para os precedentes de cortes estrangeiras e internacionais e provocarem as Cortes domésticas com argumentos de direito estrangeiro, o que leva, mesmo as Cortes que tradicionalmente só exportavam decisões, a também discutirem sobre a possibilidade, ou não, de utilização de fundamentos de decisões estrangeiras em seus casos domésticos.⁵⁰²

Para Martha Minow, o que se apresenta inédito é o debate público, envolvendo os Ministros da Suprema Corte Americana, bem como membros do congresso e alguns dos mais renomados juristas e acadêmicos, que se dispuseram a ocupar a grande mídia com acalourados debates sobre os limites e as possibilidades da prática dos diálogos e citações estrangeiras nas decisões da Suprema Corte Americana. Isso conduz, segundo Martha Minow, a uma reflexão que certamente acrescentará ao projeto de governança e políticas públicas norte americano uma maior compreensão sobre o papel exercido pelo país no novo contexto

⁵⁰⁰SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts, in *Harvard International Law Journal*, v. 44, p. 191-219, 2003, p. 195-199. Disponível em: <http://www.princeton.edu/~slaught/articles.html>. acessado em outubro/2012.

⁵⁰¹Nesse sentido afirma Martha Minow: “*Here is the puzzle: no one disagrees that United States judges have long consulted and referred to materials from other countries as well as international sources; yet for the past nine or so years, citing foreign and international sources has provoked intense controversy. The evidence of the longstanding practice is undisputed and well-forecast by one of the Federalist Papers, which asserted, “attention to the judgment of other nations is important to every government” as a matter of foreign policy and also as a check on “strong passion or momentary interest” within the nation.*” Cfr: MINOW, Martha. The controversial status of international and comparative law in the United States, in *Harvard International Law Journal*, v. 52, p. 1-25, 2007, p. 2. Disponível em: http://www.harvardilj.org/2010/08/online_52_minow/ Acessado em janeiro de 2013.

⁵⁰²Vide: SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts, in *Harvard International Law Journal*, v. 44, p. 191-219, 2003, p. 196-198. Disponível em: <http://www.princeton.edu/~slaught/articles.html>. acessado em outubro/2012.

mundial, especialmente sobre o processo de tomada de decisões da sua Suprema Corte.⁵⁰³

Revela-se assente que a utilização de fontes estrangeiras e direito comparado remonta às práticas dos juízes há longa data, bem como que, no processo de tomada de decisão, o mesmo papel exercido pela jurisprudência estrangeira também o é pelas demais fontes jurídicas comumente utilizadas: desde as normas jurídicas até as citações a textos jurídicos ou culturais de autores e artistas de diversas nacionalidades.

Entretanto, esta prática não era uniforme em todos os contextos e também não existem dados que possam comprovar quanto aumentou ou diminuiu nas últimas décadas. O que se pode afirmar é que, nas duas últimas décadas, o interesse pelo tema e pelos dados relacionados às suas causas e consequências estão muito mais disponíveis e fazem parte de um debate mundialmente compartilhado.

A fertilização cruzada acontece em variadas direções, ou seja, pode ocorrer nas relações entre cortes internacionais da mesma região ou de regiões diferentes, nas relações entre cortes internacionais e cortes domésticas dos respectivos estados-membros, entre cortes domésticas dos mesmos continentes ou de continentes diferentes. Há estudos pontuando exemplos e discutindo as consequências de todas essas relações⁵⁰⁴, de modo que não há preferências ou prevalências de umas sobre as outras nas pesquisas.

São muitas as causas que podem ser associadas a tal fenômeno: a) a eventual existência de lacunas associada à obrigatoriedade de prestar a jurisdição (princípio do non liquet) pelas diversas cortes; b) como uma forma de esclarecer obscuridades e dar maior consistência às decisões tomadas em casos difíceis e inéditos; c) como uma forma de legitimar a existência e utilização de novos institutos ou de instituições recém-criadas, em ordens democráticas jovens ou em expansão; d) como uma forma de aumentar a legitimação internacional de uma dada Corte; e) por fim, como um mero ornamento ou fonte de argumentação para demonstrar a erudição dos juízes.⁵⁰⁵

⁵⁰³ MINOW, Martha. The controversial status of international and comparative law in the United States, in *Harvard International Law Journal*, v. 52, p. 1-25, 2007, p. 2-5. Disponível em: http://www.harvardilj.org/2010/08/online_52_minow/ Acessado em janeiro de 2013.

⁵⁰⁴ Por todos vide: JACOBS, Francis G., Judicial dialogue and the cross-fertilization of legal systems: the European Court of Justice, in *Texas International Law Journal*, vol. 38, p. 547-556, 2003.

⁵⁰⁵ BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; LOIS, Cecilia Caballero. Beyond the borders of the constitution: cross-fertilization and global constitutionalism, *Paper presented at the annual meeting of the The Law and Society Association, Grand Hyatt, Denver, Colorado, May 25, 2009* Disponível em: http://www.allacademic.com/meta/p303141_index.html; acessado em 02/11/12.

Uma das vantagens da fertilização cruzada é que não impõe vinculação de nenhuma ordem às distintas esferas jurisdicionais, uma vez que conhecer e considerar o precedente de outra corte tem como função primordial ajudar no processo de tomada de decisão, porque o rol de possibilidades de enfrentamento de um problema⁵⁰⁶ que pode se apresentar semelhante ou mesmo idêntico, mas não gera qualquer obrigação formal entre as partes envolvidas em tal processo.

Além disso, a utilização de precedentes estrangeiros para fundamentar decisões domésticas conduz a um debate sobre a fundamentação material das decisões judiciais, bem como a um intenso debate sobre hermenêutica constitucional, que se apresentam vantajosos para o sistema jurídico (acadêmico e profissional) como um todo.⁵⁰⁷

Uma das críticas mais recorrentes contra a fertilização cruzada é que a sua utilização gera uma grande complexidade de decisões e um aspecto quase incontrollável do método, pois as diferentes soluções que são construídas pela metodologia da fertilização cruzada, na seara do processo de tomada de decisões judiciais, especialmente aquelas que versam sobre direitos fundamentais, demonstram que ainda a questão mais interessante que remanesce sem resposta é por que as soluções para casos semelhantes ainda são tão diversas?

E também existe, não se pode deixar de registrar, o permanente risco da subversão do processo de diálogo para a nefasta importação de ideias, o que pode levar a uma nova forma de colonização ideológica e a uma desestabilização⁵⁰⁸ da independência funcional dos

⁵⁰⁶ Nesse sentido observa Anne-Marie Slaughter: "(...), *looking abroad simply helps them do a better job at home, in the sense that they can approach a particular problem more creatively or with greater insight.*" Cfr: SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts, in *Harvard International Law Journal*, v. 44, p. 191-219, 2003, p. 201. Disponível em: <http://www.princeton.edu/~slaughttr/articles.html>. acessado em outubro/2012.

⁵⁰⁷ Essa afirmação é compartilhada por: BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno P.; LOIS, Cecilia Caballero. *Beyond the borders of the national constitution: cross-fertilization and global constitutionalism*. Disponível em: kirkomrik.files.wordpress.com/.../paper_2833.pdf. - Acessado em: fevereiro de 2012, p. 9. "*Despite these difficulties, the use of this argumentation strategy is directly associated with the existence of demands for increasing the level of material legitimacy of the judicial decisions, within the national legal system. The development of a "constitutional dialogue ad extra" exerts a relevant role on the reasons giving processes by courts. The fact of comparing other constitutional experiences allows both the internalization of alternative critical visions about the best constitutional interpretation, as the construction of shared constitutional identities by the existence of convergent judicial practices.*"

⁵⁰⁸ Nesse sentido: "*Therefore, in this context, comparative law, which has always been associated with the idea of 'importing better ways of ordering the matter that other constitutional systems have discovered' (Tushnet, 1999, p. 1307), by emphasizing transnational dialogue (with normative intent) has an accentuated subversive character (Fletcher, 1998) and one of destabilization (Frankenberg, 1985), which internalizes an external vision of the constitutional system, as a factor of criticism and valuation of the premises adopted, and of the results obtained in the national processes of balancing values in the constitutional adjudication.*" BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; LOIS, Cecilia Caballero. *Beyond the borders of the constitution: cross-fertilization and global constitutionalism*, Paper presented at the annual meeting of the The Law and Society Association,

judiciários nacionais.⁵⁰⁹ A advertência tem fundamento nas experiências, ainda recentes no tempo histórico mundial, advinda do movimento imperialista dos séculos XIX e XX, principalmente na África e na América Latina.

Alguns chegam a afirmar que o olhar atento para as diferenças entre os diversos ordenamentos, contextos culturais jurídicos e para os processos históricos de amadurecimento institucional talvez seja mais importante do que as eventuais semelhanças identificadas no processo, para efeitos de investigações científicas sobre a fertilização cruzada em Direito.⁵¹⁰ Isso pode ser consequência da superação do paradigma universalista e ascensão do paradigma dialógico, como uma forma mais dinâmica de aproximar-se do método comparativo.

De todo modo, a disponibilidade para o diálogo fomentada pela fertilização cruzada conduz a um contínuo processo de abertura e reflexão crítica que permitem que novos textos sejam agregados aos originais da Constituição, por meio de hermenêutica aberta e pluralista. Isso pode ressignificar a própria ideia de Constituição material.⁵¹¹

2.3.3. Transplantes constitucionais

A metáfora dos transplantes legais foi utilizada, já nos anos setenta, por Alan Watson⁵¹², com o intuito de designar a transferência de leis, institutos e instituições jurídicas entre fronteiras geopolíticas ou culturais. Na base da metáfora, encontram-se as ideias de doadores e receptores das transferências realizadas, bem como a de sistemas ou objetos jurídicos transferidos.

Grand Hyatt, Denver, Colorado, May 25, 2009 Disponível em: <http://www.allacademic.com/meta/p303141_index.html>; acessado em 02/11/12.

⁵⁰⁹ Para um inventário crítico vale compulsar os trabalhos, já antigos, de: FLETCHER, George P. Comparative law as a subversive discipline, in *The American Journal of comparative law*, v. 46, n. 4, p.683-700, 1998; FLETCHER, George P. Constitutional identity. In: ROSENFELD, Michel (org). *Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy: theoretical perspectives*. Durham; London: Duke University Press, 1994. p. 223-232; FRANKENBERG, Günter. Critical comparisons: re-thinking comparative law, in *Harvard International Law Journal*, v. 26, p. 411, 1985.

⁵¹⁰ Nesse sentido afirma Francis Jacobs: "*What seems certain is that the subject of judicial dialogue, and of cross-fertilization of legal systems, is a matter of the greatest interest and value, on which much remains to be explored.*" JACOBS, Francis G. Judicial dialogue and the cross-fertilization of legal systems: the European Court of Justice, in *Texas International Law Journal*, vol. 38, p. 547-556, 2003, p. 556. Disponível em: www.tilj.org/content/journal/38/.../Jacobs547.pdf Acessado em: janeiro de 2012.

⁵¹¹ BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; LOIS, Cecilia Caballero. Beyond the borders of the constitution: cross-fertilization and global constitutionalism, *Paper presented at the annual meeting of the The Law and Society Association, Grand Hyatt, Denver, Colorado, May 25, 2009* Disponível em: <http://www.allacademic.com/meta/p303141_index.html>; acessado em 02/11/12.

⁵¹² WATSON, Alan. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. 1st Edition, Edinburgh, 1974; Second Edition, Athens, Georgia: The University of Georgia Press, 1993.

Os transplantes legais são práticas antigas e um dos exemplos mais evidentes de tal fenômeno remonta à expansão militar do Império Romano⁵¹³, durante a qual consagraram-se as noções de *ius gentium*, como o direito romano vinculante a ser obrigatoriamente observado pelos povos conquistados, e de *ius naturale*, com o direito a ser observado por toda a humanidade⁵¹⁴.

Os transplantes legais, no âmbito do direito comparado, buscam explicar como ocorre a dinâmica de interação recíproca entre os sistemas legais e como as transferências ocorridas influenciam - ou até mesmo modificam - os referidos sistemas entre si. Originalmente concebida para explicar como o direito privado evoluía, a metáfora dos transplantes legais não se adequou perfeitamente para a realidade do direito constitucional comparado.⁵¹⁵

Uma das razões para a dificuldade de adaptação da metáfora dos transplantes legais para a seara do direito constitucional comparado é a teoria de que o direito é um espelho da sociedade⁵¹⁶, segundo a qual desde Montesquieu até Hegel e Savigny, a letra da lei é um reflexo do espírito da comunidade para a qual se projetam as suas normas⁵¹⁷.

A par dessas importantes divergências acadêmicas, verifica-se que a metáfora dos transplantes converteu-se naquilo que a doutrina comparativista passou a chamar de empréstimos constitucionais, tendo como base o modelo de convergência, herdado da ideia de transplantes legais⁵¹⁸. O modelo de convergência ressalta a possibilidade de ubiquidade dos transplantes legais, assumindo que todo o material jurídico transferido é alterado durante o processo de transmissão, de modo que há uma acolhida complexa e inculturada à dogmática jurídica do país receptor, que merece estudo caso a caso⁵¹⁹.

Assim, a transferência de material jurídico proposta pela metáfora dos transplantes não necessariamente exige posição diante da postura binária da importação da cultura alheia, por um lado,

⁵¹³ Cfr: SMALL, Richard. *Towards a theory of contextual transplants*, in *Emory International Law Review*, vol. 19, ano: 2005, p. 1432-1433.

⁵¹⁴ GOODMAN, Ellen. *The origins of western legal tradition: from Thales to Tudors*. Sydney : Federation Press, 1995, p. 131-139.

⁵¹⁵ Observação feita por: PERJU, Vlad. *Constitutional transplants, borrowing, and migrations*, in *Boston College Law School Papers*, paper nº 360, ano 2012. Disponível em: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/lsp/360>; acessado em 04/11/2012, p. 6.

⁵¹⁶ Sobre a teoria do direito como espelho da sociedade vide: EWALD, William. *Comparative jurisprudence (II): The logic of legal transplants*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 43, ano 1995, p. 489 e ss.

⁵¹⁷ Nesse sentido, Pierre Legrand, o mais conhecido opositor de Alan Watson e sua metáfora dos transplantes, afirma que a existência mesma de uma regra jurídica remonta ao significado intersubjetivo que lhe dá a sua comunidade de intérpretes. Cfr: LEGRAND, Pierre. *The impossibility of legal transplants*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 4, ano 1997, p. 111-124; 114.

⁵¹⁸ PERJU, Vlad. *Constitutional transplants, borrowing, and migrations*, in *Boston College Law School Papers*, paper nº 360, ano 2012. Disponível em: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/lsp/360>; acessado em 04/11/2012, p. 11-13.

⁵¹⁹ Essa é a releitura da metáfora dos transplantes legais feita por Rodolfo Sacco: SACCO, Rodolfo. *Legal formants: a dynamic approach to comparative law*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 39, ano:1991, p. 1-34, p. 1.

ou manutenção da identidade cultural não permeável a qualquer tipo de influência, por outro lado. Pode-se conceber os transplantes legais no contexto do que se tem chamado de adaptação de culturas, por meio de uma dogmática jurídica (*legal formants*⁵²⁰) plural e aberta⁵²¹.

Não há dúvidas de que as relações entre o Direito e os ambientes social e cultural para onde se projetam as suas normas apresentam-se no centro dos debates contemporâneos sobre a metáfora dos transplantes legais. No entanto, a questão mais controvertida, nesse particular, tem sido como utilizar-se da metáfora dos transplantes para enfrentar os problemas do direito constitucional comparado contemporâneo.

Três desafios podem ser identificados: a) a natureza mais principiológica das normas constitucionais, se comparadas com as demais normas do ordenamento jurídico privado, dificulta os transplantes, tendo em vista a exigência inequívoca de um maior esforço concretizador dos intérpretes dos países receptores; b) os efeitos notoriamente irradiantes das normas constitucionais, se comparados aos efeitos subjetivos, mais limitados, nas demais normas de direito privado, exigem uma visão interdisciplinar, e historicamente mais consistente, por parte dos intérpretes do país receptor, em virtude das consequências que a transferência pode trazer para todo o seu sistema constitucional; e c), por fim, a imprescindibilidade de garantias institucionais para internalizar o material transplantado é muito mais evidente quando se está a falar de transplantes constitucionais do que quando se está diante do fenômeno dos transplantes legais.⁵²²

Mesmo diante de tais desafios, é importante perceber que a metáfora dos transplantes constitucionais continua sendo usada pelos acadêmicos⁵²³ que estudam a comparação constitucional, muitas vezes para designar fenômenos correlatos, como é caso dos empréstimos constitucionais, outras

⁵²⁰ Afirma Rodolfo Sacco: "*We can now see that it would be far too simple to say that statutes, scholarly writings and judicial decisions are the legal formants of a system*". Cfr. SACCO, Rodolfo. *Legal formants: a dynamic approach to comparative law*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 39, ano:1991, p. 1-34, p. 33.

⁵²¹ Com algumas divergências e alguns consensos, essa é a proposta da obra coletiva: NELKEN, David; FEEST, Johannes (org.). *Adapting Legal Cultures*. Hart Publishing (Oñati International Series in Law & Society, vol. 5), 2001.

⁵²² PERJU, Vlad. *Constitutional transplants, borrowing, and migrations*, in *Boston College Law School Papers*, paper nº 360, ano 2012. Disponível em: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/lfp/360>; acessado em 04/11/2012, p. 17-20.

⁵²³ Um dos exemplos pode ser encontrado em: BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; LOIS, Cecilia Caballero. Beyond the borders of the constitution: cross-fertilization and global constitutionalism, *Paper presented at the annual meeting of the The Law and Society Association, Grand Hyatt, Denver, Colorado, May 25, 2009* Disponível em: <http://www.allacademic.com/meta/p303141_index.html>; acessado em 02/11/12. "*This range of perspectives associated with the idea of the transplant model, or constitutional borrowing, as it takes in an infinite range of very different situations, can be summarized, as proposed by Epstein and knight (2003, 196-197), in three main approaches: (a) when any citizen, based on the observation of other institutional practices, proposes reflections on the need for constitutional change; (b) when, during the process of creation of the constitution (and the process of legislative elaboration), the congressmen base themselves in experiences of other constitutional texts at the moment of drawing up their own constitutions; (c) when the judges take into account the decisions of foreign courts, to resolve the disputes established.*"

vezes para distinguir os transplantes de outras metáforas como ocorre com a migração de ideias⁵²⁴ ou modelo de articulações⁵²⁵.

Não se trata de uma aceitação direta da proposta da década de setenta e direcionada especialmente para o direito privado e institutos de direito civil no âmbito do direito constitucional, mas de uma interlocução respeitosa com seus pressupostos, tidos sempre como primeiras aproximações comparativas que deram razão de ser a essas novas fórmulas engendradas nas últimas décadas.

2.3.4. Empréstimos constitucionais

Os empréstimos constitucionais podem apresentar-se de diferentes formas: a) os juízes podem considerar os precedentes estrangeiros de órgãos jurisdicionais equivalentes em outros países; b) os legisladores constituintes podem olhar para a experiência comparada, no momento de tomar as decisões fundamentais para a elaboração do texto constitucional de um determinado país; c) os próprios cidadãos podem considerar as práticas estrangeiras e/ou internacionais para formularem suas opiniões sobre eventuais mudanças constitucionais.⁵²⁶

Os trabalhos acadêmicos sobre o tema refletem estas possibilidades, pois enquanto alguns textos preocupam-se com a elaboração de novos textos constitucionais, outros focam no intercâmbio de decisões entre as Cortes. Há, ainda, aqueles estudos que se destinam a refletir e explicar o fenômeno dos diálogos e conversas transconstitucionais, bem como aqueles que, invocando dados empíricos, registram opiniões sobre a questão da legitimidade dos empréstimos constitucionais diante das jurisdições constitucionais de nações democráticas.⁵²⁷

Não se pode deixar de observar que muitos autores utilizam as expressões 'empréstimos', 'polinização cruzada', 'fertilização cruzada' e 'migração' como sinônimos, e muito embora reconheçam que as diferentes expressões denotam distinções, afirmam que tais

⁵²⁴ Sugerida por Sujit Choudhry: CHOUDHRY, Sujit (org.). *The migration of constitutional ideas*. New York : Cambridge University Press, 2006.

⁵²⁵ Modelo apresentado por Vicki Jackson: JACKSON, Vicki. *Constitutional comparisons: convergence, resistance engagement*, in *Harvard Law Review*, vol. 119, ano 2005, p. 109-128.

⁵²⁶ KNIGHT, Jack; EPSTEIN, Lee. Constitutional borrowing and nonborrowing, in *I.Con – Oxford University Press and New York University School of Law*, v. 1, n. 2, p.196-223, 2003, p. 196. Disponível em: <http://epstein.law.northwestern.edu/research/conborrow.pdf> Acessado em: novembro de 2012.

⁵²⁷ KNIGHT, Jack; EPSTEIN, Lee. Constitutional borrowing and nonborrowing, in *I.Con – Oxford University Press and New York University School of Law*, v. 1, n. 2, p.196-223, 2003, p. 196. Disponível em: <http://epstein.law.northwestern.edu/research/conborrow.pdf> Acessado em: novembro de 2012.

diferenças são irrelevantes para o fenômeno em sua essência⁵²⁸.

Lee Epstein e Jack Knight afirmam que não obstante todos os sentidos que possam ter, os empréstimos constitucionais fazem parte de um fenômeno maior chamado desenho institucional (*institutional design*), de modo que quando as Cortes decidem aderir, ou não, aos diálogos constitucionais transnacionais, ou quando os legisladores constituintes recebem, ou não, normas de documentos normativos estrangeiros, eles mostram-se, de qualquer forma, engajados nas práticas que se chamam de empréstimos constitucionais.⁵²⁹

Os empréstimos constitucionais geralmente são considerados quando formalmente uma determinada sociedade importa uma provisão constitucional de outra sociedade, primordialmente naqueles casos em que este ato normativo mostrou-se vantajoso para a sociedade doadora. Há registros desse fenômeno apenas no que tange à sua ocorrência, sendo ainda raros os estudos que se preocupam com suas causas e consequências.⁵³⁰

Porém, como anota Mark Tushnet⁵³¹, em trabalho já antigo sobre o tema, se os empréstimos constitucionais constituem a adoção de provisão, doutrina, estrutura, norma ou instituto de uma nação estrangeira, em virtude de seu sucesso positivo para aquela sociedade, é preciso questionar-se sobre o significado do termo sucesso⁵³². A conclusão, naquele

⁵²⁸ Por todos vide: TEBBE, Nelson; TSAI, Robert L. Constitutional Borrowing, in *Michigan Law Review*, v. 108, p. 459-522, 2010, p. 461, nota 6. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1392122 Acessado em: fevereiro de 2013. Suas palavras nesse sentido: “Throughout the article, we use terms such as ‘borrowing’, ‘appropriation’, ‘cross-pollination’, ‘migration’, and ‘cross-fertilization’ interchangeably. These different words convey the same idea and signify no added distinctions. No descriptor can perfectly capture all of the nuances of the phenomenon, and becoming absorbed with metaphors can distract from the central question of how ideas transcend imagined boundaries.”

⁵²⁹ KNIGHT, Jack; EPSTEIN, Lee. Constitutional borrowing and nonborrowing, in *I.Con – Oxford University Press and New York University School of Law*, v. 1, n. 2, p.196-223, 2003, p 197. Disponível em: <http://epstein.law.northwestern.edu/research/conborrow.pdf> Acessado em: novembro de 2012.

⁵³⁰ Essa é a proposta de Jack Knight e Lee Epstein: “On our theoretical account, decisions over whether to borrow or not, and from where – at least with regard to mechanisms governing the selection and retention of justices serving on (constitutional) courts – are decisions about institutional design. Such decisions, as we suggest above, are not a function of societies that are always, or merely, or reflexively borrowing from one another. Rather we must analyze borrowing – institutional choices, really – as a bargaining process among relevant political actors, with their decisions reflecting their relative influence, preferences, and beliefs at the moment when the new institution is introduced, along with (and critically só) their level of uncertainty about future political circumstances.” KNIGHT, Jack; EPSTEIN, Lee. Constitutional borrowing and nonborrowing, in *I.Con – Oxford University Press and New York University School of Law*, v. 1, n. 2, p.196-223, 2003, p 199-200. Disponível em: <http://epstein.law.northwestern.edu/research/conborrow.pdf> Acessado em: novembro de 2012.

⁵³¹ TUSHNET, Mark. Returning with interest: observations on some putative benefits of studying comparative constitutional law, in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, v. 1, n. 2, p. 325-349, 1998. Disponível em: [https://www.law.upenn.edu/journals/conlaw/articles/volume1/issue2/Tushnet1U.Pa.J.Const.L.325\(1998\).pdf](https://www.law.upenn.edu/journals/conlaw/articles/volume1/issue2/Tushnet1U.Pa.J.Const.L.325(1998).pdf) Acessado em novembro de 2012.

⁵³² A resposta vem em comentário de Matthew Adler: “If a borrowing, paradigmatically, is the adoption of a

momento, com base em análise funcionalista, foi a de que um empréstimo constitucional poderia ser considerado bem sucedido se contribuísse para o incremento da legitimidade governamental ou para o acesso às regras do liberalismo democrático.⁵³³

Para alguns, a expressão empréstimos constitucionais significa uma prática vinculada ao exercício do poder constituinte originário⁵³⁴, revelando a recepção por um determinado texto constitucional de regras e/ou procedimentos vindos de outro texto constitucional. Por outro lado, há aqueles que, apesar de não excluir esse sentido originário, acreditam que o uso mais apropriado da expressão está nos processos informais de criação e mudanças constitucionais, ou seja no exercício do poder constituinte difuso.⁵³⁵

Numa visão mais abrangente, os empréstimos constitucionais ganham o sentido de uma prática de levantamento de marcos legais, normas, mecanismos e similares que são transportadas de um ordenamento constitucional para outro, seja na elaboração do texto de uma nova constituição, seja nos processos de sua reforma ou mesmo no de interpretação e aplicação de suas disposições normativas. Nesse contexto, não se apresenta importante a origem dos empréstimos, mas a forma e o contexto em que ocorrem.⁵³⁶

constitutional provision, doctrine, structure, norm, institution or other constitutional segment, in one regime, in virtue of its success or positive performance in another, then what does "success" mean, here? Professor Tushnet's treatment of this issue is quite revealing. If the constitutional elite in a developing country C2 adopts segment P, with the intention of attracting investment and new immigration, recognizing that this will exacerbate poverty and misery among the existing residents of C2, and P in fact works as planned, is it a success? Is it a success just because it has the effect intended by those who adopted it?" Cfr: ADLER, Matthew D. Can constitutional borrowing be justified? A comment on Tushnet, in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, v. 1, n. 2, p. 350-357, 1998, p. 352. Disponível em: [https://www.law.upenn.edu/journals/conlaw/articles/volume1/issue2/Adler1U.Pa.J.Const.L.350\(1998\).pdf](https://www.law.upenn.edu/journals/conlaw/articles/volume1/issue2/Adler1U.Pa.J.Const.L.350(1998).pdf)

Acessado em: fevereiro de 2012.

⁵³³TUSHNET, Mark. Returning with interest: observations on some putative benefits of studying comparative constitutional law, in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, v. 1, n. 2, p. 325-349, 1998, p. 329. Disponível em:

[https://www.law.upenn.edu/journals/conlaw/articles/volume1/issue2/Tushnet1U.Pa.J.Const.L.325\(1998\).pdf](https://www.law.upenn.edu/journals/conlaw/articles/volume1/issue2/Tushnet1U.Pa.J.Const.L.325(1998).pdf)

Acessado em novembro de 2012.

⁵³⁴ Nesse sentido cfr: KNIGHT, Jack; EPSTEIN, Lee. Constitutional borrowing and nonborrowing, in *I.Con – Oxford University Press and New York University School of Law*, v. 1, n. 2, p.196-223, 2003. Disponível em: <http://epstein.law.northwestern.edu/research/conborrow.pdf> Acessado em: novembro de 2012. Também: SCHAUER, Frederick. On the migration of constitutional ideas, in *Connecticut Law Review*, v. 37, p. 907 e ss, 2005.

⁵³⁵ Assim afirma Nelson Tebbe e Robert Tsai: "[...] we do not mean to exclude that initial act of creativity, but we are more interested in the many less formal but far more prevalent aspects of borrowing, such as the ordinary importation of doctrine from one field of domestic law into another." TEBBE, Nelson; TSAI, Robert L. Constitutional Borrowing, in *Michigan Law Review*, v. 108, p. 459-522, 2010, p. 463. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1392122 Acessado em: fevereiro de 2013.

⁵³⁶ Vide: TEBBE, Nelson. Constitutional Borrowing, in *Prawfs Blawg*. Disponível em: <http://prawfsblawg.blogs.com/prawfsblawg/2009/07/constitutional-borrowing-1.html> Acessado em: fevereiro de 2013.

Para efeitos do presente estudo, considerar-se-ão os empréstimos constitucionais como parte das técnicas que compõem o arcabouço metodológico disponível tanto para a construção quanto para a implementação – concretização – das constituições, especialmente de suas partes dogmáticas, ou seja, dos direitos fundamentais nelas consagrados.

Nessa visão, os empréstimos não constituem um método de interpretação em si, mas elementos que podem ser invocados em qualquer uma das abordagens interpretativas⁵³⁷ que se queira utilizar⁵³⁸, sempre com a finalidade de oferecer condições de possibilidade para uma fundamentação mais abrangente e mais legitimada para o processo de concretização dos direitos fundamentais.

Em trabalho elucidativo sobre o tema, Nelson Tebbe e Robert Tsai analisam o fenômeno dos empréstimos constitucionais em cinco contextos teóricos: o originalismo; o constitucionalismo pragmático (living constitutionalism⁵³⁹); o minimalismo; o constitucionalismo redentor (redemptive constitutionalism⁵⁴⁰); e o constitucionalismo popular.

Vale registrar a importância de se considerar o fenômeno nos diversos contextos de pensamento jurídico, pois esta é a fórmula mais adequada de aproximação dos diálogos com o sentido que a eles se propõe no presente estudo. Se a investigação tem conduzido à comprovar a hipótese inicial de que os diálogos judiciais transnacionais, não obstante as diversas posturas que possam assumir, fazem parte de um cardápio metodológico posto à disposição do juiz constitucional atento para o modelo de Estado Constitucional Cooperativo, é natural que tal

⁵³⁷ A expressão 'abordagens interpretativas' aqui é utilizada como sinônimo das correntes de pensamento indicadas por Nelson Tebbe e Robert Tsai.

⁵³⁸Cfr: TEBBE, Nelson; TSAI, Robert L. Constitutional Borrowing, in *Michigan Law Review*, v. 108, p. 459-522, 2010. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1392122 Acessado em: fevereiro de 2013.

⁵³⁹A dificuldade de conceituar esta corrente de pensamento é anotada pelo próprio autor: “*Living constitutionalism is difficult to define; it is often described simply in opposition to originalism. Perhaps partly for that reason, the approach appears to be embattled today, even among progressives. See Jack M. Balkin, Abortion and Original Meaning, 24 Const. Comment. 291 (2007); Ethan J. Leib, The Perpetual Anxiety of Living Constitutionalism, 24 Const. Comment. 353, 353 (2007) (“It certainly seems like the originalists are winning.”). But see Jack M. Balkin, Alive and Kicking: Why No One Truly Believes in a Dead Constitution, Slate, Aug. 29, 2005, <http://www.slate.com/id/2125226/> (“We are all living constitutionalists now.”).” Cfr: TEBBE, Nelson; TSAI, Robert L. Constitutional Borrowing, in *Michigan Law Review*, v. 108, p. 459-522, 2010, p. 514, nota 240. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1392122 Acessado em: fevereiro de 2013.*

⁵⁴⁰A referência dos autores é ao seguinte trabalho: BALKIN, Jack M., SIEGEL, Reva B. Remembering how to do equality, in *The Constitution in 2020*, no qual Jack Balkin and Reva Siegel clamam por um constitucionalismo igualitário, apto a resgatar o sentido original da Constituição e seus propósitos vinculados às Emendas reformadoras. Literalmente: “*redemptive constitutionalism, under which judges, legislators, and litigants would work to vindicate the egalitarian purposes of the original Constitution and the Reconstruction Amendments*”. Cfr: TEBBE, Nelson; TSAI, Robert L. Constitutional Borrowing, in *Michigan Law Review*, v. 108, p. 459-522, 2010, p. 461, nota 7; p. 517, nota 255. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1392122 Acessado em: fevereiro de 2013.

fenômeno metodológico possa fazer parte das considerações de qualquer forma de pensar o Direito e, conseqüentemente, de qualquer postura que se assuma perante o sentido e a prática das Constituições.

A uma primeira vista, parece que os originalistas repudiam os empréstimos constitucionais, uma vez que sua tarefa interpretativa limita-se a buscar, através dos elementos históricos disponíveis, a vontade do legislador constituinte originário. Entretanto, o que se nota é uma sobreposição entre os empréstimos constitucionais e as práticas originalistas, uma vez que os mecanismos para definir os parâmetros da vontade do constituinte originário passam, necessariamente, pelo processo de migração de ideias constitucionais no tempo⁵⁴¹.

Já o contrário acontece com o modelo do constitucionalismo pragmático (*living constitutionalism*), no qual é permitido ao intérprete ir além do sentido original do texto, admitindo atualização histórica e contextualizada das normas constitucionais. Assim, o intérprete influenciado pela ideia da constituição pragmática tem muito mais liberdade para utilizar a técnica dos empréstimos constitucionais do que aqueles que seguem outras abordagens interpretativas⁵⁴².

Aqueles que preferem a abordagem minimalista podem se utilizar dos empréstimos constitucionais como uma ferramenta disponível para adequar o processo de tomada de decisões ao espírito da modéstia judicial. A utilização dos empréstimos constitucionais, nesse particular, ganham a função utilitária de indicar espaços e situações em que os intérpretes devem avançar ou retroceder em matéria de jurisdição constitucional.⁵⁴³

O constitucionalismo redentor, que tem íntima conexão com os princípios da liberdade e da igualdade, propõe práticas que promovam a igualdade por meio da liberdade. Sua principal pauta é o resgate da ideia de que devem ser combatidas as diferenças de classes

⁵⁴¹ TEBBE, Nelson; TSAI, Robert L. Constitutional Borrowing, in *Michigan Law Review*, v. 108, p. 459-522, 2010, p. 514. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1392122 Acessado em: fevereiro de 2013.

⁵⁴² Assim observam Nelson Tebbe e Robert Tsai: "*Most generally, it creates conceptual space for the deployment of borrowing to effectuate constitutional change that has been legitimated by sufficient popular agreement. On this view, courts can and should engage in importation when doing so would help to clear pathways of appropriate revision.*" TEBBE, Nelson; TSAI, Robert L. Constitutional Borrowing, in *Michigan Law Review*, v. 108, p. 459-522, 2010, p. 514. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1392122 Acessado em: fevereiro de 2013.

⁵⁴³ Na expressão literal: "*While our analysis does not undermine minimalism as a general interpretive orientation, it does encourage minimalists to identify places where borrowing may promote or impede incremental adjudication.*" TEBBE, Nelson; TSAI, Robert L. Constitutional Borrowing, in *Michigan Law Review*, v. 108, p. 459-522, 2010, p. 517. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1392122 Acessado em: fevereiro de 2013.

sociais por meio da garantia das liberdades individuais, de modo que a utilização dos empréstimos constitucionais podem ser aliadas à própria ideia de reforço argumentativo da revisitação histórica desses valores constitucionais.⁵⁴⁴

Por fim, o constitucionalismo popular talvez seja a abordagem menos aberta à prática dos empréstimos constitucionais, pois para ela o mais importante é considerar o papel do povo no projeto de governança de um determinado país, de modo que se revela de importância apenas acessória os mecanismos de fertilização cruzada utilizados pelos juízes na interpretação constitucional.⁵⁴⁵

Não se pode, entretanto, deixar de identificar pontos de convergência entre a abordagem proposta pelo constitucionalismo popular e as práticas vinculadas aos empréstimos constitucionais: a possibilidade de abertura do diálogo constitucional entre juízes, também para cidadãos engajados, advogados e ativistas políticos e também para líderes de grupos de pressão é a primeira delas. Além disso, os empréstimos constitucionais podem reforçar o argumento de que a interpretação constitucional não é exclusiva da Suprema Corte, de modo que qualquer cidadão também está legitimado a fazê-la.⁵⁴⁶

De tudo o que foi exposto, verifica-se que os empréstimos constitucionais revelam-se como mais uma expressão apta a captar certas nuances do fenômeno dos diálogos judiciais transnacionais, com suas peculiaridades, seus limites, mas também com ampla possibilidade de intercâmbio entre seus defensores e nós, que advogados a tese da migração de ideias constitucionais. Nesse particular, acredito que as eventuais divergências teóricas pouco atrapalham o processo em seu sentido mais amplo, são minúcias que não desnaturam as possibilidades de convergências entre os teóricos e teorias em si.

⁵⁴⁴ TEBBE, Nelson; TSAI, Robert L. Constitutional Borrowing, in *Michigan Law Review*, v. 108, p. 459-522, 2010, p. 519. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1392122 Acessado em: fevereiro de 2013.

⁵⁴⁵ TEBBE, Nelson; TSAI, Robert L. Constitutional Borrowing, in *Michigan Law Review*, v. 108, p. 459-522, 2010, p. 520. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1392122 Acessado em: fevereiro de 2013.

⁵⁴⁶ Nesse contexto, afirmam Nelson Tebbe e Robert Tsai: "*The study of borrowing offers a more specific contribution as well, one that pertains to the normative claim of popular constitutionalism. Advocates of that theory argue not simply that interpretation of our basic law ought to take place among the people, but also that disputes over the meaning of the Constitution ought not to be settled finally by the Supreme Court. They seek to destabilize the assumption, widespread among Americans, that the Court's word concerning the meaning of constitutional law ought to be paramount.*" TEBBE, Nelson; TSAI, Robert L. Constitutional Borrowing, in *Michigan Law Review*, v. 108, p. 459-522, 2010, p. 520. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1392122 Acessado em: fevereiro de 2013.

2.3.5. Diálogos Judiciais Transnacionais

Os diálogos judiciais transnacionais, termo escolhido como o mais adequado para fins do presente estudo, compõem-se de interações horizontais entre os juízes das mais altas cortes nacionais. Tais interações podem ocorrer de diversas formas, presenciais ou eletrônicas, síncronas ou assíncronas, e caracterizam-se pela disponibilidade e abertura das instituições e dos magistrados das cortes supremas e constitucionais a fazer intercâmbio, com seus pares de outros países, acerca de regras, metodologias e produções acadêmicas no campo do Direito Constitucional, mais especialmente da teoria, prática e dogmática dos direitos fundamentais.

A par de alguns autores⁵⁴⁷ acharem que se trata de um processo que tem conduzido à integração jurídica por meio da troca de informações sobre jurisprudência e conceitos jurídicos, ocorrida entre os membros dos mais diversos sistemas judiciários, em fóruns informais e conferências organizadas pelas mais diversas instituições⁵⁴⁸. Mas os diálogos também podem ocorrer por meio de citações recíprocas a precedentes estrangeiros como fundamentos de decisões domésticas, especificamente sobre direitos fundamentais.

Chega-se mesmo a cogitar que os diálogos judiciais transnacionais justificam-se pela existência de democracias jovens, as quais incorporaram recentemente direitos fundamentais em suas constituições, e que dependem, em grande medida, do Poder Judiciário para garantir eficácia a tais direitos.⁵⁴⁹

De todo modo, a concretização dos direitos fundamentais impõe esforço hermenêutico

⁵⁴⁷ Por todos vide: LITTLEPAGE, Kelley. *Transnational judicial dialogue and evolving jurisprudence in the process of european legal integration* (Draft). European Union Studies Association: Twelfth Biennial International Conference, 2011, Boston Massachusetts. Disponível em: http://euce.org/eusa/2011/papers/9b_littlepage.pdf Acessado em dezembro de 2012.

⁵⁴⁸ Nesse sentido válidas as considerações sobre o tema: "*Transnational judicial dialogue is composed of horizontal, transnational interactions between national high courts judges, where judges across countries voluntarily draw upon each other's rulings, logics, and academic writings and incorporate them into their own logics and rulings. I argue that this process of transnational judicial dialogue has furthered legal integration through the transmission of jurisprudence and legal concepts between different member state national judiciaries through informal, horizontal legal integration.*" LITTLEPAGE, Kelley. *Transnational judicial dialogue and evolving jurisprudence in the process of european legal integration* (Draft). European Union Studies Association: Twelfth Biennial International Conference, 2011, Boston Massachusetts. Disponível em: http://euce.org/eusa/2011/papers/9b_littlepage.pdf Acessado em dezembro de 2012.

⁵⁴⁹ MCCRUDDEN, Christopher. A common law of human rights? transnational judicial conversations on constitutional rights, in *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 20, n. 4, p. 499-532, 2000, p. 499.

que, se contextualizado no modelo de Estado Constitucional e Cooperativo de Direito⁵⁵⁰, certamente irá exigir um olhar comparativista para os procedimentos interpretativos. Na Inglaterra, anota Christopher McCrudden, muito embora não se trate de uma jovem democracia, a aprovação do *Human Rights Act* de 1998 trouxe à tona o debate sobre a possibilidade, ou não, conveniência, ou não, de fazer uso de jurisprudência estrangeira nas decisões nacionais com o intuito de, com o olhar para a experiência de outros países, encontrar as melhores condições para concretizar o referido documento normativo.⁵⁵¹

Trata-se, portanto, de uma tendência mundial, que não obstante esteja ocorrendo em ritmos diversos, com causas e consequências também bastante diferentes em cada um dos países, não tem deixado de ser uma constante no processo de tomada de decisões constitucionais, especialmente naquelas que envolvem a concretização de direitos fundamentais.

Que o processo de interpretação constitucional é dinâmico e complexo não há maiores divergências, mas ainda há muitas questões que merecem a devida reflexão e debate quando se está a tratar dos diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais. Dentre elas, por exemplo, onde e há quanto tempo tal fenômeno tem ocorrido? Quais os critérios para a adesão ou rejeição de tal procedimento no processo de fundamentação das decisões constitucionais sobre direitos fundamentais? E qual a legitimidade dos magistrados engajados com a jurisdição constitucional para usarem referências a precedentes estrangeiros como fundamentos de decidir nos casos que lhe são apresentados em cortes domésticas?⁵⁵²

O fim da Segunda Guerra Mundial é marco histórico de indiscutível importância para a temática da proteção de direitos humanos e fundamentais. Desde 1945, tem sido crescente a adoção de legislação específica, seja no plano do direito material, seja no plano do direito

⁵⁵⁰ Sobre as implicações teóricas do modelo de Estado Constitucional e Cooperativo de Direito é recomendável a leitura do primeiro capítulo da presente tese. Sob a influência teórica de Peter Häberle, em confronto com a experiência européia e norte-americana de Estado de Direito, o modelo sugerido pode ser também chamado de Estado de Direitos Humanos e Fundamentais, o qual sem quebrar com o paradigma de Estado consolidado desde o século XVIII, propõe-se muito mais comprometido com a concretização dos direitos humanos e fundamentais, ou seja, com a eficácia dos direitos do homem tanto no plano interno - dos Estados Nacionais - quanto no plano internacional - das novas formas organizacionais e institucionais onde os homens têm mantido relações de todas as ordens.

⁵⁵¹ MCCRUDDEN, Christopher. A common law of human rights? transnational judicial conversations on constitutional rights, in *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 20, n. 4, p. 499-532, 2000, p. 499.

⁵⁵² Estas perguntas, classificadas por Christopher McCrudden, como empíricas, jurisprudenciais e normativas, foram feitas no ano 2000, e seus resultados expostos em artigo científico. Cfr: MCCRUDDEN, Christopher. A common law of human rights? Transnational judicial conversations on constitutional rights, in *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 20, n. 4, p. 499-532, 2000.

processual, voltada para o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais. Também é notória a aplicação, cada vez mais explícita, das regras costumeiras internacionais sobre direitos humanos pelas cortes domésticas quando estão a concretizar os direitos fundamentais protegidos em suas Cartas Magnas. Por fim, é também digno de registro a disposição cada vez mais crescente de incorporação dos tratados internacionais ou regionais de direitos humanos pelo direito interno.⁵⁵³

Todos estes indícios estão a sugerir uma maior aproximação dos magistrados que atuam nas Cortes Supremas e Constitucionais dos diversos países com a jurisprudência internacional e estrangeira sobre direitos humanos e fundamentais. Isso, entretanto, não diminui a complexidade do processo de concretização desses direitos pelas Cortes domésticas, uma vez que se trata de uma seara interpretativa que envolve elementos jurídicos, políticos, históricos, econômicos, sociológicos e antropológicos.

O pensamento voltado para os direitos humanos e fundamentais consolida-se como um dos aspectos mais relevantes do Estado Constitucional Cooperativo, um modelo que consolida nas últimas décadas e projeta suas consequências para o século XXI, fazendo com que o fenômeno dos empréstimos, transplantes, fertilizações cruzadas, dentre outros, revele-se naturalmente como o único modo de lidar com o alto nível de complexidade exigido para a concretização dos direitos fundamentais.

Para Christopher McCrudden, os empréstimos e transplantes, já tornado um lugar comum para os estudiosos do tema em âmbito mundial, ocorrem em múltiplas direções: do internacional para o nacional; do nacional para o internacional; de jurisdições nacionais para jurisdições nacionais entre si. Anota, inclusive, que há interferência direta das Cartas de Direitos de um país para o outro, não sendo tal constatação obra do acaso ou da coincidência.⁵⁵⁴

A semelhança entre as Cartas advem de uma origem comum entre todas elas, destacando-se a Declaração Universal de Direitos Humanos, a Convenção Europeia de Direitos Humanos e também, mais recentemente, a Convenção Internacional em Direitos

⁵⁵³ MCCRUDDEN, Christopher. A common law of human rights? transnational judicial conversations on constitutional rights, in *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 20, n. 4, p. 499-532, 2000, p. 500.

⁵⁵⁴ Nesse sentido afirma: "At the level of constitutional human rights protection, Bill of Rights provisions in one country increasingly affect the drafting of equivalent provisions in other countries." MCCRUDDEN, Christopher. A common law of human rights? transnational judicial conversations on constitutional rights, in *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 20, n. 4, p. 499-532, 2000, p. 501.

Civis e Políticos como fontes comuns. Mas também ocorrem os chamados empréstimos, em relações bilaterais entre países, os quais por razões diversas associam-se e se influenciam na construção de catálogos de direitos fundamentais. Os veículos mais usados para conduzir os processos de empréstimos constitucionais, nesse contexto, são os acadêmicos, pesquisadores políticos, políticos, comissões de reformas legislativas e grupos de pressão especializados.

Trata-se de um processo complexo⁵⁵⁵, mas que permite identificar singular influência de um país sobre outro, no que diz respeito aos respectivos catálogos de direitos fundamentais⁵⁵⁶, que traduz, na verdade, a disponibilidade e abertura para a formação de uma rede mundial de interlocutores judiciais, a qual, iniciada na última década do século passado, já projeta suas consequências e o produto de suas interrelações para as primeiras décadas do século XXI.

No entanto, não obstante a inegável presença do fenômeno nas decisões sobre direitos fundamentais de diversos países, ainda há muita dúvida acerca dos critérios que motivam uma determinada Corte ou Magistrado a escolher, ou rejeitar, a referência a precedentes estrangeiros para fundamentar suas decisões sobre direitos fundamentais. E se a opção for pela utilização dos precedentes estrangeiros, por que um ou alguns foram os eleitos para determinados casos?

Há mais de uma década, a doutrina especializada sobre o tema⁵⁵⁷ vem denunciando a falta de dados e critérios objetivos que permitam rastrear os fenômenos dos diálogos judiciais transnacionais como prática inserida no contexto da hermenêutica constitucional, especialmente aquela voltada para a concretização de direitos fundamentais. Essa é uma das

⁵⁵⁵ Sobre isso anota McCrudden: *"But constitutional provisions also often derive from another domestic constitutional provisions, in particular de USA. India borrowed from Ireland. Hong Kong borrowed from Canada. South Africa borrowed from Germany, which had borrowed previously from the USA. The new constitutions of eastern and central Europe after the collapse of the Soviet Union were heavily influenced by comparative study of the constitutions of western Europe and North America. So too, domestic legislation in certain areas of human rights has tended to be heavily influenced by legislative approaches in other jurisdictions."* MCCRUDDEN, Christopher. A common law of human rights? transnational judicial conversations on constitutional rights, in *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 20, n. 4, p. 499-532, 2000, p. 501.

⁵⁵⁶ MCCRUDDEN, Christopher. A common law of human rights? transnational judicial conversations on constitutional rights, in *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 20, n. 4, p. 499-532, 2000, p. 501.

⁵⁵⁷ Por todos vide: ÖRÜCÜ, Esin. Critical comparative law: considering paradoxes for legal systems in transition, in *Electronic Journal of Comparative Law*, v. 4.1, 2000. Disponível em: <http://www.ejcl.org/41/abs41-1.html> Acessado em: fevereiro de 2013; ROSENKRANTZ, Carlos F. Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law, in *International Journal of Constitutional Law*, v. 1, n. 2, p. 269-295, 2003; SITARAMAN, Ganesh. The use and abuse of foreign law in constitutional interpretation, in *Harvard Law Journal of Law & Public Policy*, v. 32, n. 02, p. 653-693, 2009. Disponível em: www.harvard-jlpp.com/wp.../sitaraman_final.pdf - Acessado em: fevereiro de 2013.

críticas mais recorrentes e mais consistentes quando se está a estudar o fenômeno⁵⁵⁸.

Não se pode olvidar que esta crítica, muito embora dirigida contra a utilização de precedentes estrangeiros como fundamentos de decisões domésticas, tem outro destinatário: o processo de tomada de decisões constitucionais, especialmente aquelas que concretizam direitos fundamentais. A busca por critérios mais objetivos que possam de alguma forma tornar mais rastreável e controlável o processo de construção de direitos fundamentais por meio de decisões das jurisdições constitucionais é uma constante desde que as Cortes Constitucionais e/ou Supremas ao redor do mundo passaram a fazer parte das agendas políticas dos diversos países, principalmente das antigas e novas democracias ocidentais.

O fato de as referências a precedentes estrangeiros aumentarem a complexidade de um processo que jamais se desenvolveu seguindo uma lógica racionalizadora⁵⁵⁹, a qual pudesse torná-lo mais previsível e controlável, potencializou a insegurança jurídica e fomentou os debates acerca da legitimidade dos magistrados para serem interlocutores ativos - e não apenas participantes eventuais - da arena política internacional⁵⁶⁰.

Isso tem menos relação com as referências a precedentes estrangeiros em si, do que com a liberdade dos magistrados constitucionais para exporem suas opiniões e fundamentos de decidir, utilizando o material que entenderem mais apropriados. Não obstante, reaproxima o tema dos diálogos judiciais transnacionais do processo de concretização dos direitos fundamentais, o que interessa particularmente ao presente estudo.

O uso de precedentes de cortes domésticas transnacionalmente chama a atenção para a influência direta que pode ser exercida - ou suportada - pelas diversas cortes constitucionais e/ou supremas diante de casos que lhe são postos para decisão e que exigem, de forma direta

⁵⁵⁸ Pertinentes as anotações de Christopher McCrudden nesse sentido: *"But there has also been a persistent undercurrent of scepticism about this trend, and the emergence of a growing debate about its appropriateness in, for example, Israel, Singapore, South Africa, and the USA. There are concerns increasingly voiced by academic commentators such as that substantial 'cherry picking' of which jurisdictions to cite occurs, and that those jurisdictions chosen will be those which are likely to support the conclusion sought, leading to arbitrary decision-making, not legitimate judging."* MCCRUDDEN, Christopher. A common law of human rights? transnational judicial conversations on constitutional rights, in *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 20, n. 4, p. 499-532, 2000, p. 507.

⁵⁵⁹ Aqui são pertinentes as reflexões que fiz acerca das especificidades da hermenêutica especificamente destinada à concretização de direitos fundamentais, por ocasião da pesquisa que me conduziu ao título de Mestre em Direito Público e do Estado pela Universidade de Brasília: SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Hermenêutica de direitos fundamentais*. Brasília : Brasília Jurídica, 2005.

⁵⁶⁰ O debate sobre ativismo judicial, muito embora seja encantador, não pode ser desenvolvido no âmbito do presente trabalho. Sobre o tema, ainda que por meio de abordagem não direta, mas que guarda valiosa relação com o objeto do presente estudo, vide: VIEIRA, José Ribas (org.). *Teoria constitucional norte-americana contemporânea*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011.

ou indireta, a concretização de direitos fundamentais. Essas influências de umas cortes em relações às outras, bem como o grau de importância que umas reputam às outras, não estão mapeados, nem quantitativa, nem qualitativamente.

No entanto, aumenta o interesse acadêmico pelas pesquisas quantitativas e qualitativas sobre o tema⁵⁶¹, levando a um crescente conjunto de informações e dados que podem, daqui a alguns anos, oferecer planilhas de conclusões acerca do fenômeno dos diálogos judiciais transnacionais. Há associações que fomentam os estudos e pesquisas sobre o tema, oferecendo apoio para o seu fortalecimento.⁵⁶²

De todo modo, muitas são as razões que se apresentam para justificar a escolha das Cortes em envolverem-se nos diálogos judiciais transnacionais. Em primeiro lugar, há o sentido de justiça, ou seja, de que problemas semelhantes devem receber soluções semelhantes e que, pelo fato de o mundo estar cada vez mais interconectado, os cidadãos projetam seus sentidos de justiça para além das suas próprias fronteiras de cidadania. Outro

⁵⁶¹ Durante toda a primeira década do século XXI diversos eventos acadêmicos fomentaram tais pesquisas. Em 2012, duas conferências chamaram atenção para o tema: a Conferência de Viena/Austria e a Conferência de Melbourne/Austrália. Na Universidade de Viena, em abril de 2012, a conferência versou sobre o seguinte tema: "Transnational Judicial Dialogue of Domestic Courts on International Organizations". Conforme explicações do próprio sítio da conferência: "The conference is part of an international collaborative research effort under the European Science Foundation sponsored project ***International law through the national prism: the impact of judicial dialogue***". Disponível em: <http://ilac.univie.ac.at/en/2012-conference/> Acessado em: fevereiro de 2013. Para 2013 está programada a Conferência de Oslo, que ocorrerá no mês de junho, como sequência à Conferência de Viena de 2012, cujo tema será: 'Transnational Judicial Dialogue: Concept, Method, Extent and Effects'. A discussão enfocará tanto questões teóricas - como conceito e extensão dos diálogos judiciais transnacionais -, quanto questões metodológicas - como o método e procedimento por meio dos quais tais diálogos ocorrem. Por fim, também serão estimulados os debates sobre questões empíricas - tais como os objetivos e consequências dos diálogos judiciais transnacionais. Disponível em: <http://acil.uva.nl/news/content/2012/09/call-for-papers-oslo-conference.html> Acessado em: dezembro de 2012. Em pesquisa na rede mundial de computadores, percebe-se que começam a surgir as pesquisas aplicadas sobre os diálogos judiciais transnacionais sobre temas específicos, como por exemplo: LAMBERT, Helene. Transnational judicial dialogue, harmonization and the common european asylum, in *International & Comparative Law Quarterly*, v. 58, p. 519-543, 2009. Disponível em: http://www.academia.edu/174436/Transnational_Judicial_Dialogue_Harmonization_and_the_Common_European_Asylum_System Acessado em: fevereiro de 2013.

⁵⁶² Um dos exemplos notórios encontra-se na Associação Americana de Direito Internacional (ASIL - American Society of International Law) que declara apoio explícito aos diálogos: "Through formal and informal networks, judges from jurisdictions and courts around the world are engaged in a transnational dialogue on strengthening international judicial cooperation, improving the coherence of international and national law, and advancing the rule of law and respect for human dignity on a global scale. The growth and expansion of this dialogue over time has facilitated the development of shared professional values, promoted the use of best practices for ensuring judicial independence, accountability, and efficiency, and given rise to international norms such as those found in the Bangalore Principles on Judicial Conduct. As part of its judicial education efforts, ASIL facilitates transnational judicial dialogue on current challenges facing judges and judiciaries through conferences, study tours, exchanges, and other programmatic activity and resources." Disponível em: www.asil.org/transnational-judicial-dialogue.cfm Acessado em: dezembro de 2012.

elemento também persuasivo é a disponibilidade da informação e o prestígio das Cortes estrangeiras, o que gera uma opinião pública mundial, ainda que especializada, sobre determinados assuntos, compelindo à comparação.

Não há a possibilidade de afirmar-se que há fatores prevalescentes, mais ou menos persuasivos nessa seara. O que se sabe é que existe um crescente interesse pelos métodos e pelos objetivos, causas e consequências do fenômeno dos diálogos judiciais transnacionais. Isso já é suficiente para justificar o presente trabalho e impulsionar a pesquisa sobre a realidade de tais diálogos na experiência brasileira, bem como as tendências mundiais no que tange às parcerias e cooperações constitucionais em matéria de direitos fundamentais.

2.4. Comunidade global de Cortes Constitucionais?

2.4.1. Intróito

Anne-Marie Slaughter propõe, em um texto de 2003⁵⁶³, a utilização da expressão litigância transnacional para enfatizar a prática de disputas que incluem tanto aquelas estabelecidas entre Estados Nacionais entre si (disputas as quais, ainda que de forma indireta, também discutem direitos individuais), quanto aquelas entre indivíduos e estados e entre indivíduos de nacionalidades diversas. Anota que disputas que antes somente poderiam ser levadas a cortes domésticas ganham também a possibilidade de serem discutidas em tribunais internacionais ou tribunais arbitrais, de forma paralela ou sequencial.⁵⁶⁴

A proposta de uma comunidade global de Cortes estava fundada na perspectiva universalista das comunidades internacionais do início do século XXI, que estavam de um lado impulsionadas pelos textos de vanguarda que viam com grande entusiasmo os rumos tomados pelo método comparativo no final do século passado⁵⁶⁵, e de outro lado já envolvidos

⁵⁶³SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts, in *Harvard International Law Journal*, v. 44, p. 191-219, 2003. Disponível em: <http://www.princeton.edu/~slaught/articles.html>. acessado em outubro/2012.

⁵⁶⁴SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts, in *Harvard International Law Journal*, v. 44, p. 191-219, 2003, p. 192. Disponível em: <http://www.princeton.edu/~slaught/articles.html>. acessado em outubro/2012.

⁵⁶⁵Dentre eles destacam-se: ACKERMAN, Bruce. The rise of world constitutionalism, in *Virginia Law Review*, v. 83, n. 4, p. 771-797, 1997; L'HEUREUX-DUBÉ, Claire. The importance of dialogue: globalization and the international impact of the Rehnquist Court, in *Tulsa Law Journal*, v. 34, n. 15, p. 15-ss, 1998; FLETCHER, George P. Comparative law as a subversive discipline, in *The American Journal of Comparative Law*, v. 46, n. 4, p. 683-700, 1998; CHOUDHRY, Sujit. Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitutional interpretation, in *Indiana Law Journal*, v. 74, n. 3, p. 819-948, 1999; KOKKOT, Juliane. From reception and transplantation to convergence of constitutional models in the age of globalization, in STARCK,

com a busca por soluções reguladoras exigidas no contexto dos episódios que se seguiram ao ataque sofrido pelos Estados Unidos da América, em 11 de setembro de 2001.

Há quem afirme que o termo diplomacia judicial, que envolve relações e procedimentos comuns de interação entre cortes domésticas e estrangeiras, bem como entre cortes domésticas e cortes internacionais, também pode significar ações e interações com intuito de integração entre as instituições responsáveis pelo exercício do poder judiciário.⁵⁶⁶

Nessa perspectiva, a diplomacia judicial promoveria o diálogo entre juízes e também o intercâmbio de ideias entre eles, fomentando a consolidação de uma rede de informações e dados relevantes e disponíveis para o fortalecimento da integração entre os países.⁵⁶⁷

Não há dúvidas de que a troca de informações e o intercâmbio de entendimentos judiciais sobre determinados assuntos conduzem a um contínuo diálogo que se apresenta promissor tanto no campo da atuação cada vez mais crescente das cortes internacionais, quanto na atuação cooperativa entre tais cortes e as cortes domésticas e/ou na perspectiva das interações das cortes domésticas entre si.

Porém, como anotado por Leandro Despouy⁵⁶⁸, é de ter em mente que muitos países

Christian (org.) *Constitutionalism, universalism and democracy: a comparative analysis*. Baden-Badens: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 71-134; TUSHNET, Mark V. *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, in *The Yale Law Journal*, vol. 108, n. 6, ano: 1999, p. 1225-1310; MCCRUDDEN, Christopher. A common law of human rights? transnational judicial conversations on constitutional rights, in *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 20, n. 4, p. 499-532, 2000; GROVE, Tara Leigh. The international judicial dialogue: when domestic Constitutional Courts join the conversation, in *Faculty Publications*, paper nº 1226, 2001. Disponível em: <http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/1226> Acessado em fevereiro de 2013; JACKSON, V.; TUSHNET, M. (org.). *Defining the field of comparative constitutional law*. Westport: Fraeger, 2002.

⁵⁶⁶Nesse sentido cfr: OLIVEIRA, Maria Ângela Jardim de Santa Cruz. Judicial diplomacy: the role of the Supreme Courts in Mercosur legal integration, in *Harvard International Law Journal*, v. 48, 2007, p. 93-94. Disponível em: <http://www.harvardilj.org/online/114>; acessado em novembro/2012.

⁵⁶⁷Revela-se notório o avanço, principalmente na segunda metade da última década, dos bancos de dados em que são depositados os precedentes judiciais dos países para facilitar o acesso às informações sobre julgamentos e possibilidade de intercâmbio acerca dos mais diversos entendimentos de cortes domésticas e internacionais. Para citar três bons exemplos tem-se: a) o portal internacional do Supremo Tribunal Federal que possui um banco de dados especializado na jurisprudência constitucional de maior relevância do Mercosul (<http://www.cortesmercotel.jus.br/forum/cms/verTexto.asp?pagina=jurisprudenciaMercotel>); b) também a Comissão Europeia para a Democracia através do Direito, conhecida como Comissão de Veneza, que mantém um banco de dados chamado CODICES, com resumos de casos importantes das Cortes Supremas e Constitucionais dos diversos países membros (<http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm>); c) por fim, já estão disponíveis bancos de dados privados, com acesso mediante assinatura, os quais tem por escopo manter atualizadas as informações concernentes o direito internacional público referentes a cortes internacionais, cortes domésticas e também os tribunais ad hoc, como por exemplo o Oxford Reports on International Law – ORIL (<http://www.oxfordlawreports.com/>).

⁵⁶⁸Ele é um Relator Especial das Nações Unidas para assuntos referentes à independência dos juízes e advogados.

ainda carecem de uma apropriada educação jurídica e cidadã, faltando-lhes também treinamento e experiência no trato de questões complexas da hermenêutica cooperativa e dialógica.

É natural a conclusão de que não existe fórmula mágica nem uma única receita para tal desafio, uma vez que há imensa diversidade de sistemas normativos e culturais ao redor do mundo, e que a resistência encontrada em alguns países emergentes justifica-se no receio de que essa cooperação e diálogo se traduzam numa nova fórmula de colonização disfarçada de intercâmbio de decisões e normas estrangeiras⁵⁶⁹.

Ao mesmo tempo que adverte, é também Leandro Despouy quem encoraja os esforços no sentido do diálogo e cooperação judiciais, afirmando que mesmo nos países em que a complexidade de lidar com o direito contemporâneo, com o direito religioso e com as normas tribais ou de tradição histórica e cultural torna o processo mais difícil o diálogo com respeito é um caminho com grandes possibilidades de sucesso.⁵⁷⁰

O importante a destacar é que, independentemente da nomenclatura, o fenômeno observado pelos acadêmicos e profissionais envolvidos com o tema evidencia a participação cada vez mais explícita dos magistrados e suas equipes no processo de intercâmbio e trocas dialógicas. Seja no campo das decisões judiciais, das práticas administrativas ou dos princípios e teorias jurídicas, há um crescente envolvimento dos sujeitos que movimentam as instituições – sejam os próprios magistrados, seus assessores ou mesmo os servidores das mais diversas áreas administrativas – para o diálogo jurisdicional.

Anne-Marie Slaughter já atentava para tal fenômeno no início da década passada⁵⁷¹, consignando que um dos resultados mais evidentes da comunidade global de Cortes seria a participação dos magistrados, os quais passaram a perceber seus colegas – magistrados de outras nações ou de outras jurisdições – não apenas como servidores e representantes de um governo em particular, mas como parceiros profissionais para o enfrentamento de problemas

⁵⁶⁹ DESPOUY, Leandro O. Perspectives on Judicial Dialogue and Cooperation: Keynote Address, in *Harvard International Law Journal*, v. 48, p. 49-53, 2007, p. 53. Disponível em: <http://www.harvardilj.org/online/107>; acessado em novembro/2012.

⁵⁷⁰ Nesse sentido afirma: “*I am convinced that such dialogue, with all its limits and difficulties, should be prompted and developed.*” Cfr: DESPOUY, Leandro O. Perspectives on Judicial Dialogue and Cooperation: Keynote Address, in *Harvard International Law Journal*, v. 48, p. 49-53, 2007, p. 53. Disponível em: <http://www.harvardilj.org/online/107>; acessado em novembro/2012.

⁵⁷¹ Para não ser leviana com a história, antes dela merece destaque o artigo de 1998 de L'HEUREUX-DUBÉ, Claire. The importance of dialogue: globalization and the international impact of the Rehnquist Court, in *Tulsa Law Journal*, v. 34, n. 15, p. 15-ss, 1998.

que transcendem as próprias fronteiras.⁵⁷²

2.4.2. Cooperação interinstitucional entre cortes supremas e constitucionais

Basta uma pesquisa rápida na rede mundial de computadores para perceber que há uma vasta quantidade de informações disponibilizadas em diversos portais acerca da jurisprudência e da estrutura institucional das cortes supremas e constitucionais do mundo. A abertura para o mundo virtual já é uma realidade sensível das instituições que são responsáveis pelas decisões judiciais constitucionais dos diversos países.

No entanto, se a presença na rede é uma constante, encontrando-se bem sedimentada, a disponibilidade para a cooperação internacional ainda está em seu processo inicial. Muitas Cortes Supremas e Constitucionais não aderiram ainda à prática de disponibilizar um espaço para o visitante virtual estrangeiro, o que implica necessariamente disponibilizar informações em mais de uma língua, além daquela oficial do próprio país. Também a organização das informações de forma que seja mais fácil para o visitante virtual de outro país entender o trabalho da corte, seja no seu aspecto administrativo, seja no seu aspecto judicial.

A falta de portais internacionais apenas indica a tendência mais fechada de uma Corte à cooperação interinstitucional, pois tal cooperação implica necessariamente uma política institucional de cada órgão voltada à abertura para o diálogo com os interlocutores de outros países e outras organizações internacionais. Isso tende a ocorrer, pelo menos em um primeiro momento, por meio do contato virtual com a página institucional disponibilizada na rede mundial de computadores.

Também a participação em conferências e fóruns internacionais pode ser um indicativo da abertura para o diálogo com seus parceiros e instituições equivalentes estrangeiras. Existem diversas comunidades internacionais que acolhem as expectativas de diálogo e cooperação entre as Cortes Supremas e Constitucionais.

Talvez seja importante lembrar que são os próprios elementos do Estado constitucional que indicam o modelo de cooperação internacional, tendo em vista que as fórmulas pelo meio das quais são concretizadas as ideias de democracias, qual seja, a independência da jurisdição, principalmente,

⁵⁷²Vale a anotação literal da autora: “*Over time, whether they sit on national supreme or constitutional court or on an international court or tribunal, they are increasingly coming to recognize each other as participants in a common judicial enterprise.*” SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts, in *Harvard International Law Journal*, v. 44, p. 191-219, 2003, p. 193. Disponível em: <http://www.princeton.edu/~slaughtr/articles.html>. acessado em outubro/2012.

da jurisdição constitucional, bem como os mecanismos de proteção interna e externa dos direitos humanos, apresentam-se decisivos para a consagração do modelo de cooperação entre os Estados⁵⁷³.

Por modelo de cooperação entenda-se também a tendência de seus membros de poder de participarem de reuniões em que os Estados constitucionais como modelos fechados e soberanos se abrem para o contato com suas características constitucionais em confronto com as demais instituições de mesma natureza. A abertura ao diálogo entre as nações seria o elemento mais importante indicativo de uma nova tendência e modelo de Estado constitucional chamado cooperativo, modelo no qual ganha relevância a atividade diplomática.

A diplomacia pode ser definida como a construção de pontes entre os povos e suas respectivas culturas. Nesse contexto, o conhecimento das estruturas jurídico-políticas fundamentais, dos princípios e fins de um Estado parecem constituir elemento incontornável do cotidiano. Peter Häberle compreende a Constituição como a forma de auto-compreensão e auto-representação de um povo que reflete o seu legado cultural e compila suas aspirações e suas utopias⁵⁷⁴.

A concepção de constituição como cultura é a de que o ordenamento jurídico e constitucional não existe apenas para os juristas, devendo as normas constitucionais serem interpretadas de acordo pela comunidade de cidadãos e cidadãs a partir de parâmetros culturais subjacentes. A constituição, assim, apresenta-se como algo muito mais complexo do que um conjunto de regras normativas, sendo a expressão de um estado de desenvolvimento cultural, meio da autorepresentação cultural de um povo, espelho da sua herança cultural e fundamento de novas esperanças.

Constituições reais e vividas constituem obra coletiva de toda a sociedade aberta, apresentando-se como a expressão da cultura, verdadeira moldura para a produção, recepção e reprodução da memória, de informações, das experiências, vivências e sabedorias culturais transmitidas pela tradição⁵⁷⁵. Para que esses fluxos constitucionais ocorram é necessário um ambiente propício à migração das ideias constitucionais.

E, nesse contexto, também magistrados e suas equipes devem estar engajados em uma atividade que vem ganhando relevo nos últimos tempos: a diplomacia judicial⁵⁷⁶, entendida não como

⁵⁷³ Cfr. nesse sentido: HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*, trad. Hector Fix-Fierro. México : Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 69.

⁵⁷⁴ Cfr: HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Trad. Emilia Mikunda. Madrid : Tecnos, 2000, p. 34-36.

⁵⁷⁵ Cfr: HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Trad. Emilia Mikunda. Madrid : Tecnos, 2000, p. 61-62.

⁵⁷⁶ Sobre este tema alguns trabalhos merecem destaque: SUTO, Ryan. *Judicial Diplomacy: The International Impact of the Supreme Court*, JURIST - Dateline, July 15, 2011. Disponível em: <http://jurist.org/dateline/2011/07/ryan-suto-judicial-diplomacy.php>. Acessado em: fevereiro de 2013; SCHEECK, Laurent. *Constitutional activism and fundamental rights in Europe: common interests through transnational socialisation*. Disponível em: www.polilexes.com/.../constitutional_activism.pd... Acessado em:

atividade substitutiva à política externa definida e implementada pelos Poderes Executivos, mas como as interações e relações entre cortes domésticas e estrangeiras tendo em vista aprimorar a prestação jurisdicional diante das novas realidades criadas a partir da crescente interdependência entre as nações⁵⁷⁷.

Como forma de solidificar os esforços de cooperação os programas de intercâmbio devem ser intensificados e seus escopos devem ser bem definidos, como, por exemplo a cooperação no campo da formação continuada à distância, com o aproveitamento de recursos das tecnologias de teleconferência e da internet; a divulgação de trabalhos e materiais de interesse dos profissionais da área em todos os países envolvidos com o projeto de cooperação; a formação de bancos de dados comuns, repositórios da jurisprudência de cada uma das Cortes; e, por fim, a preparação de fóruns e conferências virtuais e presenciais para fomentar os debates sobre temas de interesses comuns.

Também os grupos transnacionais que reúnem representantes das Cortes Supremas e Cortes do mundo todo são relevantes nesse processo. Destaque merece a Comissão de Veneza, criada em 1990, sob o nome de Comissão Européia para a Democracia através do Direito. Inicialmente, a Comissão de Veneza agregava 18 países membros do Conselho da Europa, mas com os anos outros países foram agregando, até que em 2002 abriu-se a possibilidade de participação de países não-europeus.⁵⁷⁸

Atualmente, a Comissão de Veneza é composta de 57 membros, dos quais apenas 10 não fazem parte do Conselho da Europa⁵⁷⁹. O Brasil está entre estes países, tendo ingressado como observador no ano de 2008, e se tornado membro em 2009⁵⁸⁰. Desde então, os Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Cezar Peluso são os representantes do Brasil na Comissão de Veneza e o Supremo Tribunal Federal tem apoiado a participação brasileira nesse importante foro internacional de discussões⁵⁸¹.

fevereiro de 2013. OLIVEIRA, Maria Ângela Jardim de Santa Cruz. Judicial Diplomacy: The Role of the Supreme Courts in Mercosur Legal Integration, in *Harvard International Law Journal*, v. 48, p. 93-100, 2007.

⁵⁷⁷ Esta definição encontra-se na página do Supremo Tribunal Federal do Brasil, em nota que explica os detalhes do VIII Encontro de Cortes Supremas do Mercosul, em 24/11/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=166779>. Acessado em: fevereiro de 2013.

⁵⁷⁸ Estas informações podem ser encontradas no sítio da própria Comissão de Veneza: www.venice.coe.int/site/main/Presentation_E.asp

⁵⁷⁹ São eles: Argélia, Brasil, Chile, Israel, República da Coréia, Quirguistão, México, Marrocos, Peru, Tunísia.

⁵⁸⁰ Em artigo informativo sobre o tema afirmei que "Nos primeiros anos, a Comissão de Veneza se restringiu aos países europeus, havendo até mesmo um enfoque para as questões da Europa Central e Oriental. Todavia desde 2002 os objetivos foram expandidos com o ingresso de países fora desse bloco Europeu." Cfr: SILVA, Christine Oliveira Peter da. Vinte anos da Comissão de Veneza: a cooperação judiciária na experiência européia de democracia através do Direito, in *Observatório da Jurisdição Constitucional*, ano 4, 2010-2011. Disponível em: www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/issue/.../3... Acessado em: novembro de 2012.

⁵⁸¹ De acordo com o art. 2º do seu Estatuto, a Comissão de Veneza é composta por especialistas que tenham conquistado notório reconhecimento pelo seu trabalho em instituições democráticas ou pela sua contribuição para o aprimoramento do Direito e da Ciência Política de seu país. Em geral, os membros da Comissão de Veneza são acadêmicos experientes, principalmente das áreas de Direito Constitucional e Direito Internacional,

Nos primeiros anos, a Comissão de Veneza se restringiu aos países europeus, havendo até mesmo um enfoque para as questões da Europa Central e Oriental. Todavia desde 2002 os objetivos foram expandidos com o ingresso de países fora desse bloco Europeu.⁵⁸², deixando de ser um instrumento de ajuda internacional para assuntos constitucionais de urgência, para aqueles países europeus cujos contextos fossem de transição democrática⁵⁸³.

A Comissão de Veneza tal como tem funcionado nos últimos anos revela como um de seus objetivos principais a tarefa de reunir informações sobre os sistemas jurídicos dos seus membros, em busca da compreensão das culturas jurídicas formadas, com o intento de examinar os problemas comuns sobre funcionamento das instituições democráticas, bem como opinar quando solicitada⁵⁸⁴.

Nesse sentido, a atuação da Comissão de Veneza passou a ser guiada por princípios constitucionais relacionados a direitos humanos individuais e políticos necessários à manutenção do Estado de Direito, como pilar essencial para a consolidação da Democracia⁵⁸⁵.

Registre-se que a adesão do Brasil à Comissão de Veneza foi impulsionada pelo Supremo Tribunal Federal, órgão que teve seus laços estreitados com esta Comissão através da cooperação judiciária mantida no âmbito da Conferência Ibero-Americana de Justiça Constitucional⁵⁸⁶, da qual o Supremo Tribunal é membro fundador.

magistrados de Cortes Supremas e/ou Constitucionais ou membros de Parlamentos. Eles atuam e se responsabilizam pelas suas opiniões perante a Comissão de Veneza e são indicados, pelos países-membros, para mandatos de 4 anos. Cfr. www.venice.coe.int/site/main/Presentation_E.asp Acessado em 12/10/2010.

⁵⁸² Registre-se que, atualmente, são três as principais diretrizes para a atuação da Comissão de Veneza: a) promover assessoramento e assistência quando requerida; b) emitir opiniões e pareceres sobre as questões (transnacionais) que lhe são submetidas; c) providenciar treinamentos aos órgãos oficiais de governo, seminários e oficinas sobre temas de interesse geral ou particular dos Estados-membros; d) manter centro de documentação sobre matérias constitucionais e banco de dados sobre jurisprudência constitucional. Nesse sentido: [JOWELL, Jeffrey. *The Venice Commission - Disseminating Democracy through Law*, Public Law 2001, p. 675.](#) Disponível em: www.venice.coe.int/site/articles/articles.asp Acessado em 12/10/2010.

⁵⁸³ Nesse sentido afirma: BARTOLE, Sergio, Final Remarks: The Role of the Venice Commission, in: *Review of Central and East European Law* 26 (2000), 351 e ss.

⁵⁸⁴ Essa é uma observação que fiz em: Vinte anos da Comissão de Veneza: a cooperação judiciária na experiência europeia de democracia através do Direito, in *Observatório da Jurisdição Constitucional*, ano 4, 2010-2011. Disponível em: www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/issue/.../3... Acessado em: novembro de 2012.

⁵⁸⁵ [JOWELL, Jeffrey. *The Venice Commission - Disseminating Democracy through Law*, Public Law 2001, p. 675.](#) Disponível em: www.venice.coe.int/site/articles/articles.asp Acessado em 12/10/2010.

⁵⁸⁶ Conferência Iberoamericana de Justiça Constitucional integra no seu seio todos os Tribunais, Cortes e Salas a quem incumbe realizar a justiça constitucional nos países de língua espanhola e portuguesa da América e da Europa. Com base em experiências e reuniões anteriores (Conferências de Lisboa – 1995; Madrid – 1998 e Guatemala – 1999), a Conferência institucionalizou-se em Sevilha em Outubro de 2005. O objeto da Conferência é o de servir como foro e fonte de intercâmbio de experiências e informação, com a finalidade de reforçar os sistemas constitucionais mediante a reafirmação de postulados partilhados dando uma melhor resposta às crescentes exigências dos cidadãos de diferentes países no âmbito da justiça constitucional. Para tanto, desenvolvem-se diversas atuações de âmbito multilateral, apoiando também as que possam levar-se a cabo a nível bilateral ou regional, favorecendo, assim, as relações com outros tribunais, organismos e instituições nacionais, internacionais e supranacionais. Cfr.

A Comissão de Veneza também apóia e organiza Seminários e Congressos em todos os países que assim solicitam, bem como co-organiza as Conferências Mundiais de Justiças Constitucionais, a qual teve a sua segunda edição⁵⁸⁷, no Brasil, em Janeiro de 2011⁵⁸⁸ e tem a terceira edição agendada para Setembro de 2013, em Seoul, na Coreia do Sul.

As experiências dos encontros e conferências são muito relevantes para o processo de cooperação interinstitucional, uma vez que tais reuniões permitem, além de um diálogo pessoal profícuo entre os membros das referidas instituições, também troca de informações e formação de redes para cooperações multilaterais e bilaterais paralelas.

2.5. Transjursfundamentalidade como meio de superação da dogmática constitucional estática

2.5.1. Comparação como dinâmica constitucional

Muitos são os desafios que a concepção do Estado Constitucional cooperativo apresenta, dentre eles, evitar que se concretize a sempre latente possibilidade de que os Estados sejam coagidos por leis impostas de cima para baixo, ou seja, de forma arbitrária pelos países mais poderosos.

Também o desafio de estimular o diálogo entre as instituições e os respectivos ordenamentos, mantendo, porém a uniformidade da aplicação da lei doméstica, para que a existência da cooperação em si não desestruture por completo a possibilidade de existência do ordenamento constitucional interno.

Por fim, o desafio de delimitar o campo da soberania ou da jurisdição doméstica e ao mesmo tempo garantir a vontade da coletividade e dos direitos humanos, garantindo, de um lado, a plena

www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfCooperacaoInternacional&pagina=ConferenciaIberoamericana Acessado em 13/10/2010.

⁵⁸⁷ Sobre a primeira edição da Conferência Mundial de Justiça Constitucional, ocorrida na Cidade do Cabo, África do Sul, em Janeiro de 2009, Cfr: www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfCooperacaoInternacional&pagina=Conferencia_Mundial_de_Justica_Constitucional

⁵⁸⁸ Assim o Ministro Gilmar Mendes anunciou oficialmente aos colegas da Corte e aos demais interessados da Comunidade Jurídica brasileira a confirmação de que a II Conferência Mundial teria sede, no Brasil, em Janeiro de 2011: “*Srs. Ministros, tenho a grata satisfação de comunicar ao Plenário desta Corte que, por ocasião da VII Conferencia Iberoamericana de Justiça Constitucional, ocorrida em Mérida neste mês de abril, foram anunciados formalmente o Brasil como sede e o Supremo Tribunal Federal como anfitrião da II Conferência Mundial sobre Justiça Constitucional, a ocorrer em novembro (sic Janeiro) de 2011. Na Conferência de Mérida, que contou com a participação de representantes de todos os grupos regionais e linguísticos, além da Comissão Européia para a Democracia através do Direito (Comissão de Veneza), a candidatura brasileira foi admitida sem qualquer divergência.*” Gilmar Ferreira Mendes em sessão de 29/04/09.

independência do Estado Nacional e, ao mesmo tempo, provendo as condições para uma ordem internacional sustentável e dinâmica.

A reflexão imposta pelo fenômeno da migração de ideias constitucionais sobre direitos fundamentais entre os diferentes sistemas e cortes constitucionais do mundo inteiro passa pela acomodação da concepção de soberania estatal no marco transnacional de proteção democrática de direitos humanos e da institucionalização de tal proteção.

É preciso superar a visão estática de Estado e Direito para colocar em prática uma visão dinâmica dessas realidades de manifestação do Poder. Isso implica, num primeiro momento, a própria negação de prevalência de uma visão sobre outra quando se está a tratar das possibilidades interpretativas das normas constitucionais.

Dentre os problemas específicos que sempre são abordados, destacam-se as diferentes fórmulas de internalização das normas internacionais protetoras de direitos humanos, o problema da aceitação da jurisdição internacional pela jurisdição nacional, bem como a criação e funcionamento de instituições supranacionais vocacionadas à proteção de direitos humanos e direitos fundamentais.

Igualdade soberana entre os Estados talvez seja a principal premissa das relações estabelecidas no plano internacional. O poder das ideias liberais no contexto do direito internacional já tem conseqüências verificáveis: é assente que a ordem internacional existe para proteger a liberdade e a permitir que sejam atingidos os objetivos dos Estados nacionais. Para evitar que a ordem internacional interfira na soberania dos Estados, recorre-se à teoria dos direitos fundamentais, como um princípio de não interferência e de criação de limites entre as jurisdições domésticas e as internacionais.⁵⁸⁹

A doutrina tradicional geralmente conceitua soberania conectando-a às ideias de independência (soberania externa) e auto-determinação (soberania interna)⁵⁹⁰. Revela-se impossível definir soberania de forma que tal conceito contenha nossa presente percepção da total liberdade do Estado e sua submissão objetiva a regras de restrição a essa liberdade.

Se começarmos por associar a soberania com a liberdade preexistente, temos que também assumir ou que nenhum Estado é livre ou que a ordem internacional não é vinculante. Por outro lado, se entendermos que soberania é um conjunto provisório de direitos, liberdades

⁵⁸⁹ KOSKENNIEMI, Martii. *From apology to utopy: the structure of international legal argument*. Cambridge and New York: Cambridge University Press, 2006, p. 94.

⁵⁹⁰ KOSKENNIEMI, Martii. *From apology to utopy: the structure of international legal argument*. Cambridge and New York: Cambridge University Press, 2006, p. 240.

e competências dados pela ordem jurídica ao Estado, tem-se que aceitar a idéia de que o Estado não é livre para fazer o que não foi especificamente liberado para fazer.⁵⁹¹

Koskenniemi propõe que é preciso pensar que o Estado é livre naquelas áreas em que ele não firmou compromissos, bem como é vinculado naquelas áreas em que os firmou. Dessa forma, o simples argumento da soberania não diz nada sobre a liberdade de um Estado, pois isso depende de outros fatores (dos compromissos firmados)⁵⁹².

Tal constatação reforça a evidente necessidade de uma maior integração entre as Cortes Supremas e Constitucionais, pois, conforme destacam os especialistas no tema, a comparação jurídica de casos constitucionais constitui uma terceira via, ao lado da subsunção e da ponderação, para a interpretação adequada dos direitos fundamentais.

A concretização dos direitos fundamentais realiza-se a partir de metodologias que consideram os fenômenos de transnacionalização, da cooperação e da globalização como pontos de partida para diálogos e discursos jurídicos justificados para além dos ordenamentos jurídicos e constitucionais nacionais.

No que diz respeito aos sistemas transnacionais, as principais ponderações residem no âmbito da complexidade dos sistemas de proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, que contam com organismos nacionais, internacionais e transnacionais. A rede de instituições dialogantes desafia a inteligência organizatória tradicional, pois a democracia passa a ser exigida num ambiente de sistemas formados com base na interdependência e no pluralismo.

Por fim, as reflexões sobre as tensões e interferências entre as jurisdições constitucionais e jurisdições internacionais, do que resulta novas perspectivas para a dogmática do direito processual constitucional. Dentre essas novas perspectivas destacam-se as relações entre controle de constitucionalidade e controle de convencionalidade; entre interpretação conforme a constituição e interpretação conforme os tratados; entre juízo de ponderação (margem de apreciação) e proporcionalidade (tanto no plano interno quanto no plano internacional); entre vinculação direta e vinculação indireta aos precedentes e normas de direito internacional.

Não há como estabelecer aprioristicamente uma visão mais adequada do fenômeno da migração de ideias constitucionais ou de qualquer outra metodologia infalível para suportar os diálogos judiciais transnacionais.

⁵⁹¹ KOSKENNIEMI, Martii. *From apology to utopy: the structure of international legal argument*. Cambridge and New York: Cambridge University Press, 2006, p. 245.

⁵⁹² KOSKENNIEMI, Martii. *From apology to utopy: the structure of international legal argument*. Cambridge and New York: Cambridge University Press, 2006, p. 245.

Assim, apresenta-se cada vez mais evidente a necessidade do fortalecimento da idéia de que a Corte Suprema brasileira deve assumir papel de liderança catalizadora dos processos internos e externos facilitadores das interferências e interdependência entre a jurisdição constitucional brasileira e as jurisdições internacionais e transnacionais; necessidade de um trabalho mais específico no plano da cultura organizacional para institucionalizar o processo de seleção, organização e disponibilização das informações sobre as decisões das instituições congêneres de outros países e transnacionais; formação coletiva de consciência institucional sobre a ampliação estratégica da missão e visão da Corte Suprema Brasileira no âmbito latino-americano e mundial.

2.5.2. Comparação como pedagogia constitucional

Segundo Häberle, a pedagogia constitucional, como metodologia adequada para a formação e informação do sujeito constitucional, é uma conseqüência da teoria da sociedade aberta de intérpretes da Constituição⁵⁹³, tratando-se de uma concepção pedagógica de Constituição, a qual impõe a idéia de que a Constituição não é somente um guia para os juristas e os políticos, mas para todos os cidadãos⁵⁹⁴.

Na verdade, Peter Häberle envida esforços para desenvolver reflexão sobre os fins educacionais para a cidadania constitucional, destacando a importância da formação de sujeitos ativos e educados aptos a concretizarem, em sua máxima eficácia, os comandos constitucionais.⁵⁹⁵

O caminho de maior sucesso para a teoria e a dogmática constitucionais seria a sua densificação no seio cultural, como um processo natural do saber popular, ou seja, como um movimento em que os cidadãos realmente tivessem como ponto referencial de suas ações a própria Constituição e os direitos (fundamentais) constitucionalmente protegidos.

Entretanto, ainda há longo e tortuoso processo para que isso venha a se concretizar nas diferentes comunidades mundiais, e este caminho, talvez pelas opções históricas - talvez pelas opções políticas, ou até mesmo pelas opções sócio-econômicas de nosso país -, poderá jamais ser trilhado. Assim, fica a proposta como uma das alternativas para a consolidação da idéia de que a pedagogia constitucional pode ser a ponte entre o Direito e a realidade social, ponte esta que tanto se almeja em sede de teoria e filosofia constitucional.

⁵⁹³ Teoria que é defendida na obra do Professor alemão Peter Häberle: HABERLE, Peter. **Sociedade aberta de intérpretes da Constituição**, Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Editora Fabris, 1997.

⁵⁹⁴ Cfr. HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*, trad. Hector Fix-Fierro. México : Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 190-191.

⁵⁹⁵ Cfr. “*Los fines de la educación como medios para una ‘pedagogía constitucional’*” encontrado no sumário de sua obra: *El estado constitucional*, trad. Hector Fix-Fierro. México : Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 187-191.

Compreendo que o maior desafio da sociedade aberta dos intérpretes da Constitucional seja a concretização dos diversos âmbitos de proteção em que se desdobra o princípio democrático. Também a promoção de uma ação multidisciplinar que confira significação plena, nos seios social e antropológico, dos comandos enviados pelos direitos fundamentais aos cidadãos de uma comunidade democrática, aberta e participativa.

Como anota Clemerson Cleve, revela-se necessário que as constituições criem possibilidades de identificação para o cidadão do que sejam, em suas vidas, os direitos fundamentais, razão pela qual os fins da educação têm importante tarefa pela frente.⁵⁹⁶

A importância do Supremo Tribunal Federal é indiscutível no contexto do Estado Constitucional. Não temo dizer também que sua missão não se confina às práticas jurisdicionais que o caracterizam como Tribunal da federação entre nós. Há muito mais a ser reinventado e repensado na missão institucional da Corte.

Partindo das premissas, evidenciadas na obra de Pérez Luño, de que o Estado Constitucional é um paradigma alternativo para o Estado de Direito e de que o Estado Constitucional deve ser concebido pela sua íntima relação com a teoria geral dos direitos humanos⁵⁹⁷, tenho defendido que o Supremo Tribunal Federal deve assumir funções de Tribunal garante dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, não é demais alertar para a importância dos diálogos judiciais transnacionais para o processo de concretização dos direitos fundamentais, fundado na premissa de que, se estamos no rumo de um Estado Constitucional e cooperativo, a alternativa metodológica da transjusfundamentalidade é a essência do próprio afazer concretizador dessa Corte.

Se não se pode abrir mão da força institucional do Supremo Tribunal Federal, é preciso criar alguns parâmetros e mecanismos de controle aptos a criticar, com segurança dogmática e filosófica, as suas decisões. Se a sociedade aberta de intérpretes, formada no contexto de uma pedagogia constitucional consistente, não estiver preparada para enfrentar de forma quantitativa e qualitativa a jurisprudência da Suprema Corte brasileira, nada do que se pretenda avançar será de alguma utilidade.

A análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passa a ser condição de possibilidade da averiguação da própria compatibilidade da missão institucional destinada constitucionalmente à Corte e a sua prática efetiva. É o que se propõe no capítulo seguinte, a partir do recorte da transjusfundamentalidade, na perspectiva de uma metodologia comparativa.

⁵⁹⁶ Vide: CLEVE, Clemerson Merlin. *Desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais*. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=441; Acessado em em 09/11/10.

⁵⁹⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional**. Série de Teoría Jurídica y Filosofía del derecho, n. 23, Bogotá/ Colombia, 2002, p. 57

CAPÍTULO III - TRANSJUSFUNDAMENTALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3.1. Justificativa epistemológica

Os diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais têm ocorrido de forma difusa nos diversos contextos institucionais. Compreender o fenômeno sob o prisma das decisões das Cortes Supremas e/ou Constitucionais é apenas uma das múltiplas maneiras de tentar encontrar elementos concretos que formalizam a prática de tais diálogos.

Diversos outros meios disponíveis podem servir, de forma coordenada, para identificar a transjusfundamentalidade, dentre eles se destacam: a participação em conferências, congressos e seminários; os intercâmbios judiciários e/ou acadêmicos; a coletânea de dados e informações de vários matizes disponibilizados nos meios de comunicação ou nos sítios e redes virtuais.

Ora, não se tem a ilusão de que seria possível evidenciar a transjusfundamentalidade pelo simples fato de existir informação disponível, nos bancos de dados de uma determinada Corte suprema e/ou Constitucional, sobre referências a precedentes estrangeiros nas decisões daquela Corte. Mas também não se pode negar que este é um dado deveras relevante para tal investigação.

O primeiro indício de que uma Corte está, consciente ou inconscientemente, comprometida com a metódica que aqui chamamos de transjusfundamentalidade é a disponibilização, que reflete uma atitude de abertura, de informações sistematizadas sobre os eventuais diálogos com decisões de outras Cortes ou Tribunais presentes em suas próprias decisões.

O segundo indício seria, exatamente, a quantidade e a qualidade das referências feitas e uma avaliação do peso (se vencedor ou vencido) que tais referências tiveram no processo de fundamentação das decisões em que foram citadas. Isso porque, conforme foi apresentado nos capítulos anteriores, a transjusfundamentalidade é, na perspectiva metodológica, uma metódica de concretização dos direitos fundamentais fundada nos diálogos judiciais transnacionais e justificada pelo paradigma do Estado Constitucional cooperativo.

É, nesse contexto, que ganha densidade a proposta do presente estudo de apresentar as decisões do Supremo Tribunal Tribunal, na condição de Corte Suprema e Constitucional brasileira, como um recorte da investigação do fenômeno da transjusfundamentalidade⁵⁹⁸.

A escolha pelo método de comparação paralela apresenta-se, nesse âmbito, como uma decorrência natural da própria opção pela transjusfundamentalidade, como metódica adequada para a concretização dos direitos fundamentais no Estado constitucional cooperativo. A comparação entre precedentes, apresenta-se, então, como categoria epistemológica a sustentar a metódica da transjusfundamentalidade, e apesar de não ser necessariamente uma novidade, revela-se uma experiência inovadora, particular do século atual, se consideramos todo o contexto em que ela se justifica e projeta as suas consequências.

Desde os estudos clássicos do século XIX⁵⁹⁹, tanto no campo da Sociologia⁶⁰⁰ e da História, quanto do Direito⁶⁰¹, são encontrados exemplos de trabalhos científicos que optaram

⁵⁹⁸ Vale aqui lembrar que pesquisas como a proposta no presente trabalho tem sido uma constante em diversos fóruns internacionais. Dois deles podem exemplificar e comprovar tal constatação: o primeiro é um Congresso que ocorrerá em Oslo, em junho próximo, cuja chamada de artigos está assim posta: "*The ACIL, ECRP project 'International Law through the National Prism' and the ERC project 'MultiRights' now invite paper proposals related to the theme 'Transnational Judicial Dialogue: Concept, Method, Extent and Effects'*". Disponível em: <http://acil.uva.nl/news/content/2012/09/call-for-papers-oslo-conference.html> Acessado em dezembro de 2012. Também foi feito um *workshop* virtual, coordenado pelas Professoras Tania Groppi & Marie-Claire Ponthoreau, em 2010, que assim estava apresentado: "*The use of foreign case law (and not of foreign constitution or foreign legislation) by constitutional courts is the object of the workshop. 'Constitutional Courts' means specialised Constitutional Courts, in the countries that follow the 'Kelsenian model' of judicial review. It includes Supreme Courts which decide on constitutional cases in the countries that follow the 'American model' of judicial review. A constitutional case is a case that involves the 'constitutional interpretation' and that deals both with 'institutional' and 'human rights' issues.*" Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/en/g12.htm> Acessado em: dezembro de 2012.

⁵⁹⁹ Apenas para exemplificar alguns autores: Alexis de Tocqueville; Karl Marx; Max Weber; Marc Bloch; Barrington Moore Jr; dentre outros. Cfr. SKOCPOL, Theda; SOMERS, Margaret. The uses of comparative history in macrosocial inquiry. In *Comparative studies in Society and History*, vol. 22, nº 2 (Apr. 1980), p. 174-197. Disponível em: <http://homepages.wmich.edu/~plambert/comp/skocpol-somers.pdf> Acessado em 28/10/2011.

⁶⁰⁰ Anotam Sérgio Schneider e Claudia Schimitt: "A discussão acerca do método comparativo e de seu papel na construção do conhecimento está presente na sociologia desde os estudos clássicos do século XIX. Marx, ao longo de sua obra, trabalhou sistematicamente com o confronto entre diferentes casos históricos singulares. Seu estudo acerca das "formações econômicas pré-capitalistas" constitui-se em um bom exemplo nesse sentido." Cfr. SCHENEIDER, Sergio; SCHIMITT, Claudia Job. O uso do método comparativo nas ciências sociais, in **Cadernos de Sociologia**, Porto Alegre, v. 09, p. 49-87, 1998, p. 1.

⁶⁰¹ Para compulsar um trabalho de excelência sobre o método comparativo no Direito vide: ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do direito comparado**. Trad. Sergio José Porto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980. Registre-se que Marc Ancel identifica três tendências metodológicas no direito comparado da primeira metade do século XX. A primeira delas é uma aproximação da sociologia jurídica e consiste em estudar o conjunto dos direitos positivos em sua evolução e realidade efetiva. A segunda se inclina à construção de um direito comparado mais normativo, por meio da confrontação de conceitos jurídicos, com o fim de revelar princípios comuns às nações civilizadas. Subjaz a essa abordagem a idéia de uma ciência universal do direito e a busca de um ideal comum de justiça. Por último, a terceira tendência procura construir (e não revelar, como propunha a segunda abordagem) um sistema jurídico universal a partir da superação de particularismos nacionais e da criação de um clima de cooperação internacional, que seria alcançado por meio do direito comparado.

pelo método comparativo. No entanto, a disponibilização em redes virtuais, e com amplas e facilitadas possibilidades de buscas de documentos que contenham as referências cruzadas, é uma novidade desse século.

Sendo o Direito indubitavelmente parte do universo do que se chama de ciências sociais, não é demais afirmar que a comparação jurisprudencial revela-se como meio hábil e legítimo para se descobrir as regularidades, peculiaridades, deslocamentos e transformações de seu objeto e sua matizes⁶⁰².

Há diferentes possibilidades para o uso da comparação nas ciências sociais e o Direito não foge a esse fenômeno⁶⁰³. Usando classificação proposta por Theda Skocpol e Margaret Somers, em seu trabalho “*The use of comparative history in macro-social inquiry*”⁶⁰⁴ é possível identificar três modelos de análise comparativa.

O primeiro modelo seria aquele que se vale de estudos dedicados ao exame, de forma sistemática, da co-variação entre casos, para tentar gerar e controlar as hipóteses formuladas. O segundo seria uma demonstração paralela de que os múltiplos e diferentes casos podem ser informados por um conjunto de conceitos e categorias ou mesmo por um modelo concreto de análise dos fenômenos. Por fim, o terceiro modelo, talvez o mais difundido de todos, seria a comparação de dois ou mais casos com a finalidade de colocar em evidência as suas diferenças recíprocas, o que se daria o nome de ‘contraste de contextos’.⁶⁰⁵

O principal objetivo da comparação, no presente trabalho, é o de, em um primeiro momento, verificar se é possível falar em transjusfundamentalidade, a partir da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; e, num segundo momento, se acaso constatada a

⁶⁰² Nesse sentido, anota Sérgio Schneider e Claudia Schimitt: “Para alguns autores, a impossibilidade de aplicar o método experimental às ciências sociais, reproduzindo, em nível de laboratório, os fenômenos estudados, faz com que a comparação se torne um requisito fundamental em termos de objetividade científica. É ela que nos permite romper com a singularidade dos eventos, formulando leis capazes de explicar o social. Nesse sentido, a comparação aparece como sendo inerente a qualquer pesquisa no campo das ciências sociais, esteja ela direcionada para a compreensão de um evento singular ou voltada para o estudo de uma série de casos previamente escolhidos.” Cfr. SCHNEIDER, Sergio; SCHIMITT, Claudia Job. O uso do método comparativo nas ciências sociais, in **Cadernos de Sociologia**, Porto Alegre, v. 09, p. 49-87, 1998, p. 1.

⁶⁰³ Para uma visão sistemática e com exemplos próprios do âmbito da sociologia vide: SCHNEIDER, Sergio; SCHIMITT, Claudia Job. O uso do método comparativo nas ciências sociais, in **Cadernos de Sociologia**, Porto Alegre, v. 09, p. 49-87, 1998.

⁶⁰⁴ SKOCPOL, Theda; SOMERS, Margaret. *The uses of comparative history in macrosocial inquiry*. In *Comparative studies in Society and History*, vol. 22, nº 2 (Apr. 1980), p. 174-197. Disponível em: <http://homepages.wmich.edu/~plambert/comp/skocpol-somers.pdf> Acessado em 28/10/2011.

⁶⁰⁵ SKOCPOL, Theda; SOMERS, Margaret. *The uses of comparative history in macrosocial inquiry*. In *Comparative studies in Society and History*, vol. 22, nº 2 (Apr. 1980), p. 174-197. Disponível em: <http://homepages.wmich.edu/~plambert/comp/skocpol-somers.pdf> Acessado em 28/10/2011.

presença de transjusfundamentalidade, quais os dados mais evidentes e reflexos perceptíveis desse fenômeno na jurisprudência desta Corte.

Anote-se, por importante, que o modelo de demonstração paralela não conduz a um controle efetivo da transjusfundamentalidade no Supremo Tribunal Federal, nem da teoria do Estado Constitucional cooperativo, no âmbito das decisões do Supremo Tribunal Federal, pois a sua abordagem não é adequada para a ação de falsear⁶⁰⁶ as premissas teóricas apresentadas. Também não se tem a pretensão de, a partir dos dados empíricos apresentados, compor um roteiro fechado da experiência de transjusfundamentalidade naquelas decisões.

O que se pretende com tal abordagem é oferecer contribuição para o processo de elaboração da metódica transjusfundamental, como modelo adequado de concretização de direitos fundamentais do Estado Constitucional cooperativo, o que surtirá seus principais efeitos no campo dos estudos da metodologia que informa o processo de migração de ideias jusfundamentais, no contexto da Suprema Corte brasileira⁶⁰⁷.

Dessa forma, os próximos tópicos irão proporcionar, em primeiro lugar, contato vertical, ainda inédito no Brasil, com o processo de argumentação que conduz à Corte Suprema brasileira a resolver seus casos difíceis, especialmente aqueles que envolvem a utilização de argumentos de decisões estrangeiras no processo de concretização dos direitos fundamentais. E, em segundo lugar, oferecer uma lista de julgados comentada e criticada, a qual poderá representar pauta para futuros diálogos acadêmicos sobre o mesmo tema.

3.2. Modelo metodológico proposto

Para Sérgio Schneider e Claudia Schimitt, o método comparativo implica uma série de passos que se articulam de forma diferenciada segundo diferentes orientações teóricas e epistemológicas⁶⁰⁸. A opção por uma forma, ou qualquer outra, de lidar com a comparação,

⁶⁰⁶ Essa observação torna-se importante na presente pesquisa, em face da opção pela metódica popperiana na sua condução. Muito embora estejamos informados filosoficamente pela regra da falseabilidade, como categoria metodológica central do presente estudo, o exercício de comparação proposto não se compromete com o desiderato de comprovar ou refutar a teoria apresentada – transjusfundamentalidade como metódica típica do Estado Constitucional cooperativo, mas apenas oferecer, de forma sistemática, as condições para eventuais digressões dialético-discursivas em seu contexto.

⁶⁰⁷ Para dar apoio a esta tese vide: SCHNEIDER, Sergio; SCHIMITT, Claudia Job. O uso do método comparativo nas ciências sociais, in **Cadernos de Sociologia**, Porto Alegre, v. 09, p. 49-87, 1998, p. 31-32.

⁶⁰⁸ Cfr. SCHNEIDER, Sergio; SCHIMITT, Claudia Job. O uso do método comparativo nas ciências sociais, in **Cadernos de Sociologia**, Porto Alegre, v. 09, p. 49-87, 1998, p. 33-36.

como metódica científica, revela apenas uma escolha de acompanhamento de resultados a serem propostos.⁶⁰⁹

O primeiro passo diz respeito à seleção das séries de fenômenos efetivamente comparáveis, o que implica não apenas a definição de recortes claramente delineados no tempo e no espaço, mas também recortes que propiciem a reprodução de aspectos essenciais do fenômeno pesquisado. Aqui, a sugestão dos autores é que se apliquem rigorosos critérios de seleção dos casos e a redução do número de variáveis a serem estudadas, o que permite uma maior focalização da perspectiva teórica do estudo em termos de precisão analítica.⁶¹⁰

O segundo passo sugerido relaciona-se com a definição dos elementos a serem comparados. A principal dificuldade desse momento é a previsibilidade dos limites investigativos de uma dada realidade ainda não explorada, a qual pode oferecer uma série de opções inicialmente não previstas pelo pesquisador e, em contrapartida, não responder satisfatoriamente àquelas que tinham sido inicialmente propostas – seja por não serem pertinentes a uma cultura ou regime particular; seja por não se revelarem como grandezas observáveis.⁶¹¹

Por fim, o terceiro passo e último passo é aquele imprescindível para diferenciar a metódica comparativa de uma coleção de casos interessantes, ou seja, a generalização dos resultados. Esse esforço implica descobrir elementos comuns (presentes em todos eles) presentes nos diferentes casos, elementos típicos (identificados em diferentes grupos ou classes) e também elementos singulares (que não se repetem entre eles)⁶¹².

⁶⁰⁹ E aqui vale a advertência feita pelos próprios autores: “O método comparativo implica em uma série de passos que se articulam de forma diferenciada segundo distintas orientações teóricas e metodológicas. Procuramos sistematizar aqui algumas das dimensões implícitas nesse processo, sem ter a dimensão de estabelecer fronteiras rígidas entre as diferentes operações teórico-metodológicas inerentes à atividade de investigação e considerando, portanto, a existência de um certo grau de simultaneidade entre estes distintos procedimentos.” SCHNEIDER, Sergio; SCHIMITT, Claudia Job. O uso do método comparativo nas ciências sociais, in **Cadernos de Sociologia**, Porto Alegre, v. 09, p. 49-87, 1998, p. 33-34.

⁶¹⁰ SCHNEIDER, Sergio; SCHIMITT, Claudia Job. O uso do método comparativo nas ciências sociais, in **Cadernos de Sociologia**, Porto Alegre, v. 09, p. 49-87, 1998, p. 34.

⁶¹¹ Como os próprios autores fazem questão de registrar: “A princípio, o que se espera, é que o método comparativo, se bem aplicado, possa servir como uma bússula para que o cientista social consiga realizar sua viagem explorando os caminhos que se abrem no decorrer do processo de investigação sem se afastar demasiado, no entanto, de um trabalho sistemático sobre as interrogações que o motivaram no início de seu trabalho.” SCHNEIDER, Sergio; SCHIMITT, Claudia Job. O uso do método comparativo nas ciências sociais, in **Cadernos de Sociologia**, Porto Alegre, v. 09, p. 49-87, 1998, p. 36.

⁶¹² Trata-se do que Sérgio Schneider e Claudia Schmitt chamam de nível estratégico da investigação comparativa, ou seja, “a estruturação do objeto que permita agrupar exclusivamente fatos de parentesco suficientes para iluminarem-se reciprocamente, e, ao mesmo tempo, com diversidade bastante para dar origem a uma lei estrutural que passe da mera descrição ao fato individual.” SCHNEIDER, Sergio; SCHIMITT,

O resultado a ser apresentado na presente pesquisa decorrerá de uma comparação de casos no universo da jurisprudência eletronicamente disponível no sítio do Supremo Tribunal Federal. Para viabilizar os resultados que aqui serão apresentados, foram escolhidos os seguintes parâmetros⁶¹³: diante das decisões do Supremo Tribunal Federal (Suprema Corte brasileira) que foram marcadas pelo setor de documentação dessa Corte como aquelas que continham referências a decisões de cortes estrangeiras como fundamento dos votos dos Ministros, chegou-se a um universo de 193 decisões, que constituiu o grupo inicial e total de julgados analisados.

Desse primeiro conjunto de decisões, foram excluídas 17 decisões⁶¹⁴, após análise de seus conteúdos, pois a referência ao precedente estrangeiro delas constante não fazia parte da argumentação dos Ministros, mas sim parte de alguma outra parte indexada pelo setor de documentação do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, ao longo do processo de análise qualitativa dos argumentos dos votos dos Ministros da Corte, e como resultado de citações e referências cruzadas de precedentes da

Claudia Job. O uso do método comparativo nas ciências sociais, in **Cadernos de Sociologia**, Porto Alegre, v. 09, p. 49-87, 1998, p. 36.

⁶¹³ Inicialmente outro era o parâmetro: em um universo de mais ou menos uma centena de decisões, de dez países americanos diferentes, buscar-se-ia investigar a presença e padrões de transjusfundamentalidade em decisões sobre liberdades fundamentais, já concretizadas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. No Brasil, as decisões inicialmente escolhidas eram: liberdade de opção sexual (ADI 4277, julg. 05.05.2011); direito à privacidade/sigilo de dados bancários (RE 389808, julg. 15.12.2010); liberdade de imprensa (ADI 4451, julg. 02.09.2010); anistia/direito fundamental à verdade (ADPF 153, julg. 29.04.2010); liberdade de expressão/imprensa (ADPF 130, julg. 30.04.2009); direito à vida/liberdade de pesquisa células-tronco embrionárias (ADI 3510, julg. 29.05.2008); direitos políticos/decoro parlamentar (MS 25579, julg. 19.10.2005); prerrogativa de foro/igualdade republicana (ADI 2797, julg. 15.09.2005); aborto/direito à vida (ADPF-MC 54, julg. 27.04.2005); racismo/liberdade religiosa (HC 82424, julg. 17.09.2003); liberdade de comércio (ADI 2327, julg. 08.05.2003); privilégio contra auto-incriminação/direito ao silêncio (HC 79812, julg. 08.11.2000). Registre-se que todas elas constam da atual pesquisa, por terem atendido ao critério inicial do novo parâmetro escolhido.

⁶¹⁴ Para quem quiser conferir os julgados que foram excluídos: SE nº 2912/Bélgica, Relator Ministro Néri da Silveira, julgamento em 02/02/1983, DJ de 02/12/1983; SE nº 3707/Reino Unido, Relator Ministro Néri da Silveira, julgamento em 21/09/1988, DJ de 17/02/1989; SE nº 37262/Austria, Relator Ministro Néri da Silveira, julgamento em 02/05/1991, DJ de 22/11/1991; SE nº 45451/Itália, Relator Ministro Néri da Silveira, julgamento em 02/09/1992, DJ de 09/10/1992; SEC nº 4738/EUA, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 24/11/1994, DJ de 07/04/1995; SEC nº 5418/EUA, Relator Ministro Maurício Correa, julgamento em 07/10/1999, DJ de 24/11/2000; HC nº 80239/SP, Relator Ministro Maurício Correa, julgamento em 15/08/2000, DJ 17/11/2000; EXT-AgR nº 762/Itália, Relator Ministro Carlos Velloso, julgamento em 01/03/2001, DJ de 06/04/2001; SEC nº 6729/Espanha, Relator Ministro Maurício Correa, julgamento em 15/04/2002, DJ de 07/06/2002; EXT nº 832/Alemanha, Relator Ministro Maurício Correa, julgamento em 22/05/2002, DJ de 02/08/2002; EXT nº 864/Itália, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 18/06/2003, DJ de 29/08/2003; SEC nº 7570/EUA, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgamento em 22/03/2004, DJ de 30/04/2004; SEC nº 7209/Itália, Relator para o acórdão Ministro Marco Aurélio, julgamento em 30/09/2004, de 29/09/2006; EXT-ED nº 925/Paraguai, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 30/06/2006, DJ de 18/08/2006; AR nº 1169/SP, Relator Ministro Eros Grau, julgamento em 03/08/2009, DJ de 02/10/2009; EXT nº 1196/Espanha, Relator Ministro Dias Toffoli, julgamento em 22/11/2011, DJ de 19/12/2011; MS nº 30894/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento em 08/05/2012, DJ de 24/09/2012.

própria Corte, foram incluídas mais 2 decisões⁶¹⁵ que não constavam do resultado obtido inicialmente, totalizando um universo de 178 decisões analisadas de forma quantitativa e qualitativa na presente pesquisa.

Verifica-se, pois, que será apresentada uma listagem de decisões em que o fenômeno da transjusfundamentalidade pode, ou não, estar presente, de forma que não será utilizada a metodologia comparativa, no sentido de comparação entre países ou sistemas⁶¹⁶, mas, sim, a metodologia comparativa, no sentido de comparação paralela de dados referentes a um universo de decisões de uma mesma Corte Suprema: o Supremo Tribunal Federal.

Registre-se, por importante, que os dados obtidos com a presente pesquisa, porque sistematizados a partir de diversos critérios (o cronológico; o do Ministro que fez a referência cruzada; e, também, o tema do caso e o argumento específico em que a referência cruzada foi utilizada) poderão ser utilizados para futuras comparações, também no contexto internacional ou mesmo transnacional. Trata-se de um dado inédito, já produzido no contexto de outros países, mas que, no Brasil, nunca tinha sido sistematizado.

A primeira decisão analisada na pesquisa é do ano de 1961 e a última é do ano de 2012, de forma que a pesquisa avançou por decisões da Suprema Corte Brasileira nos últimos 50 anos. Nesse período, somente a década de 70 não teve o registro de nenhuma decisão do Supremo Tribunal Federal em que se usou da jurisprudência estrangeira como tópico argumentativo de votos dos Ministros da Corte.

Outro dado interessante de ser ressaltado é que no século XXI foram tomadas mais de 90 por cento das decisões em que as referências estrangeiras foram mencionadas, sendo que mais de 50 por cento estão concentradas nos últimos três anos (2010 a 2012).

⁶¹⁵ Foram elas: ADI nº 02/DF, Relator Ministro Paulo Brossard, julgamento em 06/02/1992, DJ de 21/11/1997; e MS nº 25787/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 08/11/2006, DJ de 14/09/2007.

⁶¹⁶ Uma das importantes conclusões da presente pesquisa é que não se revela possível que um pesquisador estrangeiro, sem esforço de inculturamento presencial, levante dados de transjusfundamentalidade de um outro país. Isso porque, o desenvolvimento da pesquisa demonstrou que é preciso conhecimento vertical da jurisprudência da Corte para que sejam oferecidos dados confiáveis sobre o fenômeno da transjusfundamentalidade em uma jurisdição constitucional. Diante dessa constatação, a opção pelo recorte vertical e total de decisões marcadas do Supremo Tribunal Federal tornou-se a única e fácil opção. Essa opção metodológica foi objeto de intenso debate e esclarecimentos com a banca de arguição da presente tese de doutorado.

Ao todo, foram referenciadas 7 Cortes Supremas e/ou Constitucionais estrangeiras, 3 Tribunais internacionais e 4 outras Cortes diversas. A Suprema Corte dos Estados Unidos foi a que mais foi referenciada nos votos, seguida da Corte Constitucional da Alemanha, da Câmara dos Lordes do Reino Unido e do Tribunal Constitucional da Espanha.

Os Ministros Celso de Mello (por volta de 58 casos), Gilmar Mendes (47 casos) e Rosa Weber (39 casos) foram os que mais referenciaram decisões de Cortes estrangeiras em seus votos, sendo seguidos pelos Ministros Joaquim Barbosa (13 casos), Dias Toffoli (9 casos) e Sepúlveda Pertence (8 casos) que também fizeram menção a precedentes de outras Cortes quando construía argumentos para seus votos.

Os *habeas corpus* representam mais de 40 por cento das decisões (72 casos) que continham referências a precedentes estrangeiros, seguidos das ADIs que somaram pouco mais de 15 por cento do total (29 casos), dos recursos extraordinários que constituíram 15 por cento (27 casos), e dos mandados de segurança que representam pouco mais de 7 por cento (13 casos), sendo as classes em que mais constantemente as referências cruzadas foram registradas.

Os precedentes do Caso *James Somerset* (1771) da *King's Bench* e Caso *Buschel* (1670) da *Court of Common Pleas* inglesa foram registrados como precedentes estrangeiros mencionados em 30 processos do Supremo Tribunal Federal, sendo os precedentes mais utilizados na história jurisprudencial da nossa Suprema Corte. Também o caso *MacCulloch versus Maryland*, da Suprema Corte americana merece destaque tendo sido referenciado 20 vezes merecendo uma nota especial por esse fato. Por fim, ainda merecem destaque os casos *Panhandle Oil Co. v. Mississippi* (12 casos) e *Marbury v. Madison* (10 casos).

Não há como deixar de registrar que apenas 14 casos⁶¹⁷ do Supremo Tribunal Federal mencionaram os precedentes estrangeiros já nas suas ementas e que apenas 5 casos⁶¹⁸

⁶¹⁷ São eles: HC nº 81963, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento: 18/06/2002; DJ 28/10/2004; HC nº 82424/RS, Relator para o acórdão Ministro Maurício Corrêa, julgamento: 17/09/2003; DJ 19/03/2004; RHC nº 90376/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 03/04/2007, DJ 18/05/2007; HC nº 93050/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 10/06/2008, DJ de 01/08/2008; HC nº 105348/RS, p. 15 a 17 de 27 (processo eletrônico); HC-MC nº 109544/BA, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 09/08/2011, DJ de 31/08/2011; HC nº 107731/PE, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 13/09/2011, DJ de 02/03/2012; HC nº 91867/PA, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 24/04/2012; DJ de 20/09/2012; HC nº 82788/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 12/04/2005, DJ de 02/06/2006; HC nº 85419/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 20/10/2009, DJ de 27/11/2009; HC nº 89837/DF, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 20/10/2009, DJ de 20/11/2009; HC nº 87610/SC, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 27/10/2009, DJ de 04/12/2009; HC nº 94173/BA, Relator Ministro

efetivamente discutiram o argumento estrangeiro de forma mais ampla e com o comprometimento da maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, é importante registrar que 68% dos casos (121 casos) trataram da temática específica dos direitos fundamentais, 9,5% (17 casos) trataram de questões atinentes ao processo constitucional, 9% (16 casos) cuidavam de questões tributárias, 6% (11 casos) debatiam questões de competência do Supremo Tribunal Federal e 3% (6 casos) tratavam da competência do Ministério Público.

3.3. Resultados da pesquisa sob o critério da transjusfundamentalidade⁶¹⁹

3.3.1. Década de 60

Na década de 60, mais precisamente em 1961, 1962 e 1964, quatro precedentes do Supremo Tribunal Federal fizeram referências a jurisprudência estrangeira como fundamentos das decisões tomadas pelo colegiado plenário da Corte.⁶²⁰ São os precedentes mais antigos da Corte Suprema Brasileira em que se registram citações a precedentes estrangeiros nas razões de decidir dos seus ministros.

No MS nº 8693/DF, o impetrante postulava o desfazimento de ato do Presidente da República que o exonerou das funções de membro do Conselho Administrativo do Instituto

Celso de Mello, julgamento em 27/10/2009, DJ de 27/11/2009; HC nº 90099/RS, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 27/10/2009, DJ de 04/12/2009.

⁶¹⁸ A saber: HC 40910; RP 1150; HC 82424; MS 25647 e ADPF 130.

⁶¹⁹ O critério da transjusfundamentalidade aqui na presente tese apresenta-se fundado em três filtros de análise: o primeiro é a identificação da concretização de um direito fundamental em espécie no processo em que a referência ao precedente estrangeiro e/ou internacional foi mencionado; o segundo é se o argumento estrangeiro e/ou internacional foi efetivamente debatido pelos Ministros da Corte, ou se serviu apenas como argumento retórico ou diletante de um ou alguns Ministros, identificando-os; e terceiro é a utilização do precedente estrangeiro e/ou internacional como fundamento relevante da decisão tomada pela Corte, ou seja, se houve efetivamente o diálogo transjusfundamental. Não posso deixar de registrar que tais critérios foram indicados pela banca de avaliação da tese como perfunctórios para a análise proposta, o que rebati com a afirmação de que o resultado da pesquisa apresentado na presente tese é apenas um excerto das possibilidades de análise fenômeno da transjusfundamentalidade no Supremo Tribunal Federal, a partir dos dados colhidos. Cada sujeito, cada examinador, cada pesquisador interessado nos dados que essa pesquisa entrega, ineditamente, ao público acadêmico, poderá, a partir de seus universos pessoais de pré-compreensão, tirar conclusões sobre o dado sistematizado. Daí a sua relevância, daí sua originalidade, daí meu interesse e satisfação com a metódica proposta.

⁶²⁰ São elas: MS nº 8693/DF, Relator Ministro Ribeiro da Costa, julgamento em 17/11/1962; DJ de 20/08/1962; RE nº 47851/PR, Relator Ministro Gonçalves de Oliveira, julgamento em 05/04/1962, DJ de 10/05/1962; MS 8802/GB, Relator Ministro Pedro Chaves, julgamento em 12/09/1962, DJ de 17/12/1962; e HC nº 40910/PE, Relator Ministro Hahnemann Guimarães, julgamento em 24/08/1964, DJ de 19/11/1964.

de Aposentadoria e Pensões dos Industriários, afirmando que, uma vez empossado no cargo, o ato do Presidente de nomeação constitui-se ato jurídico perfeito do qual decorrem direitos adquiridos, inclusive patrimoniais, devendo-se preservar a inviolabilidade e independência dos mandatos administrativos.

A questão posta para debate, no referido processo, era saber se a exoneração do impetrante do cargo de membro de Conselho Administrativo exorbitava das faculdades constitucionais conferidas ao Presidente da República. O voto vogal do Ministro Victor Nunes Leal fez referência aos precedentes norte americanos⁶²¹ para invocar o instituto da investidura de prazo certo.

É interessante registrar que o Ministro Victor Nunes Leal deixa expressa a sua indignação com a forma irônica que seus colegas trataram a experiência de citar precedente da Corte Suprema americana, afirmando:

"Na sessão em que se iniciou o julgamento deste caso, foi ironizada a invocação da experiência legislativa, administrativa e judiciária dos Estados Unidos. A estranheza, entretanto, não procede. Não só essa consulta era aconselhada pela identidade dos regimes políticos, em seus traços essenciais, como também pela circunstância de que os norte-americanos estão praticando o presidencialismo, que inventaram, desde mais de cem anos antes de nós."⁶²²

Em seu voto, o Ministro Victor Nunes Leal lembrou o espírito comparativista de Rui Barbosa, bem como leu literalmente trechos dos precedentes estrangeiros trazidos da Suprema Corte norte-americana. Os demais Ministros da Corte, em apartes⁶²³, discutiram amplamente a jurisprudência americana sobre o tema, e o Ministro Victor Nunes Leal, com lastro no

⁶²¹ Decisões estrangeiras citadas: *Humphrey's Executor versus United States* (1935), caso *Myron Wiener versus United States* (1958), ambos da Suprema Corte dos Estados Unidos.

⁶²² Cfr. MS nº 8693/DF, Relator Ministro Ribeiro da Costa, DJ 17/08/1962.

⁶²³ Vale transcrever opinião contrária explicitada pelo Ministro Ribeiro da Costa, relator do caso, cujo voto vencedor convenceu a maioria da Corte: "Nós somos juízes, os mais altos servidores da Nação, os intérpretes responsáveis pelos seus maiores interesses. Em nossas mãos estão os destinos do País, destinos tão mal cuidados por outros órgãos, aos quais se impunha maior desvêlo pelo bem da coisa pública. Por que, então, vamos interpretar este caso apegados, como o eminente Sr. Ministro Victor Nunes, a certas hipóteses que foram submetidas ao Tribunal norte-americano e que, a meu ver, não têm vinculação com ele? S. Exa citou o caso *Humphrey*, membro de uma comissão de reparação, comissão esta, porém, de caráter autônomo. Nem era possível que uma comissão julgadora não fosse autônoma. Te-lo-ia de ser, forçosamente." Cfr. MS nº 8693/DF, Relator Ministro Ribeiro da Costa, DJ 17/08/1962.

entendimento comparado, votou vencido no caso, concedendo a segurança, contra a maioria do Supremo Tribunal Federal que a denegara.

Do conjunto total de precedentes estudados trata-se de um precedente importante para a temática da transjursfundamentalidade, tendo em vista que nele a própria metódico foi objeto de debate entre os Ministros da Corte. Outro dado relevante é que a jurisprudência estrangeira não apoiou o argumento vencedor no Plenário da Supremo Tribunal Federal.

No RE nº 47851/Guanabara, o Estado da Guanabara recorreu ao Supremo Tribunal Federal porque o recorrido obteve decisão favorável em mandado de segurança para contar, para todos os efeitos, o tempo de serviço militar, como incorporado ao Exército Nacional, ao seu tempo de serviço para efeitos de aposentadoria em cargo público estadual.

A questão debatida no recurso extraordinário era saber se o servidor público federal, estadual ou municipal, da administração centralizada ou autárquica, teria direito a contar, para todos os efeitos, ou apenas para efeitos de aposentadoria e disponibilidade, o tempo de serviço militar, mesmo que tal serviço tenha sido prestado antes de ingressar no serviço público.

A referência ao precedente estrangeiro foi feita pelo Ministro Relator do feito, Gonçalves de Oliveira, para dar sustentação ao argumento da força e a amplitude das competências legislativas federais no modelo federativo americano⁶²⁴. Porém, a referência, meramente diletante, não foi decisiva para respaldar a conclusão a que se chegou no caso concreto.

O desfecho acabou sendo pelo provimento do recurso extraordinário e restrição do direito do servidor, que, a partir da decisão, contaria com o tempo de serviço militar, prestado por ocasião de sua incorporação ao Exército Nacional, somente para efeitos de aposentadoria e disponibilidade, e não para todos os efeitos, como havia sido decidido na instância recorrida.

Ainda em 1962, no MS nº 8802/Guanabara, Relator o Ministro Pedro Chaves, a Corte teve a oportunidade de novamente discutir a natureza jurídica do cargo de membro de Conselho Administrativo para definir o grau de discricionariedade do Presidente da República para sua exoneração *ad nutum*.

⁶²⁴ Afirma o Ministro Gonçalves de Oliveira: "Foi o mesmo que decidiu *Chief Justice Marshall*, do alto de sua cátedra de Presidente da Corte Suprema dos Estados Unidos, que ele tanto elevou, no célebre julgado *United States versus Fischer*, interpretando a jurisprudência da Corte: *Congress must possess the choice of means which are in fact conductive to exercise of a power granted by the Constitution*". Cfr. RE nº 47851/PR, Relator Ministro Gonçalves de Oliveira, DJ de 09/05/1962.

O impetrante, membro do Conselho de Administração do Banco de Desenvolvimento Econômico, fora nomeado por decreto do Presidente da República em 23 de janeiro de 1961 para um mandato de três anos renováveis por mais três anos. Alegava direito líquido e certo a exercer as funções para as quais fora nomeado até o término do prazo previsto.

Mais uma vez, o voto vencido do Ministro Victor Nunes Leal fez referência à jurisprudência norte-americana em dois julgados: o caso *Humphrey* de 1935 e o caso *Wiener* de 1958, relembrando a discussão na assentada anterior e prestando esclarecimentos sobre dúvidas que haviam ficado naquela oportunidade⁶²⁵. A maioria da Corte manteve o entendimento consolidado no MS nº 8693/DF.

Por fim, no HC nº 40910/PE, também foi o voto do Ministro Victor Nunes Leal, desta vez em decisão unânime, que registrou precedente estrangeiro para fundamentar sua posição na discussão travada no Supremo Tribunal Federal, em 24 de agosto de 1964, sobre liberdade de cátedra.

Tratava-se de habeas corpus apresentado por um professor de economia da Universidade Católica de Pernambuco contra ato de prisão contra ele decretada por suposta prática de crime contra a segurança do Estado, mais especificamente propaganda subversiva⁶²⁶. A prisão preventiva decretada estava fundamentada no fato de um professor ter dado aos alunos um manifesto de crítica à revolução e, por unanimidade, os Ministros do Supremo Tribunal Federal entenderam que não se tratava de ato subversivo tipificado na Lei de Segurança Nacional (Lei nº 1.802), de forma que concederam a ordem.

O Ministro Victor Nunes Leal explicou detalhadamente o caso *Sweezi v. New Hampshire* julgado pela Suprema Corte Americana em 1957⁶²⁷ e a discussão sobre o direito comparado foi fundamental nos debates, expressando as angústias dos Ministros com a importação de

⁶²⁵ De importância particular a nova intervenção do Ministro Victor Nunes Leal: "O segundo aspecto, que peço permissão para focalizar, é o das tendências recentes, nos Estados Unidos, a respeito das regulatory agencies. O eminente Ministro Cândido Motta aludiu à severa crítica feita, naquele país, à atuação desses órgãos autônomos. (...) Por ocasião de minha visita aos Estados Unidos, em março de 1961, tive conhecimento da intenção do Presidente Kennedy de propor ao Congresso alterações na legislação a respeito das comissões independentes: como as notícias faziam referência ao Plano de Prática e Processo Administrativo da Comissão Judiciária do Senado, para verificar em que consistiam as modificações sugeridas e se essas modificações chegavam a eliminar o critério de investidura por prazo certo dos dirigentes dessas comissões." Cfr. MS nº 8802, Relator Ministro Pedro Chaves, DJ de 14/12/1962.

⁶²⁶ Cfr. HC nº 40910, Relator Ministro Hahnemann Guimarães, DJ 24/08/1964.

⁶²⁷ O caso mencionado foi *Sweezi v. New Hampshire* (1957), da Suprema Corte Americana.

modelos culturais⁶²⁸. Os debates no julgamento do HC nº 40910/PE demonstram a já antiga preocupação da Suprema Corte brasileira com os vantagens e desvantagens da metodologia comparativa para a concretização de direitos fundamentais⁶²⁹, uma vez que o caso é paradigma para a conformação da liberdade de cátedra entre nós, em difícil período de exceção democrática.

É notória a importância da disposição juscomparativa do Ministro Victor Nunes Leal na Corte Suprema da década de 60, pois conforme demonstram os precedentes selecionados da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nesse período, é sempre a sua instigação que leva aos debates sobre o modelo de comparação constitucional.

Também é de se registrar que a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana foi a única referenciada no período, instigando o debate sobre a influência cultural e política daquele país sobre o Brasil. O que se observa dos debates travados nos precedentes selecionados é que se tratava de método comparativo de importação de argumentos, sustentado na crença de que os Estados Unidos, por ser mais adiantado no processo político e cultural, deveriam servir de modelo para o nosso país.

Uma análise *ex post facto*, permite afirmar que a presença da decisão estrangeira, nessa década, não se sustenta na metódica da transjusfundamentalidade, que pressupõe diálogos judiciais transnacionais e não, simplesmente, importação de modelos de um suposto país mais desenvolvido. Seria mais adequado falar aqui em correspondência, no plano das decisões judiciais comparadas, de transplantes legais⁶³⁰, o que não invalida a importância de

⁶²⁸ O Ministro Pedro Chaves expressa sua opinião contrária às referências estrangeiras sempre presentes nos votos do Ministro Victor Nunes Leal: "(...) Mas lá não há cassações de mandatos, não há privações de garantias constitucionais e lá não há movimentos constantes e reiterados, como na América Latina, onde nós estamos ficando habituados com os pronunciamentos e as revoluções. (...) V. Exa. me perdoe, eu queria apenas fazer uma distinção, porque ouço sempre com grande pesar essas invocações que V. Exa. faz da cultura norte-americana, absolutamente diversa da nossa cultura, dos nossos meios e dos nossos hábitos." Retruca o Ministro Victor Nunes Leal: "Agradeço a ponderação do eminente colega, Ministro Pedro Chaves. Se invoco o exemplo de um país mais adiantado, é para que nos sirva de modelo." Cfr. HC nº 40910, Relator Ministro Hahnemann Guimarães, DJ 24/08/1964.

⁶²⁹ Aqui vale o registro das ponderações do Ministro Hermes Lima: "Será que a diferença cultural permite que a gente fique triste, nos Estados Unidos, com a falta de liberdade e não permite que a gente sinta a mesma coisa no Brasil? Será que a diferença cultural autoriza a falta de liberdade no Brasil? Será que a diferença cultural autoriza a liberdade de cátedra? Onde iríamos com esse raciocínio, que regime adotaríamos aqui? Por que haveríamos de adotar o regime democrático, se este país pode não estar maduro para a democracia como os Estados Unidos? E, então, teríamos de adotar um tal regime especial e esse regime especial significaria, na primeira linha dos argumentos aqui expendidos, um cerceamento das liberdades públicas. A diferença cultural serviria para isto. Serviria exatamente para impedir que o País conquistasse um nível mais alto." Cfr. HC nº 40910, Relator Ministro Hahnemann Guimarães, DJ 24/08/1964.

⁶³⁰ Sobre o conceito de transplantes legais, vide capítulo II do presente estudo.

tais precedentes para o estudo proposto, uma vez que explicita, com profundidade, os debates sobre a comparação constitucional entre nós.

3.3.2. Década de 80

Vale destacar que, na década de 70, nenhum precedente do Supremo Tribunal Federal registrou a referência a decisões estrangeiras entre os votos dos Ministros, de modo que se nota uma lacuna de mais de vinte anos entre o HC nº 40910/PE, julgado em agosto de 1964, e a RP nº 1150/RS, julgada em maio de 1985, sob a relatoria do Ministro Oscar Corrêa, em que os Ministros Moreira Alves e Francisco Rezek valeram-se de precedentes da Suprema Corte americana para discutir a repartição de competências na federação brasileira.

Na Representação nº 1150/RS, apresentada pelo Procurador Geral da República, discutia-se a constitucionalidade de decretos estaduais do Rio Grande do Sul em face das normas de repartição de competências entre união e os entes federativos parciais, discutindo os limites da norma geral e da norma local suplementar sobre defesa e proteção à saúde, no caso, em relação ao uso e comércio de defensivos agrícolas⁶³¹.

O Ministro Moreira Alves fez referência, em seu voto, à evolução histórica da jurisprudência da Suprema Corte americana sobre o tema da repartição de competências legislativas, lembrando o caso *Gibbons versus Ogden*, julgado em 1824 pela Corte Suprema dos Estados Unidos, ainda sob a presidência de John Marshall, e no apogeu do federalismo dualista. Naquela ocasião João Marshall havia defendido a tese, não apoiada pelos seus colegas, de que o poder federal de regular o comércio interno nos Estados Unidos estendia-se também a todas as atividades que tivessem impacto interestadual, ainda que indireto. Essa orientação foi resgatada, na década de 30 do século XX, em virtude das necessidades e

⁶³¹ O Ministro Moreira Alves assim pontuou a questão: "E como se trata de disciplina de comércio e de consumo, com reflexo em produção, de substâncias perigosas à saúde, o exame da constitucionalidade dessa disciplina não se cinge à questão de competência legislativa sobre normas gerais relativas à defesa e proteção da saúde, mas abarca, sem a menor dúvida, a da competência legislativa sobre produção e consumo, e sobre comércio exterior e interestadual, e pode alcançar, ainda a referente à competência legislativa sobre condições de capacidade para o exercício das profissões liberais e técnico-científicas, como, aliás, sustentam os suscitantes das duas representações." Cfr. RP nº 1150/RS, Relator Ministro Aldir Passarinho, DJ de 25/10/1985.

contingências do *New Deal*, a partir de quando a atuação da Suprema Corte deslocou-se de um federalismo dualista para um federalismo cooperativo (*the new federalism*).⁶³²

O Ministro Francisco Rezek, por sua vez, comentando a referência feita pelo Ministro Moreira Alves, trouxe para a argumentação mais três casos da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos⁶³³, fazendo o exercício comparativo dos diferentes sistemas normativos em um e outro país. Chegou à conclusão de que as normas estaduais norte-americanas não subsistiriam, por inconstitucionalidade, em face da Constituição brasileira e que o federalismo norte-americano era um exemplo de como a competência estadual mais alargada fora decisiva para os rumos históricos e culturais daquela nação.⁶³⁴

A discussão travada por ocasião do julgamento da RP nº 1150/RS entre os Ministros Moreira Alves e Francisco Rezek sobre o modelo de repartição de competências legislativas do federalismo brasileiro, trazendo como referência o modelo norte-americano, é um exemplo de exercício comparativo, cuja metodologia é o objeto de reflexões do presente trabalho. Trata-se de precedente da maior relevância para os estudos aqui propostos, uma vez que é um exemplo de diálogo consciente entre dois Ministros do Supremo Tribunal Federal e a jurisprudência da Corte Suprema americana.

Os precedentes mencionados foram usados como exemplos de casos estrangeiros que discutiram questões semelhantes em outro país⁶³⁵, mas cuja referência ocorreu como ponto de

⁶³² Anota o Ministro Moreira Alves sobre o assunto: "Para essa transformação foi decisiva a interpretação cada vez mais larga que a Corte Suprema deu à competência legislativa da União no que diz respeito ao comércio internacional e interestadual." Cfr. RP nº 1150/RS, Relator Ministro Aldir Passarinho, DJ de 25/10/1985.

⁶³³ *Hudson County Water Co. v. McCarter* (1908), *Pennsylvania v. West Virginia* (1923) e *Dean Milk Co. v. Madison* (1951) da Suprema Corte americana.

⁶³⁴ Afirma o Ministro Francisco Rezek: "A história da federação americana, por outro lado, é portentoso testemunho de quão fecunda pode ser a legislatura dos Estados-membros na concepção de modelos normativos, que se propagam entre seus homólogos, e cuja excelência vem a União, mais tarde, e na esteira de suas unidades componentes, a reconhecer. As grandes causas legislativas ali germinaram no âmbito restrito de alguns Estados federados, antes que o Congresso se propusesse assumi-las. Se, naquele grande país, os cultores do direito e da política acreditassem na falácia de que as normas de interesse coletivo devem ter sua origem necessária na criatividade do legislador federal, e caso se entregassem os Estados, por isso, à indolente dependência do paternalismo metropolitano, é provável que com largo atraso se tivessem feito consagrar, nos Estados Unidos da América, a abolição da escravatura, o voto feminino, a igualdade dos direitos civis, a proteção ambiental, o banimento de toda segregação nas escolas públicas, e os direitos mais expressivos do empresário, do contribuinte e do trabalhador." Cfr. RP nº 1150/RS, Relator Ministro Aldir Passarinho, DJ de 25/10/1985.

⁶³⁵ Veja como o Ministro Francisco Rezek sumariza os casos: "De outras feitas, a mesma Corte Suprema dos Estados Unidos defrontou-se com legislação que se propunha protetiva da saúde, e onde outros vislumbraram normas sobre comércio, hostis à Constituição. Tal se deu nos casos *Hudson County Water Co. v. McCarter* (209 U.S. 349-1908), *Pennsylvania v. West Virginia* (262 U.S. 553-1923) e *Dean Milk Co. v. Madison* (340 U.S. 349-1951), entre outros vários, que a doutrina fartamente explora. No primeiro deles cuidou-se de uma lei de New Jersey que proibira a exportação de água dos mananciais existentes no pequeno Estado. O segundo versou lei

partida para a construção das condições de possibilidade de uma solução para o caso brasileiro calcada na realidade normativa e histórica do nosso país.

3.3.3. Década de 90

Na década de 90, a Suprema Corte, já sob a Constituição de 1988, decidiu 9 casos⁶³⁶ em que os Ministros fizeram referências a precedentes estrangeiros em suas fundamentações.

Na ADI nº 466/DF, que discutia a possibilidade, ou não, do controle abstrato de constitucionalidade de projetos de emendas à Constituição, a referência ao caso *Marbury versus Madison* (1803) da Suprema Corte americana veio apenas para ilustrar a doutrina sobre a nulidade *versus* anulabilidade da norma declarada inconstitucional pela jurisdição constitucional.⁶³⁷ Não houve qualquer discussão comparativa, nem utilização do método de comparação entre precedentes que fosse relevante para o desfecho da questão, podendo ser classificado como um argumento diletante apenas.

O MS nº 21564/DF é o precedente histórico da Suprema Corte brasileira que julgou o conhecido caso do *impeachment* do ex-Presidente Collor de Mello. A discussão central do referido mandado de segurança era o procedimento de julgamento do processo político de perda de mandato perante o Congresso Nacional. Muitos detalhes desse procedimento foram questionados e resolvidos na decisão do Supremo Tribunal Federal: desde a própria competência da Corte para resolver questões consideradas como *interna corporis* das casas legislativas federais, até formalidades intrínsecas ao processo em si mesmo, como prazos, atos veiculadores, competência interna das casas, forma de escrutínio, dentre outros.

semelhante, de Virgínia do Oeste, e relativa ao gás natural. No terceiro, o Estado de Wisconsin pretendia proibir a importação de leite já pasteurizado, para com isso fomentar o negócio dos pasteurizadores locais. "

⁶³⁶ São eles: ADI nº 466/DF, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 03/04/1991, DJ de 10/05/1991; MS nº 21564/DF, Relator para o acórdão Ministro Carlos Velloso, Julgamento: 23/09/1992, DJ 27/08/93; ADI nº 74/RN, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 07/02/1992, DJ 25/09/1992; HC nº 69912, Relator para o acórdão Ministro Carlos Velloso, julgamento em 30/06/1993, DJ 26/11/1993; ADI-MC nº 975/DF, Relator Ministro Carlos Velloso, julgamento em 09/12/1993, DJ de 20/06/1997; MS nº 21689/DF, Relator Ministro Carlos Velloso, Julgamento: 16/12/1993, DJ 07/04/1995; ADI 1081/DF, Relator Ministro Francisco Rezek, Julgamento: 22/06/1994, DJ 03/12/1999; HC nº 71820/RJ, Relator para o acórdão Celso de Mello, Julgamento: 06/06/1995; DJ 06/12/2012; ADI-MC nº 1075/DF, Relator Ministro Celso de Mello, Julgamento: 17/06/1998, DJ 24/11/1998.

⁶³⁷ Eis o trecho do voto do Ministro Celso de Mello: "Essa nulidade do ato inconstitucional realiza, de modo bastante expressivo, a concretização do princípio da hierarquia das normas e das fontes de direito. A formulação clássica do Juiz Marshall - John Marshall -, na histórica decisão do caso *Marbury vs. Madison* (1803), antecipava esse juízo. Para o '*Chief Justice*', um ato do Poder Legislativo, que ofenda a Constituição, é '*void*', nulo."

De todas as questões discutidas neste mandado de segurança, o Supremo Tribunal Federal deu razão ao impetrante apenas em relação ao prazo para apresentação de sua defesa perante o Congresso Nacional, referendando todas as demais decisões do Poder Legislativo sobre o processo político em curso.

É o Ministro Moreira Alves quem faz referência a um precedente da Suprema Corte americana⁶³⁸, no caso *United States v. Ballin* (1892), como um argumento de reforço na discussão acerca da sindicabilidade, ou não, dos atos normativos *interna corporis* das casas legislativas pela jurisdição constitucional⁶³⁹. Ao lado da referência ao precedente oitocentista da Suprema Corte dos Estados Unidos, outras opiniões de doutrinadores de diferentes nacionalidades apoiavam a tese do Ministro de que os atos internos das casas legislativas também se submetiam ao controle de constitucionalidade, por estarem subordinados à Constituição, especialmente aos direitos fundamentais.

Muito embora o caso do *impeachment* do ex-Presidente Collor seja considerado um precedente histórico no constitucionalismo brasileiro, não há qualquer relevância, neste mandado de segurança, a referência a precedentes estrangeiros, uma vez que a discussão comparativa foi acidental e superficial. O caso *Marbury versus Madison*, por exemplo, aparece como uma referência indireta no voto do Ministro Néri da Silveira, para lembrar da importante função de jurisdição constitucional conferida à Suprema Corte brasileira, a partir do exemplo norte americano, não fizeram parte do debate e não foram importantes para as conclusões da Corte.⁶⁴⁰

⁶³⁸ Caso *United States v. Ballin* (1892).

⁶³⁹ Registra o Ministro Moreira Alves em seu voto: "É doutrina que vem do direito norte-americano, assentada desde que a Suprema Corte decidiu a questão *United States v. Ballin*, ocasião em que o Justice Brewer acentuou: 'A Constituição autoriza a cada Casa determinar suas normas de procedimentos. Não pode por suas normas ignorar restrições constitucionais ou transgredir direitos fundamentais, ...'" Cfr. MS nº 21564/DF, Relator para o acórdão Ministro Carlos Velloso, Julgamento: 23/09/1992, DJ 27/08/93

⁶⁴⁰ A referência ao Caso *Marbury v. Madison* (1803) foi feita pelo Ministro Néri da Silveira, no seguinte contexto: "Talvez, por isso mesmo, o Imperador Pedro II, em julho de 1889, recomendara a Salvador Mendonça e Lafayette Rodrigues Pereira, ao partirem em missão oficial aos Estados Unidos: "Estudem com todo o cuidado a organização do Supremo Tribunal de Justiça de Washington. Creio que nas funções da Corte Suprema está o segredo do bom funcionamento da Constituição norte-americana. Quando voltarem, haveremos de ter uma conferência a esse respeito. Entre nós, as coisas não vão bem, e parece-me que se pudéssemos transferir para ele as atribuições do Poder Moderador da nossa Constituição, ficaria esta melhor. Dêem toda a atenção a este ponto". ("apud" HISTORIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Léda Boechat Rodrigues, tomo I, pág. 1). Ora, o Poder Moderador de acordo com o art. 98 da Carta Política do Império era "a chave de toda a organização política", delegado privativamente ao Imperador, "para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos." Anota, nesse sentido, LEDA BOECHAT RODRIGUES: "Quatro meses depois o Imperador era deposto, mas essa sua idéia parecia estar na consciência de outros. Proclamada a República, a Constituição promulgada em 24 de fevereiro de 1891, copiando em grande

Um outro caso destacado, na última década do século passado, é a ADI nº 74/RN, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em fevereiro de 1992, em que se discutiam os contornos do controle de constitucionalidade abstrato entre nós. Tratava-se da impugnação de um ato estatal editado anteriormente à vigência da Constituição de 1988, levando o Supremo Tribunal Federal a refletir sobre o fenômeno da inconstitucionalidade superveniente.

Na verdade, a referência a precedentes estrangeiros⁶⁴¹, nesta ação, ocorreu de forma indireta, por meio da juntada do voto vencido do Ministro Sepúlveda Pertence proferido na ADI nº 02/DF, Relator Ministro Paulo Brossard, julgada na sessão anterior⁶⁴². A tese sustentada pelo Ministro Sepúlveda Pertence era a de que a verificação de compatibilidade entre uma norma pré-constitucional⁶⁴³ e uma nova Constituição não pode ser equiparada à recepção ou revogação, institutos típicos da resolução de antinomias entre normas no direito civil. Esta tese ficou vencida, mas a jurisprudência de cortes estrangeiras serviu para reforçá-la e apoiar a opinião do Ministro Sepúlveda Pertence que acabou vencida naquela oportunidade.

O HC nº 69912/RS, sob a relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, julgado no plenário da Corte em dezembro de 1993, discutia a questão do sigilo telefônico e a possibilidade de utilização de provas ilícitas, para fins de instrução penal. A tese vencedora foi a de que o sigilo das comunicações telefônicas somente poderia ser quebrado por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer (nos termos do art. 5º, XII, da Constituição Federal), o que ensejou discussão também sobre a reserva legal para o caso.

parte o sistema americano de governo, copiava também em certos pontos a Corte Suprema dos Estados Unidos e outorgou expressamente ao Supremo Tribunal Federal o poder de declarar a inconstitucionalidade das leis. Este poder fora, na República do Norte, conquistado para a Corte Suprema através da interpretação judicial, a partir do célebre caso *Marbury v. Madison* (1803)." Cfr. voto do Ministro Néri da Silveira no MS nº 21564/DF, Relator para o acórdão Ministro Carlos Velloso, Julgamento: 23/09//1992, DJ 27/08/93, p. 332.

⁶⁴¹ Sentença nº 1 de 1956 da Corte Constitucional da Itália e decisões de 20.03.1953 e 02.10.1968 da Corte Constitucional da Alemanha.

⁶⁴² Curioso que a referência é tão sutil, que o setor de documentação do Supremo Tribunal Federal não anotou a citação a precedentes estrangeiros na ADI nº 02/DF, fazendo apenas em relação à ADI nº 74/RN. Note também que a referência está incompleta, pois provavelmente não foi objeto de consulta documental, mas apenas documentação indireta em bibliografia jurídica especializada.

⁶⁴³ Até hoje prevalece a tese firmada no referido precedente entre nós, com algumas ressalvas em virtude da complexidade de nosso modelo de controle abstrato/concreto, principalmente em face da utilização da Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental: "A incompatibilidade vertical superveniente de atos do Poder Público, em face de um novo ordenamento constitucional, traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores. O exame da revogação de leis ou atos normativos do Poder Público constitui matéria absolutamente estranha à função jurídico-processual da ação direta de inconstitucionalidade"

Outro tema que veio a tona no referido caso foi a possibilidade de utilização da prova ilicitamente obtida como forma de fundamentar condenação criminal. Sobre o tema, o voto do Ministro Sepúlveda Pertence foi categórico ao vincular-se aos fundamentos da jurisprudência estrangeira⁶⁴⁴ referenciada:

"(...) o caso demanda a aplicação da doutrina que a melhor jurisprudência americana constituiu sob a denominação de princípios dos *'fruits of the poisonous tree'*: é que às provas diversas do próprio conteúdo das conversações telefônicas interceptadas só se pode chegar, segundo a própria lógica das sentença, em razão do conhecimento delas, isto é, em consequência da interceptação ilícita de telefonemas."⁶⁴⁵

Mas foi o Ministro Celso de Mello que, ao trazer a *"Exclusionary Rule"* mencionou três precedentes da Suprema Corte americana⁶⁴⁶ segundo os quais os limites impostos à atividade investigatória e de produção probatória desenvolvida pela polícia e pelo Ministério Público destinam-se a proteger, pelo banimento processual de evidências ilicitamente coligidas, os réus criminais contra a ilegítima ou ilegal colheita de prova incriminadora⁶⁴⁷.

Esta tese, entretanto, de que a quebra do sigilo telefônico era norma de âmbito de proteção normativo, a exigir regulamentação formal para seu exercício, não bastando a autorização judicial, acabou por não prevalecer no caso concreto⁶⁴⁸. Na verdade, esta tese acabou ficando em suspense, porque a nulidade do ato de constrição da liberdade não foi declarada, naquele caso com base exclusivamente nela, uma vez que se admitiu que outros elementos probatórios o sustentavam.

Verifica-se, pois, mais uma vez, que a invocação de precedentes estrangeiros serviu como reforço argumentativo em teses que não foram premissas das decisões da Suprema Corte brasileira. Neste caso, inclusive, a própria tese, por não ter sido objeto de reflexões e debates, acabou perdendo-se no precedente do Supremo Tribunal Federal.

⁶⁴⁴ Caso: *Wong Sun v. United States*, 371 U.S.471, 1962.

⁶⁴⁵ Cfr. HC 69912/RS, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 26/11/1993.

⁶⁴⁶ São eles: *Wong Sun v. United States* (1962); *Garrity v. New Jersey* (1967); *Mapp v. Ohio* (1961).

⁶⁴⁷ Anote-se aqui, por importante, que esses mesmos precedentes no contexto do mesmo argumento também foi referenciado no voto do Ministro Celso de Mello no HC nº 87654/PR, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgamento em 07/03/2006, DJ 20/04/2006, p. 279.

⁶⁴⁸ Ficaram vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Francisco Rezek, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Celso de Mello.

Na ADI-MC nº 975/DF, Relatório Ministro Carlos Velloso, julgada em 09/12/1993, o famoso caso *Marbury versus Madison* foi referenciado pelo Ministro Celso de Mello para lembrar que os magistrados e as Cortes de Justiça compartilham da responsabilidade de guardar a Constituição Federal, sob pena de tornar inúteis todas as demais regras contra privilégios e favores particulares⁶⁴⁹.

Mais um capítulo do Caso do *impeachment* do ex-Presidente Collor de Mello foi julgado pela Suprema Corte brasileira, no MS nº 21689/DF, Relator Ministro Carlos Velloso, em 16 de dezembro de 1993. Tratava-se de mandado de segurança impetrado contra a Resolução nº 101/92 do Senado Federal, que aplicou a Fernando Collor de Mello a pena de inabilitação por oito anos para exercício de função pública, mesmo após o pedido de renúncia durante o processo de *impeachment*.

Um primeiro registro importante é a referência à doutrina e jurisprudência norte-americanas⁶⁵⁰, já no voto do Ministro Carlos Velloso, relator do feito, reafirmando o poder da Suprema Corte de avançar no controle de constitucionalidade do processo político de *impeachment*. A questão da renúncia do Presidente no curso do processo de *impeachment* também foi objeto de reflexão comparativa⁶⁵¹.

O voto do Ministro Celso de Mello, sobre a preliminar de impossibilidade de controlar judicialmente os atos do processo político de *impeachment*, foi o que fez referência mais substancial aos precedentes da Suprema Corte americana, forte no argumento de que não há órgãos da República insensíveis ao poder de controle de compatibilidade de seus atos com a Constituição Federal⁶⁵². O poder de interpretar e concretizar os preceitos constitucionais foi lembrado na referência ao célebre Caso *McCulloch v. Maryland*, de 1819, que consagra a doutrina dos poderes implícitos, seguida da confirmação segura da competência do Supremo Tribunal Federal para controle constitucional do processo de *impeachment*:

"E é, precisamente, com a consciência da extrema gravidade desse ato de interpretação jurisprudencial - que muito mais revela, na essência e na intimidade de seu conteúdo, o exercício de um extraordinário e fundamental

⁶⁴⁹ Cfr. voto do Ministro Celso de Mello na ADI-MC nº 975/DF, Relator Ministro Carlos Velloso, julgamento em 09/12/1993, DJ de 20/06/1997, p. 270-271.

⁶⁵⁰ Caso *Powell v. Mc Cormack* (1969); *Savings Bank v. Archbold* (1881).

⁶⁵¹ Caso *P. K. Lawrence*, em 1839, Caso *J. C. Watrous*, em 1860, *M. H. Delahay*, em 1872, Caso *E. Durel*, em 1874 e *R. Busteed*, em 1874, Caso General William Belknap (1876).

⁶⁵² Aqui o precedente invocado é o Caso *Powell v. Mc Cormack* (1969).

poder de índole político-jurídica atribuído ao Supremo Tribunal Federal -, que, tenho para mim, de modo tão claro quanto inequívoco, que razões de Estado ou invocações pertinentes a clamores que emergem da comunhão nacional não podem ressoar nesta Corte Suprema - a quem se outorgou a magna prerrogativa de preservar, com absoluta isenção, a intangibilidade da Lei Fundamental do País -, como fatores impositivos e subordinantes de um pronunciamento jurisdicional ou, ainda, como alegações supostamente legitimadoras de uma decisão que, qualquer que ela possa ser, venha a desconsiderar o significado profundo das conquistas que, nas formações sociais contemporâneas, representem os documentos constitucionais impregnados de essência democrática."⁶⁵³

E o Ministro Celso de Mello avança nas referências a precedentes de cortes estrangeiras para além daqueles firmados pela Suprema Corte federal, citando também casos de supremas cortes estaduais que referendavam a tese da revisibilidade judicial do processo de *impeachment*.⁶⁵⁴ O voto do Ministro Celso de Mello é cuidadosamente fundamentado em doutrina e jurisprudência estrangeiras analisadas com acuidade, fazendo ampla digressão sobre o que pensam os norte-americanos sobre o tema da revisibilidade judicial discutida perante o Supremo Tribunal Federal.

Em precedente de importância histórica inegável, veiculador de discussões que constituem vetores direcionadores da postura do Supremo Tribunal Federal, no contexto político brasileiro, até os dias atuais, não há dúvidas de que a referência aos precedentes da Suprema Corte americana sustentou postura ativista da Corte, especialmente pela voz dos Ministros Celso de Mello e Carlos Velloso, gerando reflexos inequívocos no devir histórico das relações da Suprema Corte brasileira com o Poder Legislativo⁶⁵⁵.

Em 1994, na ADI nº 1081/DF, sob a relatoria do Ministro Francisco Rezek, a discussão foi sobre a constitucionalidade de uma medida provisória que estabeleceu regras, com efeitos retroativos, para a conversão das mensalidades escolares dos estabelecimentos

⁶⁵³ Cfr. MS nº 21689/DF, Relator Ministro Carlos Velloso, Julgamento: 16/12/1993, DJ 07/04/1995.

⁶⁵⁴ Neste particular fez referências aos casos: *Ferguson v. Maddox* (6th Cir, 1967), *Caso Ritter v. US* (5th Cir, 1978), *Caso Nixon* (1973).

⁶⁵⁵ Aqui não posso deixar de registrar, por compromisso com a história, que a discussão é muito atual, estando em debate, na época da defesa desta tese, a constitucionalidade da Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2011.

particulares de ensino em unidade real de valor (URV), em face da garantia constitucional do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988).

Uma vez mais, é o voto do Ministro Celso de Mello que traz a citação a precedentes da jurisprudência norte-americana⁶⁵⁶, lembrando que a primeira Constituição escrita a conter cláusula protetora dos atos jurídicos perfeitos foi a Constituição dos Estados Unidos de 1787. Afirma, ainda, que tal norma da Constituição norte-americana teve sua eficácia assegurada em diversos precedentes da Suprema Corte, dentre eles os Casos *Fletcher v. Peck* (1810), *Dartmouth College v. Woodward* (1819), e *Sturges v. Crowninshield* (1819).

Não houve debate, nem aprofundamento sobre os paradigmas norte-americanos, de modo que a referência feita pelo Ministro Celso de Mello revelou-se mais como um argumento diletante do magistrado do que como uma referência comparativa para a decisão colegiada da Suprema Corte brasileira.

No HC nº 71820/RJ, cujo relator para o acórdão foi o Ministro Celso de Mello, julgado em 06/06/1995, a discussão cingia-se à adequação, ou não, do uso de *habeas corpus* com a finalidade de coibir suposto abuso no ato que ordena a movimentação de reclusos do sistema penitenciário dentro do próprio sistema prisional. O Ministro Octávio Gallotti, ao argumentar que a Administração pública estava sujeita ao controle de constitucionalidade fez referência, quase burocrática, ao célebre precedente da Suprema Corte americana no caso *Marbury v. Madison* (1803).

Não se pode dizer que tal referência é um exemplo de utilização de precedente estrangeiro no contexto de uma metódica comparativa, pois o argumento comparativo, nesse caso foi utilizado apenas com finalidade retórica ou quase retórica.

Por fim, a ADI nº 1075/DF, discutida e julgada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, em 17 de junho de 1998 encerra a lista de precedentes do Supremo Tribunal com referências a decisões estrangeiras da década de 90. A questão debatida na ação direta de inconstitucionalidade envolvia discussão sobre tributação confiscatória e delegação legislativa.

O caso versava sobre a constitucionalidade de uma lei federal que instituiu uma multa fiscal resultante de inadimplemento na ordem de 300% (trezentos por cento). A decisão

⁶⁵⁶ Casos *Fletcher v. Peck* (1810), *Dartmouth College v. Woodward* (1819), *Sturges v. Crowninshield* (1819).

colegiada do Supremo Tribunal Federal foi no sentido de declarar inconstitucional a norma, sob o argumento de que

"O poder público, especialmente em sede de tributação (mesmo tratando-se da definição do quantum pertinente ao valor das multas fiscais), não pode agir imoderadamente, pois a atividade governamental acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade que se qualifica como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais."⁶⁵⁷

O Ministro Celso de Mello, em seu voto, destaca a função do Poder Judiciário como garante dos direitos fundamentais dos contribuintes, direitos estes que uma vez presentes no "Estatuto constitucional dos contribuintes" são oponíveis ao poder do Estado. Para fechar o seu argumento valeu-se das palavras do Justice Oliver Wendell Holmer Júnior⁶⁵⁸: "*The power to tax is not the power to destroy while this court sits*", que em tradução livre feita pelo próprio Ministro Celso de Mello seria: "*o poder de tributar não significa nem envolve o poder de destruir, pelo menos enquanto existir esta Suprema Corte*".

Verifica-se, portanto, que não se trata propriamente de uma comparação constitucional, por meio de referências a precedentes estrangeiros, mas tão-somente da construção - quase com efeitos exortativos - de um argumento que já estava consolidado na argumentação de seu voto e da própria decisão colegiada do Supremo Tribunal Federal.

Registre-se, por fim, que esta citação ao argumento do Justice Oliver Wendell Holmer Júnior é reproduzida, por outros Ministros além do Ministro Celso de Mello, em julgados posteriores da Corte.⁶⁵⁹

⁶⁵⁷ Cfr. ADI-MC nº 1075/DF, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 17/06/1998, DJ 24/11/2006.

⁶⁵⁸ No caso: *Panhandle Oil Co. v. State of Mississippi Ex Rel. Knox* (1928), da Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

⁶⁵⁹ Vide, por exemplo: QO-ADI-MC nº 2551/MG, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento: 02/04/2003; DJ 20/04/2006; ADC-MC nº 18/DF, Relator Ministro Menezes Direito, julgamento em 13/08/2008, p. 71-72. Vide ainda: AC-MC nº 33/PR, Relator para o acórdão Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 24/11/2010, p. 81-82; e RE nº 389808/PR, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 15/12/2010, DJ de 10/05/2011, p. 257.

3.3.4. De 2000 a 2005

Nos primeiros anos do século XXI, o número de julgados do Supremo Tribunal Federal em que se encontram referências a precedentes estrangeiros aumentou vertiginosamente.

O fenômeno deve ser interpretado com cautela para não conduzir a conclusões superficiais e precipitadas, uma vez que vários fatores contribuíram para essa realidade. Somente para mencionar dois deles, é de se destacar que o número de processos distribuídos e julgados pela Corte no período como o maior de toda a história do Supremo Tribunal Federal; e, também, que os recursos tecnológicos e a sofisticação dos processos de indexação e documentação tiveram incremento considerável.

O fato é que entre os anos 2000 e 2005, 25 acórdãos do Supremo Tribunal Federal registraram a presença de decisões estrangeiras na argumentação dos Ministros da Corte. São 8 habeas corpus, 6 ações diretas de inconstitucionalidade, 4 mandados de segurança, 4 recursos extraordinários, 1 intervenção federal, 1 petição e 1 agravo de instrumento os processos em que os precedentes de cortes supremas e constitucionais estrangeiras fizeram parte da fundamentação das decisões do Supremo Tribunal Federal. A análise de cada um e todos eles permitirá esboçar algumas conclusões sobre o objeto do presente estudo.

No ano 2000, dois *habeas corpus* impetrados no Supremo Tribunal Federal levaram a Corte a discutir o direito fundamental ao silêncio e a proteção contra a auto-incriminação, no contexto das Comissões Parlamentares de Inquérito. O Supremo, à época, era presidido pelo Ministro Carlos Velloso, que conduziu os julgamentos que concretizaram direitos fundamentais de investigados na chamada "CPI do Narcotráfico".

Por ocasião desses julgamentos, ocorridos em abril e novembro de 2000, o direito ao silêncio e o privilégio constitucional contra a auto-incriminação, lastreadas na doutrina e jurisprudência norte-americana⁶⁶⁰, foram discutidos conjuntamente com os princípios da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988) e da não-culpabilidade, bem com o princípio da separação de poderes, sem referências a precedentes estrangeiros.

⁶⁶⁰ Os casos mencionados foram: caso *Miranda v. Arizona* (1966); e o caso *Escobedo v. Illinois* (1966), reproduzidos nos dois habeas corpus pelo voto do Ministro Celso de Mello.

O HC nº 79589/DF, da relatoria do Ministro Octávio Gallotti, foi impetrado preventivamente com o objetivo de autorizar o paciente a comparecer à sessão para a qual tinha sido convocado a depor, em comissão parlamentar de inquérito, mas recusar-se a falar, sob o argumento de que tinha direito subjetivo ao silêncio, em virtude de privilégio constitucional contra auto-incriminação.

O parecer do Ministério Público, de Geraldo Brindeiro, fez referência à jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos⁶⁶¹ no caso *Miranda v. Arizona* (1966) e o mesmo caso foi lembrado pelo Ministro Celso de Mello, em seu voto, ao lado do caso *Escobedo v. Illinois* (1966), ambos para reforçar os argumentos de concretização do direito fundamental ao silêncio, como um corolário do princípio constitucional do devido processo legal⁶⁶².

Não houve debates entre os Ministros sobre os casos referenciados, e o direito estrangeiro não foi objeto de maiores considerações por parte do Ministro Celso de Mello, sendo usado como mais um, entre diversos outros fundamentos de doutrina e jurisprudência nacionais, para justificar o seu voto de concessão do *habeas corpus*, acompanhado à unanimidade pelos demais magistrados.

Essa situação renovou-se no HC nº 79812/SP, já sob a relatoria do próprio Ministro Celso de Mello, que reproduziu seu voto da assentada anterior, fazendo as mesmas referências anteriormente apresentadas ao plenário da Corte.

Em 2001, foi concluído o julgamento da ADI nº 2251, Relator Ministro Sydney Sanches, em que se discutia se a falta de aditamento da petição inicial de ação direta de inconstitucionalidade em virtude de sucessivas reedições da medida provisória cuja inconstitucionalidade nela se discutia prejudicava, ou não, a referida ação.

⁶⁶¹ Literalmente: "Devo lembrar ainda, a propósito do tema, a famosa decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América no *Miranda case*, na qual se inspirou o dispositivo da Constituição Brasileira, segundo a qual tal direito de permanecer calado assegura a não auto-acusação ("nemo tenetur seipsum accusare"), uma vez que qualquer declaração feita durante as investigações pelo suspeito poderá ser usada contra ele no processo (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 444, 478, 479, 86 S. Ct. 1602, 1612, 1630, 16 L. Ed. 2d 694)."

⁶⁶² Tais precedentes também foram trazidos pelo Ministro Celso de Mello em seu voto no HC nº 94016/SP, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 16/09/2008, DJ de 27/02/2009, p. 313-314. A discussão no referido *habeas corpus* cingia-se ao reconhecimento a estrangeiro não domiciliado no Brasil de direitos fundamentais relacionados à cláusula do devido processo legal, mais especificamente do direito à ampla defesa e do direito ao silêncio. A única novidade do voto do Ministro Celso de Mello no HC nº 94016/SP foi a referência ao caso *Dickerson v. United States*, 530 U.S.428 (2000), sob a advertência de que o Poder Legislativo não estava autorizado a mitigar o direito ao silêncio por lei ordinária, uma vez que se tratava de cláusula diretamente decorrente dos direitos fundamentais da Constituição.

A referência à Sentença nº 306, de 1996, da Corte Constitucional italiana veio no voto do Ministro Sydney Sanches para trazer um paradigma estrangeiro à discussão acerca da constitucionalidade de reedições, e também das reedições com alterações de conteúdo, de medidas provisórias. O paralelismo com o instituto, também presente no ordenamento constitucional italiano, trouxe como reforço argumentativo o caso em que a Corte Constitucional da Itália discutia as circunstâncias em que o decreto-legge poderia ser reeditado.

Vale o registro, no entanto, que a discussão em que foi mencionado o precedente italiano não constituiu objeto de debates entre os Ministros da Corte, pois acabou prejudicada pela tese da obrigatoriedade de aditamento da petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade, uma questão afeta ao procedimento/processo constitucional, que não aproveitou os fundamentos da decisão estrangeira.

O HC nº 81963/RS, mais um sob a relatoria Ministro Celso de Mello, foi julgado em junho de 2002, sendo o único julgado do Supremo Tribunal Federal a fazer menção a decisões estrangeiras naquele ano. Discutiu-se, na Segunda Turma da Corte, acerca dos elementos que caracterizam um crime militar, para efeitos de definição de competência para seu processamento e julgamento por um juiz natural: se a Justiça Militar ou a Justiça Comum.

Já na ementa do julgado está explícita a referência exortativa ao caso *Ex Parte Milligan* (1866), da Suprema Corte dos Estados Unidos, que, segundo o Ministro Celso de Mello, constitui um "precedente histórico valioso". Ao discutir a competência jurisdicional para o caso, foi amplamente considerado o princípio do juiz natural⁶⁶³ (art. 5º, LIII, da Constituição Federal de 1988) e trazida como referência histórica memorável a decisão da Suprema Corte americana no caso *Milligan*⁶⁶⁴.

⁶⁶³ São palavras do Ministro Celso de Mello: "A tentativa de o Poder Público, arbitrariamente, fora das estritas hipóteses legais, pretender sujeitar, a Tribunais Castrenses, em tempos de paz, réus civis, fazendo instaurar, contra eles, perante órgãos da Justiça Militar da União, procedimentos de persecução penal, por suposta prática de crime militar, representa clara violação ao princípio constitucional do juiz natural (CF, art. 5º, LIII)."

⁶⁶⁴ Vide também o HC nº 105348/RS, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 19/10/2010, DJ de 11/02/2011, em que esta mesma questão esteve sob julgamento. O voto do Ministro Celso de Mello renovou a referência ao Caso *Ex Parte Milligan* (1866), da Suprema Corte dos Estados Unidos e acrescentou uma referência à decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso *Palamara Iribarne vs. Chile* (2005). Cfr voto do Ministro Celso de Mello no referido HC nº 105348/RS, p. 15 a 17 de 27 (processo eletrônico) e também no HC-MC nº 109544/BA, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 09/08/2011, DJ de 31/08/2011; e ainda no HC nº 107731/PE, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 13/09/2011, DJ de 02/03/2012.

O Ministro Celso de Mello analisou com acuidade o contexto em que foi tomada a decisão estrangeira trazida para o seu voto, bem como transcreveu trechos da referida decisão na sua argumentação. E concluiu: "Todas essas considerações revelam-se de indiscutível importância em face do caráter de fundamentalidade de que se reveste, em nosso sistema jurídico, o princípio do juiz natural."⁶⁶⁵

A ordem foi concedida por meio de decisão turmária do Supremo Tribunal Federal, pela unanimidade dos magistrados daquele órgão fracionário da Corte, não havendo debates registrados no acórdão.

O ano de 2003 marca uma maior abertura da argumentação dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal aos precedentes estrangeiros, registrando em seu banco de julgados seis precedentes com referências a decisões de Cortes supremas ou constitucionais de outros países⁶⁶⁶.

Em fevereiro de 2003, o Ministro Gilmar Mendes, juntou o voto vencedor que proferiu na IF nº 2915/SP⁶⁶⁷ na IF nº 1262/SP, fazendo referência a um célebre julgado do Tribunal Constitucional alemão, como caso paradigmático na discussão sobre aplicação do princípio da proporcionalidade como parâmetro para a solução de conflitos entre princípios constitucionais. Era o primeiro precedente da Corte Constitucional alemã trazida como argumento comparado, em caso que debatia especificamente a concretização de direitos fundamentais, para as decisões do Supremo Tribunal Federal⁶⁶⁸.

Tratava-se de discussão acerca da possibilidade, ou não, de deferir pedido formulado em intervenção federal, na qual se alegava descumprimento de ordem de pagamento de precatório judicial vencido. O Ministro Gilmar Mendes, com esteio na doutrina e jurisprudência alemãs, afirmou que "o exame da proporcionalidade, no caso em apreço, exige

⁶⁶⁵ Cfr. HC nº 81963, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento: 18/06/2002; DJ 28/10/2004.

⁶⁶⁶ São eles: IF nº 1262/SP, Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, julgamento: 26/02/2003; DJ de 06/02/2004; QO-ADI-MC nº 2551/MG, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento: 02/04/2003; DJ 20/04/2006; ADI nº 2327/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento: 08/05/2003; DJ de 22/08/2003; HC nº 82424/RS, Relator para o acórdão Ministro Maurício Corrêa, julgamento: 17/09/2003; DJ 19/03/2004; MS nº 24510/DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgamento: 19/11/2003, DJ de 19/03/2004; IF nº 2915/SP, Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, julgamento: 03/02/2003, DJ de 28/11/2003.

⁶⁶⁷ Cfr. IF nº 2915/SP, Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, julgamento: 03/02/2003, DJ de 28/11/2003.

⁶⁶⁸ A observação aqui é de que a jurisprudência alemã já tinha sido citada anteriormente, pelo Ministro Sepúlveda Pertence, nas ADIs nº 02 e 74, que cuidavam de tema afeto ao devido processo constitucional.

algumas considerações sobre o contexto factual e normativo em que se insere a presente discussão."⁶⁶⁹

E, a pretexto de contextualizar faticamente o problema posto, o Ministro Gilmar Mendes invocou a decisão da Corte Constitucional alemã no caso do *numerus-clausus* de vagas nas universidades⁶⁷⁰, em que aquela Corte estrangeira reconheceu que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estavam submetidas à reserva do financeiramente possível⁶⁷¹.

A decisão estrangeira não foi objeto de consideração e debates entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, no julgamento das intervenções federais 2915 e 1262, nem seus argumentos apresentaram-se fundamentais para o desfecho da decisão colegiada da Corte, servindo a referência feita pelo Ministro Gilmar Mendes apenas como premissa comparativo-histórica e apoio argumentativo, caso paradigmático como ele próprio classificou, para o seu voto vencedor naquele caso concreto⁶⁷².

A ADI nº 2551/MG, da relatoria do Ministro Celso de Mello, discutiu a concretização da garantia constitucional da não-confiscatoriedade⁶⁷³, bem como da relação entre princípio da proporcionalidade (ou proibição de excesso) e o poder do Estado de tributar⁶⁷⁴. O voto do Ministro Celso de Mello trouxe a referência a dois precedentes da Suprema Corte americana:

⁶⁶⁹ IF nº 1262/SP, Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, julgamento: 26/02/2003; DJ de 06/02/2004, voto da IF nº 2915/SP anexado.

⁶⁷⁰ Decisão referida: BVerfGE 33, 303 (333) do Tribunal Constitucional alemão.

⁶⁷¹ Registra o Ministro Gilmar Mendes nesse contexto: "Nesse caso, segundo o Tribunal alemão, não pode existir qualquer obrigação constitucional que faça incluir o dever de, no sistema educacional, fornecer vagas a qualquer tempo e a qualquer um que as pleiteie, exigindo altos investimentos destinados a suprir demandas individuais sem qualquer consideração sobre o interesse coletivo (BVerfGE 33, 303 (333))." Cfr. IF nº 1262/SP, Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, julgamento: 26/02/2003; DJ de 06/02/2004.

⁶⁷² É importante observar que a referência a esta decisão da Corte Constitucional alemã não mais aparece em outros votos do Ministro Gilmar Mendes, havendo o registro da sua utilização pelos Ministros Ricardo Lewandowski (HC nº 91676/RJ) e Eros Grau (HC nº 84078/MG), em julgamentos de 2009.

⁶⁷³ E ementa define: "O ordenamento constitucional brasileiro, ao definir o estatuto dos contribuintes, instituiu, em favor dos sujeitos passivos que sofrem a ação fiscal dos entes estatais, expressiva garantia de ordem jurídica que limita, de modo significativo, o poder de tributar de que o Estado se acha investido. Dentre as garantias constitucionais que protegem o contribuinte, destaca-se, em face de seu caráter eminente, aquela que proíbe a utilização do tributo - de qualquer tributo - com efeito confiscatório (CF, art. 150, IV)." Cfr: QO-ADI-MC nº 2551/MG, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento: 02/04/2003; DJ 20/04/2006.

⁶⁷⁴ Sobre isso registra a ementa da ADI 2551/MG: "O Poder Público, especialmente em sede de tributação, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade, que traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veja dos excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público." Cfr: QO-ADI-MC nº 2551/MG, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento: 02/04/2003; DJ 20/04/2006.

o caso *McCulloch v. Maryland* (1819); e o caso *Panhandle Oil Co. v. State of Mississippi* (1928).

O caso *McCulloch v. Maryland* (1819) foi lembrado pelo Ministro Celso de Mello, fazendo referência ao RE nº 18331/SP, da relatoria do Ministro Orosimbo Nonato, para dar sustentação à tese de que o "poder de tributar não pode chegar à desmedida do poder de destruir."⁶⁷⁵

A referência ao caso *Panhandle Oil Co. v. State of Mississippi* (1928) é reprodução do argumento, já explicitado pelo Ministro Celso de Mello na ADI nº 1075/DF, em que se destacou a função do Poder Judiciário como garante dos direitos fundamentais dos contribuintes⁶⁷⁶.

Nesse julgado, é possível começar a perceber fenômeno que registrarei, cuidadosamente, como uma possível tendência, entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, de utilizarem os mesmos argumentos fundados em decisões estrangeiras como reforço de argumentação para as decisões tomadas em diferentes casos brasileiros.

Na ADI nº 2327/SP, julgada em maio de 2003, o voto do Ministro Gilmar Mendes fez referência ao caso *Apotheken-Urteil* da Corte Constitucional alemã⁶⁷⁷. Na ação direta de inconstitucionalidade apresentada ao Supremo Tribunal Federal, discutia-se a constitucionalidade de uma lei paulista que disciplinava a instalação de novos

⁶⁷⁵ Muito embora não esteja registrada em nossa pesquisa o julgado de 1951 do Supremo Tribunal Federal no RE nº 18331/SP, mesmo porque não há indicação expressa de decisão estrangeira em sua argumentação, vale registrar a passagem mencionada no voto do Ministro Celso de Mello: "*O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, substituído o conhecido axioma de Marshall pelo de que "the power to tax is the power to keep alive". Cita, ainda, o juiz erudita conferência do prof. Bilac Pinto tirada a lume na Rev. For., vol. 82, p. 547 que vale por eloquente preconício da doutrina elaborada na Corte Suprema dos Estados Unidos de que o poder de taxar 'somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade.*" Cfr: RE nº 18331, Relator Ministro Orosimbo Nonato, DJ 08/11/1951. Registre-se também que a mesma referência foi lembrada pelo Ministro Marco Aurélio no seu voto no RE nº 562351/RS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento em 04/09/2012, DJ de 14/12/2012, p. 28 de 33 (processo eletrônico).

⁶⁷⁶ Por ocasião dos dois julgamentos, o Ministro Celso de Mello fez citação de *Oliver Wendell Holmer Júnior*: "*The power to tax is not the power to destroy while this court sits*", que em tradução livre feita pelo próprio Ministro Celso de Mello seria: "*o poder de tributar não significa nem envolve o poder de destruir, pelo menos enquanto existir esta Suprema Corte*". Cfr também o mesmo argumento em: ADI-MC nº 1075/DF, Relator Ministro Celso de Mello, Julgamento: 17/06/1998, DJ de 24/11/1998, p. 195-196; ADC-MC nº 18/DF, Relator Ministro Menezes Direito, julgamento em 13/08/2008, p. 71-72. Vide ainda: AC-MC nº 33/PR, Relator para o acórdão Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 24/11/2010, p. 81-82; e RE nº 389808/PR, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 15/12/2010, DJ de 10/05/2011, p. 257.

⁶⁷⁷ Caso das farmácias (*apotheken-urteil*): BverfGE 7, 377, Corte Constitucional alemã (1958).

estabelecimentos de comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos em cidades com mais de 30.000 habitantes.

Após remeter a um precedente específico em que o Supremo Tribunal já havia decidido caso semelhante⁶⁷⁸, o Ministro Gilmar Mendes fez registro "apenas à guisa de referência no direito comparado" à clássica decisão da Corte Constitucional alemã no caso chamado *apotheken-urteil*⁶⁷⁹. Explicou que a Corte Constitucional alemã confirmou seu poder para proceder à aferição dos fatos e prognoses legislativas, bem como enfrentou a questão da liberdade que tem o legislador para optar pelos meios que entender mais adequados, dentre aqueles que preservem as garantias e direitos decorrentes da Constituição⁶⁸⁰.

Não houve debates entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal quanto aos argumentos levantados tendo como referência o precedente da Corte Constitucional alemã, no caso *apotheken-urteil*, pois a ação direta de inconstitucionalidade foi decidida com fundamento em vício formal da norma impugnada. Também não houve, ainda, outro julgado do Supremo Tribunal Federal em que se fizesse referência a esse mesmo caso. O registro aqui teve, portanto, valor puramente histórico.

Em setembro de 2003, foi julgado o HC nº 82424/RS, da relatoria originária do Ministro Moreira Alves, tendo sido relator para o acórdão o Ministro Maurício Corrêa. Trata-se de um dos casos mais importantes da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, merecendo amplo destaque como uma das referências mais significativas do banco de julgados da Corte, no que diz respeito à concretização de direitos fundamentais.

A discussão cingia-se ao conflito entre a liberdade de expressão e manifestação do pensamento e a proibição de práticas racistas e anti-semitas, prevalecendo na Corte Suprema brasileira o entendimento de que:

⁶⁷⁸ Tratava-se do RE nº 193749, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 04/05/2001.

⁶⁷⁹ É o próprio Ministro Gilmar Mendes que explica em seu voto: "Trata-se do caso chamado *apotheken-urteil*, no qual se discutiu a legitimidade de lei do Estado da Baviera que condicionava a instalação de novas farmácias e a uma especial permissão da autoridade administrativa. Questionou-se a legitimação da Corte Constitucional para proceder ao exame da adequação de uma dada medida legislativa, porquanto ela não estaria em condições de verificar a existência de outro meio igualmente eficaz e, ainda que isto fosse passível, de confirmar se esse exame seria realizável por parte do legislador." Cfr. ADI nº 2327/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento: 08/05/2003; DJ de 22/08/2003, p. 153-154.

⁶⁸⁰ Esse argumento e os precedentes da Corte Constitucional alemã também podem ser encontrados no voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI nº 1194/DF, Relatora para o acórdão Ministra Carmen Lucia, julgamento em 20/05/2009, p. 59-62.

"Escrever, editar, divulgar e comercializar livros fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias contra a comunidade judaica (...) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII)."⁶⁸¹

A referência a decisões de cortes estrangeiras foi abundante neste caso, de modo que a análise do acórdão de 488 páginas do Supremo Tribunal Federal será feita com enfoque mais quantitativo do que qualitativo. Isso porque, um estudo qualitativo de maior envergadura nesse precedente do Supremo Tribunal Federal exigiria esforço de pesquisa que desborda dos limites proposto para o presente trabalho⁶⁸².

Já na ementa, destaca-se a preocupação do Ministro Sepúlveda Pertence, Relator para o acórdão, com a comparação jusfundamental, afirmando que

"A exemplo do Brasil, as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo."⁶⁸³

Ao todo, são referenciados 15 julgados de 6 Cortes e/ou Tribunais diferentes: Caso United States versus Lemrick Nelson, Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos (1999); Caso Mandla and another versus Dowell Lee and another, Câmara dos Lords na Inglaterra (1983); Caso Shaare Tefila Congregation versus Cobb Suprema Corte Americana (1987), Caso Lüth: BverfGE 7, Corte Constitucional Alemã (1958); Caso Livro sobre a Guerra: BverfGE 90, Corte Constitucional Alemã (1994); Caso soldados assassinos: BverfGE

⁶⁸¹ Cfr. HC nº 82424/RS, Relator para o acórdão Ministro Maurício Corrêa, julgamento: 17/09/2003; DJ 19/03/2004.

⁶⁸² Aliás é de deixar registrado que há, desde 2009, estudo meu e de minha ex-orientanda, hoje colega de docência no Centro Universitário de Brasília - UniCeub, Ariane Guimarães, cuja proposta é exatamente uma investigação mais minuciosa sobre o tema. Cfr. GUIMARÃES, Ariane Costa; SILVA, Christine Oliveira Peter da. A utilização do método comparativo pelo Supremo Tribunal Federal, in *Direito Público* (Porto Alegre), v. 30, p. 198-211, 2009.

⁶⁸³ Cfr. HC nº 82424/RS, Relator para o acórdão Ministro Maurício Corrêa, julgamento: 17/09/2003; DJ 19/03/2004.

93, Corte Constitucional Alemã (1995); Caso do Romance Pornográfico: BverfGE 83, Corte Constitucional Alemã (1990); Caso *Terminiello versus Chicago*, Suprema Corte Americana (1949); Caso *R.A.V. versus City of St. Paul*, Suprema Corte Americana (1992); Caso *Texas versus Johnson*, Suprema Corte Americana (1989); Caso *Publicação cômica contra o povo judeu: Sentença nº 176*, Tribunal Constitucional Espanhol (1995); Caso *Schenck versus United States*, voto do Juiz Oliver Wendell Holmes Jr., Suprema Corte Americana (1919); Caso *Virginia versus Black et Al*, Suprema Corte Americana (2003); Caso *Jersild versus Dinamarca*, Corte Européia de Direitos Humanos (1994); caso *Lehideux e Isorni versus França*, Corte Européia de Direitos Humanos (1998).

Este caso apresenta-se, portanto, como um dos precedentes mais importantes da Corte Suprema brasileira para a investigação do fenômeno da transjusfundamentalidade entre nós, tendo em vista que uma análise detalhada dos argumentos de cortes estrangeiras presentes nos pensamentos dos Ministros que registraram em seus votos as decisões de Cortes alienígenas poderá oferecer diversas pistas sobre a transjusfundamentalidade entre nós⁶⁸⁴.

No MS nº 24510/DF, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, a discussão enfrentava os limites da competência do Tribunal de Contas da União, no que tange ao poder que lhe foi constitucionalmente garantido para impor limitações ao exercício de direitos fundamentais de particulares, no contexto do devido processo administrativo.

É o voto do Ministro Celso de Mello que reproduz referência ao caso *McCulloch versus Maryland* (1819), da Suprema Corte americana, para enfatizar a doutrina dos poderes implícitos. Segundo essa doutrina a "outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos."⁶⁸⁵

Registre-se que a referência ao caso *McCulloch versus Maryland* (1819) da Suprema Corte americana consta de 20 julgados do Supremo Tribunal Federal⁶⁸⁶, e, na maioria deles, é o Ministro Celso de Mello quem faz a invocação do referido precedente.

⁶⁸⁴ Mais uma vez remeto, para um argumento mais detalhado de ordem qualitativa sobre o caso, a trabalho publicado conjuntamente com uma colega sobre o tema: GUIMARÃES, Ariane Costa; SILVA, Christine Oliveira Peter da. A utilização do método comparativo pelo Supremo Tribunal Federal, in *Direito Público* (Porto Alegre), v. 30, p. 198-211, 2009.

⁶⁸⁵ MS nº 24510/DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgamento: 19/11/2003, DJ 19/03/2004.

⁶⁸⁶ São eles: MS nº 21689/DF, Relator Ministro Carlos Velloso, Julgamento: 16/12/1993, DJ 07/04/1995; QO-ADI-MC nº 2551/MG, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento: 02/04/2003; DJ 20/04/2006; MS nº

No ano de 2004, apenas 4 acórdãos⁶⁸⁷ da Suprema Corte brasileira registram a citação a precedentes estrangeiros em sua argumentação, demonstrando que ainda era vacilante, entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, a prática dos diálogos transjusfundamentais.

O HC nº 84025/ RJ discutia a possibilidade, ou não, de antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo. O Ministro Joaquim Barbosa, relator do feito, citou, de forma ilustrativa, um trecho do voto do Justice Harry Blackmun, da Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Roe versus Wade* (1973). A referência não foi importante para o desfecho do caso, que acabou sendo julgado prejudicado, em virtude do nascimento e imediata morte da criança gestada pela paciente. Não houve debates, nem aprofundamento sobre o precedente estrangeiro mencionado no voto do Ministro Joaquim Barbosa.

No MS nº 24832/DF discutia-se, uma vez mais, a competência do Supremo Tribunal Federal para controlar a constitucionalidade de atos *interna corporis* do Poder Legislativo⁶⁸⁸, especificamente sobre os procedimentos de uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI da Pirataria), em contraposição com os direitos fundamentais de testemunhas e indiciados (direito à honra, privacidade e imagem). Foi o voto do Ministro Gilmar Mendes que lembrou o caso *Lebach*, da Corte Constitucional Alemã (1973), nos seguintes termos:

"Na espécie - eu poderia fazer outras considerações, mas vou me abster, Sr. Presidente, tendo em vista o adiantado da hora - vou lembrar um caso que guarda pequena pertinência com a discussão que estamos a travar

24510/DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgamento: 19/11/2003, DJ 19/03/2004; RE nº 413782/SC, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 17/03/2005, DJ de 03/06/2005; ADI nº 2797/DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 15/09/2005, DJ 19/12/2006; RE nº 346084/PR, Relator Ministro Ilmar Galvão, julgamento em 09/11/2005, DJ de 01/09/2006; RE nº 390840/MG, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 09/11/2005, DJ 15/08/2006; ADC-MC nº 12/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 16/02/2006, DJ de 01/09/2006; HC nº 89837/DF, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 20/10/2009, DJ de 20/11/2009; HC nº 87610/SC, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 27/10/2009, DJ de 04/12/2009; HC nº 94173/BA, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 27/10/2009, DJ de 27/11/2009; HC nº 90099/RS, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 27/10/2009, DJ de 04/12/2009; RE-AgR nº 285816/SP, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 16/03/2010; RE-AgR nº 399307/MG, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 16/03/2010; HC nº 93930/RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 07/12/2010; RE nº 580264/RS, Relator para o acórdão Ministro Ayres Britto, julgamento em 16/12/2010; ADI-MC nº 4661/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 20/10/2011.

⁶⁸⁷ HC nº 84025/ RJ, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 04/03/2004, DJ 25/06/2004; MS-MC nº 24832/DF, Relator Ministro Cezar Peluso, julgamento em 18/03/2004, DJ de 18/08/2006; ADI nº 3105/DF, Relator para o acórdão Ministro Cezar Peluso, julgamento em 18/08/2004, DJ 18/02/2005; HC nº 84203/RS, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 19/10/2004, DJ 24/09/2009.

⁶⁸⁸ O Ministro Gilmar Mendes relembra: "Temos aqui uma discussão clara sobre direitos fundamentais e é pacífica e reiterada a jurisprudência desta Corte no sentido de que nesta seara não há, então, invocar a alegada questão política ou a questão *interna corporis*." Cfr. MS-MC nº 24832/DF, Relator Ministro Cezar Peluso, julgamento em 18/03/2004, DJ de 18/08/2006.

no presente momento. Um caso da Corte Constitucional alemã: 'o chamado 'caso Lebach', de 5 de junho de 1973, no qual se discutiu problemática concernente à liberdade de imprensa face aos direitos da personalidade. Cuidava-se de pedido... (i.e. "Colisão de Direitos Fundamentais: Liberdade de Expressão e de Comunicação x direito à honra e à imagem) ... que identifica o autor de fato delituoso pouco antes da concessão de seu livramento condicional ou mesmo após a sua soltura, ameaça seriamente o seu processo de reintegração social."⁶⁸⁹

Verifica-se, no caso, interessante debate entre os Ministros da Corte acerca da liberdade de expressão, de informação, direito à imagem, à honra, dentre outros direitos fundamentais. Mas como o próprio Ministro Gilmar Mendes fez explícito em seu voto, o caso *Lebach* constituía apenas uma referência mediata, não tendo sido, pois, objeto de maiores considerações por parte dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Não se trata de uma referência a precedente estrangeiro que possa ser considerada como relevante para o debate travado no colegiado da Corte Suprema brasileira, no contexto da concretização de direitos fundamentais.

Em agosto de 2004, foi proferida a decisão que prevaleceu na ADI nº 3105/DF, na qual se discutia a possibilidade, ou não, de cobrança de contribuição previdenciária de servidores públicos inativos. A discussão perpassava a concretização do instituto do direito adquirido, bem como os contornos da imunidade tributária para aquela situação (contribuição previdenciária de servidores públicos inativos).

Em acórdão de mais de 300 páginas, os Ministros do Supremo Tribunal Federal debateram diversos assuntos da seara da teoria geral do direito, do direito tributário, do direito previdenciário e também do direito constitucional, especialmente a garantia constitucional do direito adquirido, em face do exercício do poder constituinte derivado.

No entanto, somente os Ministros Gilmar Mendes - que fez uma referência indireta ao caso *Lebach*, para lembrar que a solução de um eventual conflito entre direitos fundamentais deve ser submetida ao parâmetro da proporcionalidade⁶⁹⁰ -, e Celso de Mello - que lembrou do

⁶⁸⁹ Cfr. Voto do Ministro Gilmar Mendes no MS-MC nº 24832/DF, Relator Ministro Cezar Peluso, julgamento em 18/03/2004, DJ de 18/08/2006, p. 172

⁶⁹⁰ Eis o trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes: " Richter e Schuppert analisam essa questão, com base no chamado "caso Lebach", no qual se discutiu a legitimidade de repetição de notícias sobre fato delituoso ocorrido já há algum tempo e que, por isso, ameaçava afetar o processo de ressocialização de um

Acórdão nº 173/2001 do Tribunal Constitucional português, para referendar a importância da concretização dos postulados da confiança do cidadão no Estado e da segurança jurídica ⁶⁹¹, bem como do Acórdão nº 39/1984 também do Tribunal Constitucional português, para invocar a cláusula da proibição do retrocesso⁶⁹²-, utilizaram, em suas argumentações, fundamentos da jurisprudência de Cortes constitucionais de outras nações.

Trata-se de julgado histórico do Supremo Tribunal Federal, mas que não demonstra, de forma qualificada, a abertura da Corte para o exercício comparativo, uma vez que as referências feitas a decisões estrangeiras não foram significativas no contexto geral dos debates.

Por fim, o último precedente de 2004 registrado na pesquisa foi o HC nº 84203/RS, no qual se discutia se filmagem realizada pela própria vítima, em sua residência, com o objetivo de identificar o autor de danos a seu patrimônio, poderia ser usada como prova lícita para fins de instrução penal. A referência à jurisprudência da Suprema Corte americana⁶⁹³ veio no voto do Ministro Celso de Mello, como reforço à tese de que não se pode usar prova obtida por

dos envolvidos no crime. Abstratamente consideradas, as regras de proteção da liberdade de informação e do direito de personalidade não conteriam qualquer lesão ao princípio da proporcionalidade." Cfr. Voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI nº 3105/DF, Relator para o acórdão Ministro Cezar Peluso, julgamento em 18/08/2004, DJ 18/02/2005, p. 321.

⁶⁹¹ Com fundamento na decisão do Tribunal Constitucional português afirma o Ministro Celso de Mello: "(...) não se revela possível ao Estado (...) violar princípios ou disposições constitucionais autônomas, que é o que sucede quando ela afeta, de forma inadmissível, arbitrária ou demasiado onerosa, direitos ou expectativas legitimamente fundadas dos cidadãos."

⁶⁹² Eis o trecho em que o Ministro Celso de Mello faz a referência: "(...) o Tribunal Constitucional português (Acórdão nº 39/84), ao invocar a cláusula da proibição do retrocesso, reconheceu a inconstitucionalidade de ato estatal que revogara garantias já conquistadas em tema de saúde pública (...)" Cfr. voto do Ministro Celso de Mello na ADI nº 3105/DF, Relator para o acórdão Ministro Cezar Peluso, julgamento em 18/08/2004, DJ 18/02/2005, p. 392 e 414. Vale registrar, por importante, que essa mesma referência (Acórdão nº 39/1984 do Tribunal Constitucional português), invocada para sustentar a tese da proibição de retrocesso, também foi utilizada pelo Ministro Celso de Mello no MS nº 24875/DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 11/05/2006, DJ 06/10/2006, p. 382-383, em que se discutia se o adicional por tempo de serviço poderia, ou não, integrar o teto remuneratório dos ministros aposentados do Supremo Tribunal Federal. A mesma referência também se reproduz na STA-AgR nº 175/CE, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 17/03/2010, DJ de 30/04/2010, p. 131-132; e SL-AgR nº 47/PE, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 17/03/2010, DJ de 30/04/2010, p. 59-60 nos quais o Supremo Tribunal Federal debatia as delicadíssimas questões atinentes à judicialização do direito fundamental à saúde. Por fim, o mesmo argumento teve lugar no ARE-AgR nº 639337/SP, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 23/08/2011, DJ de 15/09/2011; p. 164, em que se discutia o direito fundamental à creche, como uma decorrência do direito fundamental à educação, para as crianças menores de 6 anos.

⁶⁹³ São eles: *Weeks v. United States*, Suprema Corte americana (1914); *Garrity v. New Jersey*, Suprema Corte americana (1967); *Mapp v. Ohio*, Suprema Corte americana (1961); *Wong Sun v. United States*, Suprema Corte americana (1962).

meio ilícito para fundamentar restrição imposta no âmbito criminal.⁶⁹⁴ No caso dos autos, descaracterizaram a prova produzida como prova ilícita, confirmando a licitude da denúncia.

O ano de 2005 foi quantitativamente significativo para a investigação aqui proposta, pois 12 julgados⁶⁹⁵ do Supremo Tribunal Federal fizeram referências a precedentes estrangeiros na argumentação dos magistrados da Corte.

Já na primeira sessão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em 01/02/2005, no AI nº 481015/DF, o Ministro Gilmar Mendes invoca precedentes da Corte Constitucional alemã⁶⁹⁶, em que se aprecia a pretensão à tutela jurídica como um direito que envolve não apenas o contraditório e ampla defesa, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador⁶⁹⁷. As conclusões do Ministro Gilmar Mendes, nesse contexto, foram no sentido de que o direito fundamental consagrado no art. 5º, LV, da

⁶⁹⁴ Eis o trecho do voto do Ministro Celso de Mello: "Tenho tido a oportunidade de enfatizar, neste Tribunal, que a "exclusionary rule" considerada essencial, pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, na definição dos limites da atividade probatória desenvolvida pelo Estado - destina-se a proteger os réus, em sede processual penal, contra a ilegítima produção ou a ilegal colheita de prova incriminadora (Weeks v. United States, 232 U.S. 383, 1914 - Garrity v. New Jersey, 385 U.S. 493, 1967 - Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643, 1961 - Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471, 1962, v.g.), impondo, em atenção ao princípio do "due process of law", o banimento processual de quaisquer evidências que tenham sido ilicitamente coligidas pelo Poder Público."Cfr. voto do Ministro Celso de Mello no HC nº 84203/RS, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 19/10/2004, DJ 24/09/2009, p. 883-884.

⁶⁹⁵ São eles: AI nº 481015/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 01/02/2005, DJ de 08/09/2006; PET nº 2859/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 03/02/2005, DJ de 20/05/2005; RE nº 413782/SC, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 17/03/2005, DJ de 03/06/2005; HC nº 82788/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 12/04/2005, DJ de 02/06/2006; ADI nº 3367/DF, Relator Ministro Cezar Peluso, julgamento em 13/04/2005, DJ de 17/03/2005; QO-ADPF nº 54, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 27/04/2005, DJ de 31/08/2007; ADI nº 2797/DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 15/09/2005, DJ 19/12/2006; MS-MC nº 25579/DF, Relator para o acórdão Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 19/10/2005, DJ de 24/08/2007; RE nº 390840/MG, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 09/11/2005, DJ 15/08/2006; RE nº 346084/PR, Relator Ministro Ilmar Galvão, julgamento em 09/11/2005, DJ de 01/09/2006; MS-MC nº 25647/DF, Relator para o acórdão Ministro Cezar Peluso, julgamento em 30/11/2005, DJ de 15/12/2006; RE nº 442683/RS, Relator Ministro Carlos Velloso, julgamento 13/12/2005, DJ de 24/03/2006.

⁶⁹⁶ São eles: BVerfGE 70, 288 e BVerfGE 11, 218 da Corte Constitucional alemã.

⁶⁹⁷ Anota o Ministro Gilmar Mendes em seu voto que foi acompanhado à unanimidade pelos demais integrantes da Segunda Turma: "Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado "*Anspruch auf rechtliches Gehör*" (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o Bundesverfassungsgericht que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã -- BVerfGE 70, 288-293" Cfr. AI nº 481015/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 01/02/2005, DJ de 08/09/2006, p. 789-790. Nesse mesmo sentido, outros julgados do Supremo Tribunal Federal também contemplam o argumento do Ministro Gilmar Mendes: MS nº 25787/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 08/11/2006, DJ de 27/04/2007; RE nº 515427/GO, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 07/08/2007, DJ de 14/09/2007, p. 975; ADI-MC nº 4264/PE, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento em 16/03/2011, DJ de 30/05/2011, em citação indireta feita pelo Ministro Luiz Fux, às fls. 82-83, ao MS nº 25787/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ de 14/09/2007; HC nº 110603/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 07/02/2012, DJ de 24/02/2012, p. 4-5 de 9 (processo eletrônico).

Constituição de 1988 implica conjuntamente os direitos de informação, manifestação e consideração imparcial do juiz dos argumentos apresentados pelas partes⁶⁹⁸.

Também na primeira semana de atividades do Plenário do Supremo Tribunal, em 2005, julgou-se a Petição nº 2859/SP, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, discutindo a possibilidade de se conceder efeito suspensivo a recurso extraordinário interposto contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em ação direta de inconstitucionalidade estadual. O debate cingia-se à possibilidade, ou não, de serem modulados os efeitos da declaração de inconstitucionalidade incidental para o futuro.

O Ministro Gilmar Mendes, para defender a tese da possibilidade de modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade também no controle difuso, fez apanhado da jurisprudência norte americana sobre a utilização de provas ilícitas em processos criminais⁶⁹⁹ (para ilustrar um caso de *overruling*), com o objetivo de ressaltar que o modelo difuso não era incompatível com a doutrina da limitação de efeitos.

Para dar mais consistência ao argumento que estava defendendo, o Ministro Gilmar Mendes mencionou, genericamente, várias outras Cortes do mundo em que se aceitava a tese da modulação de efeitos das decisões constitucionais.⁷⁰⁰ Entretanto, ao contrário do que era de se esperar, tanto em virtude da profundidade da pesquisa comparada trazida no voto do Ministro Gilmar, quanto pela importância da tese para o processo constitucional brasileiro,

⁶⁹⁸ Os mesmos argumentos são reproduzidos no RE nº 434059/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 07/05/2008, DJ de 12/09/2008, p. 741-742 e no MS nº 23441/DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgamento em 27/11/2008, DJ de 06/11/2009, p. 522. Também está presente o referido argumento nos HC nº 105298/PR, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 31/05/2011, DJ de 14/06/2011; HC nº 96975/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 07/06/2011, DJ de 08/08/2011; RHC nº 103555/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 23/08/2011, DJ de 17/10/2011; RHC nº 107453/RS, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 13/09/2011, DJ de 29/09/2011; HC nº 108563/TO, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 06/09/2011, DJ de 23/09/2011; RHC nº 107676/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 08/11/2011, DJ de 29/11/2011; HC nº 108911/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 18/10/2011, DJ de 03/11/2011.

⁶⁹⁹ Os precedentes mencionados foram: *Wolf v. Colorado* (1949) superado por: *Mapp v. Ohio* (1961); *Linkletter v. Walker* (1965); *Stovall v. Denno* (1967).

⁷⁰⁰ Registra o Ministro Gilmar Mendes: "Não só a Suprema Corte americana (caso *Linkletter v. Walker*), mas também uma série expressiva de Cortes Constitucionais e Cortes Supremas adotam a técnica da limitação de efeitos (Cf. v.g. Corte Constitucional austríaca (Constituição, art. 140), a Corte Constitucional alemã (Lei Orgânica, § 31, 2 e 79, 1), a Corte Constitucional espanhola (embora não expressa na Constituição, adotou, desde 1989, a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade. (Cf. Garcia de Enterría, *Justicia Constitucional*, cit., p. 5), a Corte Constitucional portuguesa (Constituição, art. 282, n. 4), o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (art.174, 2 do Tratado de Roma), o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (caso *Markx*, de 13 de junho de 1979)." Cfr. voto do Ministro Gilmar Mendes na PET nº 2859/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 03/02/2005, DJ de 20/05/2005, p. 339.

não houve consideração, por parte dos demais Ministros da Corte, acerca da jurisprudência comparada⁷⁰¹.

No RE nº 413782/SC, em que se discutia a constitucionalidade de uma lei estadual que impôs obrigação tributária a contribuintes inadimplentes, os precedentes estrangeiros estão registrados no voto do Ministro Celso de Mello⁷⁰². O argumento do Ministro Celso de Mello, reproduzido em diversos outros julgados do Supremo Tribunal Federal⁷⁰³, é o de que:

"Cabe lembrar, neste ponto, consideradas as referências doutrinárias que venho de expor, a clássica advertência de OROSIMBO NONATO, consubstanciada em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (RE 18.331/SP), em acórdão no qual aquele eminente e saudoso Magistrado acentuou, de forma particularmente expressiva, a maneira do que já o fizera o Chief Justice JOHN MARSHALL, quando do julgamento, em 1819, do célebre caso "McCulloch v. Maryland", que "o poder de tributar não pode chegar à desmedida do poder de destruir" (RF 145/164 - RDA 34/132), eis que - como relembra BILAC PINTO, em conhecida conferência sobre "Os Limites do Poder Fiscal do Estado" (RF 82/547-562, 552) - essa extraordinária prerrogativa estatal traduz, em essência, "um poder que somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade".⁷⁰⁴

Em abril de 2005, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no HC nº 82788/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, enfrentou, uma vez mais, a questão dos limites jurídicos e constitucionais do exercício do poder do Estado⁷⁰⁵. Tratava-se de definir a

⁷⁰¹ Para uma resposta a este argumento do Ministro Gilmar Mendes, sob uma ótica divergente, vide voto do Ministro Joaquim Barbosa no RE nº 370682/SC, Relator Ministro Ilmar Galvão, julgamento 25/06/2007, DJ de 19/12/2007, p. 549 e ss. Os precedentes mencionados pelo Ministro Joaquim Barbosa para divergir da posição do Ministro Gilmar Mendes são: caso *Griffith v. Kentucky* (1987) e caso *Harper v. Virginia Department of Taxation* (1993), ambos da Suprema Corte americana.

⁷⁰² São eles: Caso *McCulloch v. Maryland*, 1819, Chief Justice John Marshall, Suprema Corte dos EUA; e o Caso *Panhandle Oil Co. v. State of Mississippi* Ex Rel. Knox, 1928, também da Suprema Corte americana, *dictum* do Justice Oliver Wendell Holmes.

⁷⁰³ Sobre o caso *Panhandle Oil Co. v. State of Mississippi* Ex Rel. Knox, 1928, também da Suprema Corte americana, com fundamento no voto do Justice Oliver Wendell Holmes, a constante referência do Ministro Celso de Mello é reprodução do argumento, já explicitado nas ADIs nº 1075/DF e 2551/MG, em que se destacou a função do Poder Judiciário como garante dos direitos fundamentais dos contribuintes.

⁷⁰⁴ Vide: voto do Ministro Celso de Mello no RE nº 413782/SC, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 17/03/2005, DJ de 03/06/2005, p. 647-648.

⁷⁰⁵ Extrai-se a tese vencedora da ementa do julgado: "Não são absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, pois o Estado, em tema de tributação, inclusive em matéria de

possibilidade, ou não, de uma busca e apreensão de livros e documentos fiscais em um escritório de contabilidade sem autorização judicial, prevalecendo o entendimento de que:

"Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público, ainda que vinculado à administração tributária do Estado, poderá, contra a vontade de quem de direito ("invito domino"), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em espaço privado não aberto ao público, onde alguém exerce sua atividade profissional, sob pena de a prova resultante da diligência de busca e apreensão assim executada reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude material. Doutrina. Precedentes específicos, em tema de fiscalização tributária, a propósito de escritórios de contabilidade (STF)."⁷⁰⁶

As referências a precedentes estrangeiros⁷⁰⁷ constaram do voto do Ministro Celso de Mello, que trouxe argumentos já apostos em outros julgamentos, para evidenciar os limites do Poder do Estado⁷⁰⁸ e a regra da exclusão das provas ilícitas da instrução criminal⁷⁰⁹.

A ADI nº 3367/DF, julgada em abril de 2005, discutiu a constitucionalidade da emenda que criou o Conselho Nacional de Justiça, sob o parâmetro do princípio da separação de poderes. A concretização do princípio da separação de poderes, no caso, encetou debates sobre o seu significado histórico e atualizado, vindo do voto do Ministro Joaquim Barbosa a referência ao precedente da Suprema Corte americana no caso *Youngtown Sheet & Tube Co. v. Sawyer* (1952)⁷¹⁰.

fiscalização tributária, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. Na realidade, os poderes do Estado encontram, nos direitos e garantias individuais, limites intransponíveis, cujo desrespeito pode caracterizar ilícito constitucional." Vide: HC nº 82788/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 12/04/2005, DJ de 02/06/2006.

⁷⁰⁶ HC nº 82788/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 12/04/2005, DJ de 02/06/2006.

⁷⁰⁷ São eles: *Caso Panhandle Oil Co. v. State of Mississippi Ex Rel. Knox*, 1928, "dictum" do Justice Oliver Wendell Holmes Jr., 277 U.S. 218; *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383, 1914; *Garrity v. New Jersey*, 385 U.S. 493, 1967; *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 1961; *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471, 1962.

⁷⁰⁸ *Caso Panhandle Oil Co. v. State of Mississippi Ex Rel. Knox*, 1928, "dictum" do Justice Oliver Wendell Holmes Jr. utilizado nas ADIs nº 1075/DF e 2551/MG e no RE nº 413782/SC.

⁷⁰⁹ *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383, 1914; *Garrity v. New Jersey*, 385 U.S. 493, 1967; *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 1961; *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471, 1962 já mencionados no HC nº 84203/RS, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 19/10/2004, DJ 24/09/2009, p. 883-884.

⁷¹⁰ Segundo o Ministro Joaquim Barbosa: "(...) a expressão 'separação de poderes', nos dias atuais, para que se capte com precisão seu sentido verdadeiro, há de ser entendida como dispersão/difusão de poderes. Valho-me, a esse propósito, das palavras de Robert Jackson, célebre ex-juiz da Corte Suprema dos Estados Unidos da América, em caso de grande importância (...)", que em tradução livre feita pelo próprio Ministro Joaquim Barbosa afirmou: "Ao mesmo tempo em que a Constituição dilui o poder par melhor assegurar a liberdade, ela também não negligencia (o fato de) que a prática fará dos poderes dispersos uma máquina governamental

Há uma passagem do Ministro Carlos Velloso, também no julgamento da ADI nº 3367/DF, em que ele faz uma referência não explícita e 'dita de passagem' ao caso *Panhandle Oil Co. v. State of Mississippi Ex Rel. Knox*, 1928, lembrando o "dictum" do Justice Oliver Wendell Holmes Jr. já utilizado nos votos do Ministro Celso de Mello nas ADIs nº 1075/DF e 2551/MG e no RE nº 413782/SC⁷¹¹.

Merece destaque, por fim, o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que apesar de não ter feito referência expressa a uma ou outra decisão estrangeira, usou do argumento comparado como fundamento decisivo para sustentar a sua tese de inconstitucionalidade do inciso III do art. 103, "b", da Constituição Federal, que ficou vencida⁷¹².

A ADPF nº 54/DF foi apreciada, em questão de ordem, suscitada pelo Ministro Marco Aurélio, relator do feito, no mês de abril de 2005. Em mais uma decisão histórica do Supremo Tribunal Federal, desta vez discutindo a delicada questão da antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo, a Corte entendeu que, por estar pendente o julgamento do mérito da referida ação, todos os demais processos criminais em curso deveriam ficar suspensos até o crivo final do Supremo Tribunal Federal.

O célebre caso *Roe v. Wade* (1973) da Suprema Corte dos Estados Unidos da América⁷¹³ foi mencionado no voto do Ministro Gilmar Mendes⁷¹⁴, que também fez referência genérica, sem especificar o precedente, à jurisprudência da Corte Constitucional alemã⁷¹⁵.

funcional. Aos poderes ela impõe separação com interdependência, autonomia com reciprocidade". (V. voto de R. Jackson no caso "Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer", 343 US 579, 1952.)"

⁷¹¹ Disse o Ministro Carlos Velloso: "Vou buscar uma frase do Juiz Holmes, da Suprema Corte norte-americana, quando se referiu à famosa frase de Marshall que o poder de tributar envolve o poder de destruir. E Holmes disse, cem anos depois: envolve sim, se inexistente a Suprema Corte. Tenho muita esperança na mesma Suprema Corte, que jamais vai permitir que o Judiciário brasileiro, poder político, seja transformado em mero serviço. A Justiça brasileira tem história. Tem, também, detratores, inimigos ocultos. É que o juiz agrada e desagrada. A sentença tem sempre um vencido. E quando desagrada a certos políticos, é um Deus nos acuda." Cfr. ADI nº 3367/DF, Relator Ministro Cezar Peluso, julgamento em 13/04/2005, DJ de 17/03/2005, p. 328-329.

⁷¹² Eis o trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence: "Mas, com relação ao Conselho Nacional de Justiça, permitam-me, o argumento substantiva um paralogismo. Basta considerar que, ao contrário do que sucede no Conselho Superior da Itália, modelo preferido dos pregoeiros do controle externo, estes dois cidadãos, providos pela indicação das Casas do Congresso e nomeação do Presidente da República, têm mandato e são reconduzíveis, fórmula que já se tem já suficientemente criticada a propósito, por exemplo, pelo Tribunal Constitucional Português, que vem, há poucos anos, de aboli-la. E, no entanto, se introduz no Brasil um órgão - repito - de superposição aos poderes de auto-governo do Judiciário, com membros não só, escolhidos, mas também, reconduzíveis pela vontade das Casas do Parlamento. Por isso, Sr. Presidente, julgo inconstitucional, em parte, o art. 103, "b", conforme a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, para declarar a invalidez de seu inciso XIII." Cfr. ADI nº 3367/DF, Relator Ministro Cezar Peluso, julgamento em 13/04/2005, DJ de 17/03/2005, p. 364.

⁷¹³ Registre-se, por importante, que este precedente também já havia sido mencionado pelo Ministro Joaquim Barbosa no HC nº 84025/ RJ, porém apenas como coisa dita de passagem.

É de se consignar também que o voto do Ministro Gilmar Mendes, ao discutir a competência dos Tribunais Constitucionais para aferir a constitucionalidade de normas pré-constitucionais, faz referência à jurisprudência das Cortes Constitucionais alemã⁷¹⁶, italiana⁷¹⁷, portuguesa⁷¹⁸ e dos Tribunais Constitucionais da Espanha⁷¹⁹ e da Áustria.⁷²⁰

⁷¹⁴ Eis o trecho: "O debate sobre a revisão de "Roe versus Wade", nos Estados Unidos, é um dos mais marcantes da vida republicana e democrata. E, a toda hora, promete-se a revisão daquele célebre julgado." Cfr. voto do Ministro Gilmar Mendes na QO-ADPF nº 54, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 27/04/2005, DJ de 31/08/2007, p. 102.

⁷¹⁵ Assim registrou o Ministro Gilmar Mendes: "Na Alemanha, também tivemos essa discussão séria e lá se conhece, inclusive, uma cautelar, Ministro Cezar Peluso, de outro perfil, porque, como houve a descriminalização, a Corte introduziu uma cautelar para reintroduzir a criminalização. O primeiro julgado da Corte Constitucional, no caso do aborto, foi no sentido de manter a norma penal enquanto norma de proteção, pelo menos enquanto não houvesse uma decisão. E, depois, essa decisão foi mantida." Cfr. voto do Ministro Gilmar Mendes na QO-ADPF nº 54, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 27/04/2005, DJ de 31/08/2007, p. 102.

⁷¹⁶ "A Corte Constitucional alemã desenvolveu uma espécie de solução de compromisso, assentando que tanto as leis pós-constitucionais quanto as pré-constitucionais podem ser objeto do controle abstrato de normas. Estão submetidas, porém, ao processo de controle concreto de normas apenas as leis pós-constitucionais, uma vez que, nesse caso, a decisão sobre a colisão de normas não ameaça a autoridade do legislador constitucional (BVerfGE 2/124 (130); 2/138, 218; 3/48; 4/339; 6/64; 7/335; 10/58, 127, 131, 159; 11/129; 12/353; 14/65; 15/183; 16/231; 17/162; 18/252)." Cfr. voto do Ministro Gilmar Mendes na QO-ADPF nº 54, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 27/04/2005, DJ de 31/08/2007, p. 167.

⁷¹⁷ "A Corte Constitucional italiana já na sua primeira decisão, em 5.6.56, reconheceu competência para examinar a constitucionalidade do direito pré-constitucional (Paolo Biscaretti di Ruffia, *Derecho Constitucional*, p. 268; Gustavo Zagrebelsky, *La Giustizia Costituzionale*, p. 42; Franco Pierandrei, "Corte Costituzionale", in *Enciclopedia del Diritto*, v. 10, Milão, 1962, p.908. (...), porque tanto o art. 134 da Constituição quanto a Lei Constitucional, de 9.2.48, cuidavam apenas da constitucionalidade da lei, e entre a lei ordinária e a Constituição existe uma diferença de hierarquia, sendo, por isso, irrelevante a distinção entre direito pré-constitucional e pós-constitucional (Acórdão de 5.6.56, n. 1. Cf., a propósito, Gaetano Sciascia, "Die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs der Italienischen Republik", *JöR*, NF 6/1 (6), 1957)." Cfr. voto do Ministro Gilmar Mendes na QO-ADPF nº 54, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 27/04/2005, DJ de 31/08/2007, p. 167.

⁷¹⁸ "A Constituição portuguesa, de 1976, consagrou expressamente a chamada "inconstitucionalidade superveniente" (art. 282, § 42), reconhecendo a competência da Corte Constitucional para examinar a compatibilidade do direito pré-constitucional em face da nova Constituição (Cf., a propósito, Canotilho, cit., p. 1288)." Cfr. voto do Ministro Gilmar Mendes na QO-ADPF nº 54, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 27/04/2005, DJ de 31/08/2007, p. 168.

⁷¹⁹ "O Tribunal Constitucional Espanhol optou por uma linha intermediária, que lhe permite dividir a competência com a jurisdição ordinária em relação ao direito pré-constitucional, e outorga-lhe em relação ao direito pós-constitucional o monopólio da censura (Cf. A. Weber, "Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Spanien", *JÖR*, NF 34/245 (257-258), 1985). Configura-se, pois, competência concorrente para apreciar a compatibilidade entre o direito pré-constitucional e a nova Constituição. A Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Espanhol prevê, no art. 33, um prazo de três meses para a instauração do processo de controle de normas a contar da publicação da lei ou do ato normativo com força de lei. Nos termos do art. 22 das "Disposições Transitórias" dessa lei, aplica-se ao controle abstrato de normas ao recurso constitucional e aos conflitos de competência o prazo previsto de três meses para os atos anteriormente editados, a contar da data de instituição do Tribunal (15.7.80) (Cf., a propósito, A. Weber, "Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Spanien", *J51R*, NF 34/245 (254), 1985)." Cfr. voto do Ministro Gilmar Mendes na QO-ADPF nº 54, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 27/04/2005, DJ de 31/08/2007, p. 168-169.

⁷²⁰ Conclui o Ministro Gilmar Mendes: "E certo, pois, que, com a exceção da Corte Constitucional austríaca, procuram os modernos Tribunais Constitucionais assegurar sua competência para aferir a constitucionalidade das leis pré-constitucionais em face da Constituição vigente. Ressalte-se que essa idéia não se aplica de forma irrestrita para a Corte Constitucional espanhola, uma vez que, após o decurso do prazo fixado, não dispõe mais

Por fim, em discussão sobre os contornos da arguição de descumprimento de preceito fundamental, como ação típica do modelo de controle de constitucionalidade abstrato brasileiro, o voto do Ministro Gilmar Mendes argumenta, com exemplos do direito alemão⁷²¹ e espanhol⁷²², que a cláusula da subsidiariedade deve considerar os demais processos de índole objetiva e não os processos subjetivos afetos ao controle difuso de constitucionalidade.

Na ADI nº 2797/DF, que discutia a questão da prerrogativa de foro especial por exercício de função pública, o Ministro Joaquim Barbosa, citando decisão monocrática do Ministro Celso de Mello na Reclamação nº 2657/PR, fez referência ao caso *Marbury versus Madison* (1803), da Suprema Corte americana, para trazer à luz a tese defendida no Supremo Tribunal Federal, em 1895, no sentido de

"não ser lícito ao Congresso Nacional, mediante atividade legislativa comum, ampliar, suprimir ou reduzir a esfera de competência da Corte Suprema, pelo fato de tal complexo de atribuições jurisdicionais derivar, de modo imediato, do próprio texto constitucional, proclamando, então, naquele julgamento, a impossibilidade de tais modificações por via meramente legislativa, 'por não poder qualquer lei ordinária aumentar nem diminuir as atribuições do Tribunal."⁷²³

de competência para conhecer da questão no juízo abstrato. No sistema italiano, que não conhece o controle abstrato de normas, impôs-se, desde o início, a idéia de uma inconstitucionalidade superveniente." Cfr. voto do Ministro Gilmar Mendes na QO-ADPF nº 54, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 27/04/2005, DJ de 31/08/2007, p. 169.

⁷²¹ Anota o Ministro Gilmar Mendes em seu voto: "Assim, tem o Tribunal Constitucional admitido o recurso constitucional, na forma antecipada, em matéria tributária, tendo em vista o reflexo direto da decisão sobre inúmeras situações homogêneas (Cf. BVerfGE 19/268 (273); BVerfGE 62/338 (342); v. também Klaus Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, 42 ed., 1997, p. 162). A Corte considerou igualmente relevante a apreciação de controvérsia sobre publicidade oficial, tendo em vista o seu significado para todos os partícipes, ativos e passivos, do processo eleitoral (Cf. BVerfGE 62/230 (232); BVerfGE 62/117 (144); Schlaich, cit., p. 162). No que concerne ao controle de constitucionalidade de normas, a posição da Corte tem-se revelado enfática: "apresenta-se, regularmente, como de interesse geral a verificação sobre se uma norma legal relevante para uma decisão judicial é inconstitucional" (Cf. BVerfGE 91/93 (106))." Cfr. voto do Ministro Gilmar Mendes na QO-ADPF nº 54, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 27/04/2005, DJ de 31/08/2007, p. 181-182.

⁷²² "Nessa linha de entendimento anotou o Tribunal Constitucional Espanhol: "Al haberse manifestado en este caso la voluntad del órgano jurisdiccional sobre el mismo fondo de la cuestión planteada, há de entenderse que la finalidad del requisito exigido en el art. 44, 1, 'a', de la LOTC se há cumplido, pues el recurso hubiera sido en cualquier caso ineficaz para reparar la supuesta vulneración del derecho constitucional conocido" (auto de 11.2.81, n. 19) (Cf. Almagro, *Justicia Constitucional*, Comentarios a la Ley Orgánica dei Tribunal Constitucional, p. 325). Anote-se que, na espécie, os recorrentes haviam interposto o recurso fora do prazo." Cfr. voto do Ministro Gilmar Mendes na QO-ADPF nº 54, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 27/04/2005, DJ de 31/08/2007, p. 182.

⁷²³ Nesse sentido cfr. voto do Ministro Joaquim Barbosa na ADI nº 2797/DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 15/09/2005, DJ 19/12/2006, p. 338. A decisão do Supremo Tribunal Federal mencionada é a proferida em 17 de agosto de 1895 (Acórdão n. 5, Rel. Min. JOSÉ HYGINO).

O Ministro Carlos Velloso também mencionou o precedente famoso da Suprema Corte americana:

"Como bem lembrou o Ministro Barbosa, as competências originárias do Supremo seguem o modelo da Corte Suprema norte-americana e nesta, segundo proclamou Marshall, no famoso *Marbury versus Madison*, porque as competências originárias da Corte estão todas na Constituição, é inconstitucional lei ordinária que pretenda acrescentar novas competências originárias para a Corte."⁷²⁴

O Ministro Celso de Mello ressaltou a importância histórica e atualidade do precedente da Suprema Corte americana, consignando que o caso discutido no Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 2797/DF:

"(...) confere impressionante atualidade ao precedente histórico que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América firmou no caso "*Marbury v. Madison*", em 1803, quando aquela Alta Corte enfaticamente assinalou que o delineamento constitucional de suas atribuições originárias foi concebido pelos "Founding Fathers" com o claro propósito de inibir a atuação do Congresso dos Estados Unidos da América, impedindo-o de proceder, em sede de legislação meramente ordinária, a indevidas ampliações da competência daquele Tribunal, fazendo, do rígido círculo traçado pelo Artigo III da Constituição americana, um instrumento de proteção do órgão de cúpula do Poder Judiciário, em face do Poder Legislativo daquela República."⁷²⁵

O Ministro Gilmar Mendes, em voto de esclarecimento, também comentou o precedente estrangeiro:

"Quem tem um mínimo de informação histórica sabe que o próprio caso "*Marbury v. Madison*", na verdade, é um desses lapsos históricos. Em princípio, Marshall faz aquela construção - que todos

⁷²⁴ Nesse sentido cfr. voto do Ministro Carlos Velloso na ADI nº 2797/DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 15/09/2005, DJ 19/12/2006, p. 440.

⁷²⁵ Vide voto do Ministro Celso de Mello na ADI nº 2797/DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 15/09/2005, DJ 19/12/2006, p. 459.

sabem temerária - e afirma a inconstitucionalidade para obter um resultado determinado: não fazer o enfrentamento com o Governo Jefferson. Isso é um consenso na história constitucional; só para que saibamos do que estamos a falar."⁷²⁶

Verifica-se, portanto, que a referência ao precedente histórico da Suprema Corte americana foi objeto de considerações comparativas por parte de alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal, o que indica alguma abertura desses magistrados para a reflexão comparativista, neste caso em especial.

No voto do Ministro Celso de Mello, ainda na ADI nº 2797/DF, há outra referência a precedente estrangeiro: para dar sustentação à tese dos poderes implícitos da Suprema Corte, no âmbito da jurisdição constitucional, o Ministro menciona o caso *McCulloch versus Maryland* (1819), em trecho argumentativo que se reproduz em vários outros julgados do Supremo Tribunal Federal.⁷²⁷

Em outubro de 2005, julgou-se o MS 25579/DF, em que se discutia a possibilidade de processar e julgar, no âmbito político, parlamentar afastado do mandato para exercício de função de Ministro de Estado, por quebra de decoro parlamentar. Era um processo que

⁷²⁶ Voto de esclarecimento do Ministro Gilmar Mendes na ADI nº 2797/DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 15/09/2005, DJ 19/12/2006, p. 342.

⁷²⁷ Esse o trecho "Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos, cuja doutrina, construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso McCULLOCH v. MARYLAND (1819), enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos." Vide voto do Ministro Celso de Mello na ADI nº 2797/DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 15/09/2005, DJ 19/12/2006, p. 448, reproduzido também no MS nº 21689/DF; na ADI nº 2551/MG; no MS nº 24510/DF, dentre outros. Este é o precedente que tem o maior número de referências nos julgados do Supremo Tribunal. Ao todo são 19 julgados: MS nº 21689/DF, Relator Ministro Carlos Velloso, Julgamento: 16/12/1993, DJ 07/04/1995; QO-ADI-MC nº 2551/MG, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento: 02/04/2003; DJ 20/04/2006; MS nº 24510/DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgamento: 19/11/2003, DJ 19/03/2004; RE nº 413782/SC, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 17/03/2005, DJ de 03/06/2005; ADI nº 2797/DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 15/09/2005, DJ 19/12/2006; RE nº 346084/PR, Relator Ministro Ilmar Galvão, julgamento em 09/11/2005, DJ de 01/09/2006; RE nº 390840/MG, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 09/11/2005, DJ 15/08/2006; ADC-MC nº 12/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 16/02/2006, DJ de 01/09/2006; HC nº 89837/DF, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 20/10/2009, DJ de 20/11/2009; HC nº 87610/SC, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 27/10/2009, DJ de 04/12/2009; HC nº 94173/BA, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 27/10/2009, DJ de 27/11/2009; HC nº 90099/RS, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 27/10/2009, DJ de 04/12/2009; RE-AgR nº 285816/SP, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 16/03/2010; RE-AgR nº 399307/MG, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 16/03/2010; HC nº 93930/RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 07/12/2010; RE nº 580264/RS, Relator para o acórdão Ministro Ayres Britto, julgamento em 16/12/2010; ADI-MC nº 4661/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 20/10/2011.

cuidava de aspectos jurídicos e constitucional do conhecido esquema de corrupção brasileira chamado Mensalão.

Um dos pontos da discussão, já conhecida do Plenário do Supremo Tribunal Federal em virtude do julgamento do MS nº 21564/DF, precedente histórico que analisou, sob as luzes do ordenamento constitucional brasileiro, o *impeachment* do ex-Presidente Collor de Mello, era saber se a Corte Constitucional poderia controlar a constitucionalidade do processo político no Congresso Nacional.

Foi o voto do Ministro Sepúlveda Pertence que lembrou do caso *Powell v. Mc Cormack* (1969) da Suprema Corte americana, em que questão semelhante foi objeto das considerações daquela Suprema Corte⁷²⁸.

No RE nº 390840/MG, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/11/2005, o Plenário do Supremo Tribunal Federal discutiu a constitucionalidade da majoração da base de cálculo da COFINS, tendo como parâmetro a exigência de lei complementar e o princípio da não-cumulatividade das contribuições sociais⁷²⁹.

Foi na busca pelo alcance do termo faturamento que o Ministro Cezar Peluso lembrou a decisão da Suprema Corte americana no caso *Dred Scott v. Sandford* (1857), para sustentar a sua tese de que é necessária alguma flexibilidade constitucional perante as mutações culturais⁷³⁰.

⁷²⁸ "É significativo, alias" (...) "que nos Estados Unidos, onde dogmaticamente parece mais forte a negativa radical da interferência do Judiciário no impeachment, se tenha, em caso similar, célebre decisão da Supreme Corte - *Powell v. Mc Cormack*, de 1969; - quando o exercício, pela Câmara, do poder, diz a Constituição, "de julgar da qualificação de seus membros" levou a Casa dos Representantes a cassar o mandato de deputado, por *serious misconducts*: A Corte Suprema anulou a decisão, por entender que a imputação de mau comportamento excedia dos limites das qualificações em relação as quais a Constituição dera, sim, verdadeiro poder jurisdicional às Casas do Congresso". Cfr. voto do Ministro Sepúlveda Pertence, relator originário do MS-MC nº 25579/DF, Relator para o acórdão Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 19/10/2005, p. 422.

⁷²⁹ Em precedente idêntico, julgado na mesma sessão, as mesmas referências podem ser encontradas: RE nº 346084/PR, Relator Ministro Ilmar Galvão, julgamento em 09/11/2005, DJ de 01/09/2006.

⁷³⁰ Eis o trecho do voto do Ministro Cezar Peluso: "(...) célebre o exemplo dos conceitos jurídicos de "cidadão" e "propriedade", nos Estados Unidos da América. No famoso caso DRED SCOTT v SANDFORD (1857), a Suprema Corte americana decidiu que o autor não era "cidadão" por ser escravo. Como escravo, era objeto de propriedade e, pois, não era titular de nenhum dos direitos reconhecidos aos cidadãos americanos, entre os quais o de acesso ao Judiciário. Apesar da subsistência léxica do texto constitucional americano, tal decisão seria hoje inadmissível, se não inconcebível segundo o espírito do tempo." Cfr. RE nº 390840/MG, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 09/11/2005, DJ 15/08/2006, p. 392.

Já o Ministro Celso de Mello, cuidando dos limites da atuação do poder do Estado em matéria tributária, traz a referência aos casos *Panhandle Oil Co. v. State of Mississippi Ex Rel. Knox* (1928)⁷³¹ e *Mcculloch v. Maryland* (1819).⁷³²

Por fim, a referência ao caso *Marbury v. Madison* (1803) foi feita pelo Ministro Carlos Velloso para reafirmar a tese da nulidade dos atos inconstitucionais, lembrando que, por exceção, os efeitos do ato inconstitucional podem ser mantidos⁷³³.

Em 30 de novembro de 2005, foi julgado o MS-MC nº 25647/DF, relator para o acórdão o Ministro Cezar Peluso, em que novamente foram submetidas ao Supremo Tribunal Federal questões relativas ao processo político para destituição de mandato do Ministro da Casa Civil da Presidência da República brasileira, José Dirceu, por falta de decoro parlamentar, em mais um capítulo da judicialização do esquema de corrupção que ficou conhecido como Mensalão.

A discussão entre os Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa sobre dois precedentes da Suprema Corte americana⁷³⁴ incluíram este julgado na nossa pesquisa, com nota de importância acima da média. O debate era, mais uma vez, sobre a possibilidade de judicialização de questões atinentes ao processo instaurado, perante as Casas Legislativas, para a perda de mandato por falta de decoro político.

O Ministro Joaquim Barbosa lembrou do caso em que a Suprema Corte americana recusou-se a julgar a questão do *impeachment* de um juiz federal condenado por corrupção⁷³⁵. O Ministro Celso de Mello, defendendo a tese contrária, lembrou do precedente, já referido

⁷³¹ Este caso foi mencionado pelo Ministro Celso de Mello nas ADIs nº 1075/DF e 2551/MG e no RE nº 413782/SC, e também de forma indireta pelo Ministro Carlos Velloso na ADI nº 3367/DF.

⁷³² Reproduzido também no MS nº 21689/DF; na ADI nº 2551/MG; no MS nº 24510/DF; na ADI nº 2797/DF, dentre outros.

⁷³³ "O dispositivo legal, § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, nasceu morto, porque inconstitucional. Os atos inconstitucionais nascem mortos, são nulos e írritos, segundo velha e batida doutrina, a partir do famoso *Marbury vs. Madison*, de 1803, sob a inspiração de Marshall. Os efeitos do ato inconstitucional, entretanto, podem, em certos casos, ser mantidos." Vide voto do Ministro Carlos Velloso no RE nº 390840/MG, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 09/11/2005, DJ 15/08/2006, p. 443.

⁷³⁴ São eles: Caso *Powell v. Mc Cormack* (1969) e Caso *Nixon v. US* (1993), ambos da Suprema Corte americana.

⁷³⁵ As palavras do Ministro Joaquim Barbosa: "Há um caso bem mais recente, Ministro Celso de Mello, que envolve questão política; um caso de 1993, em que Corte Suprema do EUA recusou-se a conhecer de uma ação judicial proposta contra ato do senado que julgara precedente processo de "impeachment" contra Juiz Federal (*Nixon v. US*, 1993)." Cfr. voto do Ministro Joaquim Barbosa no MS-MC nº 25647/DF, Relator para o acórdão Ministro Cezar Peluso, julgamento em 30/11/2005, DJ de 15/12/2006, p. 393.

em outros julgados do Supremo Tribunal Federal⁷³⁶, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos invalidou uma deliberação da Câmara dos Deputados norte-americana por exceder seus poderes constitucionalmente estabelecidos.⁷³⁷

Finalmente, para concluir o rol de precedentes do ano de 2005, no RE nº 442683/RS, o Ministro Carlos Velloso, relator do recurso, fez referência ao caso *Marbury v. Madison*, quando estava a discorrer sobre a influência do modelo norte americano no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, bem como invocou os precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos, nos casos *Stevall v. Denno* (1967) e *Linkletter v. Walker* (1965), para sustentar a tese da possibilidade de se emprestar efeitos prospectivos para as decisões que declaram a inconstitucionalidade de uma norma, mesmo em sede de controle difuso.⁷³⁸

Verifica-se, que as decisões do Supremo Tribunal Federal, nesses primeiros anos do século XXI, demonstraram inegável incremento tanto quantitativo quanto qualitativo em relação à transjfundamentalidade. Não se constata, é verdade, tendência uniforme da Corte, como política institucional segura, para a abertura aos diálogos judiciais transnacionais, mas disponibilidade de alguns de seus Ministros à jurisprudência estrangeira como fundamento relevante na construção de seus argumentos jusfundamentantes.

3.3.5. De 2006 a 2009

Em 2006, as referências a precedentes estrangeiros aparecem em 9 julgados⁷³⁹ do Supremo Tribunal Federal, sendo 4 habeas corpus, 1 mandado de segurança, um recurso extraordinário e uma ação direta de inconstitucionalidade.

⁷³⁶ São do Ministro Celso de Mello as explicações: "Esse, porém, não é o entendimento deste Supremo Tribunal Federal, tal como manifestado quando do julgamento de diversos mandados de segurança impetrados ao longo do processo de "impeachment" do Presidente Collor. Esta Suprema Corte, mesmo tratando-se de processo impregnado de forte componente político, entendeu assistir-lhe jurisdição e competência sobre o litígio então submetido à sua apreciação, dele conhecendo por envolver alegação de desrespeito a direitos e garantias individuais invocados pelo Chefe do Poder Executivo da União." Vide voto do Ministro Celso de Mello no MS-MC nº 25647/DF, Relator para o acórdão Ministro Cezar Peluso, julgamento em 30/11/2005, DJ de 15/12/2006, p. 394.

⁷³⁷ Trata-se do caso *Powell v. Mc Cormack* (1969), da Suprema Corte dos Estados Unidos.

⁷³⁸ Da ementa do julgado se extrai a tese: "Os princípios da boa-fé e da segurança jurídica autorizam a adoção do efeito *ex nunc* para a decisão que decreta a inconstitucionalidade. Ademais, os prejuízos que adviriam para a Administração seriam maiores que eventuais vantagens do desfazimento dos atos administrativos." Cfr. RE nº 442683/RS, Relator Ministro Carlos Velloso, julgamento em 13/12/2005; DJ 24/03/2006.

⁷³⁹ São eles: ADC-MC nº 12/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 16/02/2006, DJ de 01/09/2006; HC nº 82959/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 23/02/2006, DJ 01/09/2006; HC nº 87654/PR,

Em 23/02/2006, foi julgado o HC nº 82959/SP, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, que constitui um dos precedentes mais famosos do Supremo Tribunal Federal, na temática dos direitos fundamentais. A discussão cingia-se ao conflito entre a garantia da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal de 1988) e a imposição legal de cumprimento de pena em regime integralmente fechado quando se tratasse de crime hediondo.

Os precedentes estrangeiros⁷⁴⁰ foram lembrados pelo Ministro Gilmar Mendes, ao enfrentar a questão da necessária mutação constitucional a que se deveria submeter o princípio da individualização da pena⁷⁴¹ na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Para ilustrar casos célebres em que ocorreu o fenômeno da mutação constitucional, o Ministro Gilmar Mendes lembrou da superação do entendimento de *Plessy v. Ferguson* (1896) pelo caso *Brown v. Board of Education* (1954)⁷⁴², bem como dos casos *Wolf v. Colorado* (1949) e *Mapp v. Ohio* (1961), todos da Suprema Corte dos Estados Unidos, em que houve sucessivas teses acerca da superação da jurisprudência⁷⁴³.

Relatora Ministra Ellen Gracie, julgamento em 07/03/2006, DJ 20/04/2006; MS nº 24875/DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 11/05/2006, DJ 06/10/2006; HC nº 87346/MS, Relatora para o acórdão Ministra Carmen Lucia, julgamento em 15/08/2006; DJ 08/06/2007; HC nº 89417/RO, Relatora Ministra Carmen Lúcia, julgamento em 22/08/2006, DJ 15/12/2006; RE nº 451152/RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento 22/08/2006, MS nº 25787/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 08/11/2006, DJ de DJ de 27/04/2007; ADI-MC nº 3823/DF, Relatora Ministra Carmen Lúcia, julgamento em 06/12/2006; DJ 23/11/2007.

⁷⁴⁰ São eles: *Plessy vs. Ferguson* (1896); *Brown vs. Board of Education* (1954); *Wolf v. Colorado* (1949); *Mapp v. Ohio* (1961), *Linkletter vs. Walker* (1965), todos da Suprema Corte dos Estados Unidos; e o caso *Markx* (1979), do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

⁷⁴¹ Os mesmos precedentes e o mesmo argumento da mutação constitucional foi também utilizado pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto no HC nº 84078/MG, Relator Ministro Eros Grau, julgamento em 05/02/2009, DJ de 26/02/2010, p. 1207-1208.

⁷⁴² "Talvez o caso historicamente mais relevante da assim chamada mutação constitucional seja expresso na concepção da igualdade racial nos Estados Unidos. Em 1896, no caso *Plessy versus Ferguson*, a Corte Suprema americana reconheceu que a separação entre brancos e negros em espaços distintos, no caso específico - em vagões de trens - era legítima. Foi a consagração da fórmula "*equal but separated*". Essa orientação veio a ser superada no já clássico *Brown versus Board of Education* (1954), no qual se assentou a incompatibilidade dessa separação com os princípios básicos da igualdade." Cfr. voto do Ministro Gilmar Mendes no HC nº 82959/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 23/02/2006, DJ 01/09/2006, p. 614-615.

⁷⁴³ Eis as anotações do Ministro Gilmar Mendes a propósito: "Nos próprios Estados Unidos, a decisão tomada em *Mapp versus Ohio*, 367- U.S. 643 (1961), posteriormente confirmada em *Linkletter versus Walker*, 381 U.S. 618 (1965), a propósito da busca e apreensão realizada na residência da Sra. Dollree Mapp, acusada de portar material pornográfico, em evidente violação às leis de Ohio, traduz uma significativa mudança da orientação até então esposada pela Corte Suprema. (...) A decisão provocou muita controvérsia, mas os proponentes da 'regra de exclusão' afirmavam constituir esta a única forma de assegurar que provas obtidas ilegalmente não fossem utilizadas. A decisão de *Mapp v. Ohio* superou o precedente *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949), tornando a regra obrigatória aos Estados, e àqueles acusados, cujas investigações e processos não tinham atendido a estes princípios, era conferido o direito de habeas corpus." Cfr. voto do Ministro Gilmar Mendes no HC nº 82959/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 23/02/2006, DJ 01/09/2006, p. 615.

Para reforçar a tese da possibilidade de modulação de efeitos nas decisões constitucionais tomadas em sede de controle difuso, o Ministro Gilmar Mendes registrou dois precedentes: o caso *Linkletter v. Walker* (1965) da Suprema Corte americana e o caso *Markx* (1979), do Tribunal Europeu de Direitos Humanos⁷⁴⁴.

Não houve maiores debates, apesar da importância do precedente, acerca da jurisprudência estrangeira, de forma que se pode afirmar que não se trata de um precedente que qualifica a tese da transjursfundamentalidade no Supremo Tribunal Federal. Muito pelo contrário, demonstra que a Corte ainda decide muito arraigada em seu próprio ordenamento e as ideias mais tradicionais acerca de sua história jurisprudencial.

Em 15/08/2006, no HC nº 87346/MS, Relatora para o acórdão Ministra Carmen Lucia, em que se discutia se a inobservância de uma exigência procedimental da legislação em relação ao processo penal acarretaria sua nulidade, diante da divergência instaurada com lastro na gravidade de crime de tráfico e associação para tráfico de entorpecentes.

O precedente da Suprema Corte americana⁷⁴⁵ foi lembrado na complementação de voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que afirmou, para acompanhar a maioria vencedora no sentido da nulidade do processo penal em virtude da não-observância de regra expressa na legislação específica aplicável ao caso, que as salvaguardas da liberdade foram forjadas em casos que envolviam pessoas não muito apreciáveis⁷⁴⁶.

Era uma contraposição elegante ao voto do Ministro Ayres Britto que confessou, sob ponto de vista muito pessoal, segundo ele mesmo, mitigar exigências legalmente impostas ao processo penal quando se trata de crimes de tráfico ou associação para o tráfico, em face da

⁷⁴⁴ O trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes: "Não só a Suprema Corte americana (caso *Linkletter v. Walker*), mas também uma série expressiva de Cortes Constitucionais e Cortes Supremas adotam a técnica da limitação de efeitos (Cf. v.g. Corte Constitucional austríaca (Constituição, art. 140), a Corte Constitucional alemã (Lei Orgânica, § 31, 2 e 79, 1), a Corte Constitucional espanhola (embora não expressa na Constituição, adotou, desde 1989, a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade. Cf. Garcia de Enterría, *Justicia Constitucional*, cit., p. 5), a Corte Constitucional portuguesa (Constituição, art. 282, n. 4), o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (art.174, 2 do Tratado de Roma), o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (caso *Markx*, de 13 de junho de 1979)." Cfr. voto do Ministro Gilmar Mendes no HC nº 82959/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 23/02/2006, DJ 01/09/2006, p. 622.

⁷⁴⁵ Trata-se do caso *US vs Rabinowitz* (1950).

⁷⁴⁶ Nas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence: "Senhores Ministros, não ousaria replicar de supetão a sutileza do raciocínio do Ministro Carlos Britto, mas continuo convencido da máxima de Frankfurter: é um justo sumário da história afirmar que salvaguardas da liberdade foram forjadas em casos envolvendo pessoas não muito apreciáveis: "not very nice people" (*US vs Rabinowitz* -339 US 56(1950), at 69)." Cfr. voto do Ministro Sepúlveda Pertence no HC nº 87346/MS, Relatora para o acórdão Ministra Carmen Lucia, julgamento em 15/08/2006; DJ 08/06/2007, p. 364.

proteção constitucionalmente exigida para a segurança pública (art. 144 da Constituição Federal de 1988).

No HC nº 89417/RO, a Ministra Carmen Lúcia, relatora do precedente, fez referência indireta ao caso *Rector of Holy Trinity Church vs. U.S* (1892)⁷⁴⁷ para confirmar a sua tese, vencedora na Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que:

"A norma constitucional que cuida da imunidade parlamentar e da proibição de prisão do membro de órgão legislativo não pode ser tomada em sua literalidade, menos ainda como regra isolada no sistema constitucional. Os princípios constitucionais determinam a interpretação e a aplicação corretas da norma, sempre se considerando os fins a que ela se destina."⁷⁴⁸

No RE nº 451152/RJ, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgado em 22/08/2006, a discussão cingia-se à imunidade tributária de concessionária de uso de imóvel pertencente à União. Os precedentes estrangeiros⁷⁴⁹ foram citados pelo Ministro Joaquim Barbosa, que utilizou a jurisprudência da Suprema Corte americana como apoio à tese de que a imunidade recíproca deveria ser considerada em face da realidade econômica⁷⁵⁰.

Por fim, a ADI-MC nº 3823/DF, Relatora Ministra Carmen Lúcia, julgada em 06/12/2006, trouxe, no voto do Ministro Sepúlveda Pertence, um argumento emprestado do voto do Ministro Celso de Mello na ADI nº 769/MA⁷⁵¹, que fez a referência ao Acórdão nº 39/1984 do Tribunal Constitucional português para sustentar a tese do cabimento de controle direto de inconstitucionalidade de norma meramente derogatória.

Conforme explicou o Ministro Sepúlveda Pertence, em diálogo com o Ministro Ayres Britto, a tese apresenta um corolário da proibição de retrocesso, só que mais amplo e

⁷⁴⁷ Este mesmo precedente e o argumento que ele sustenta também foram citados pela Ministra Carmen Lúcia no HC nº 102732/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 04/03/2010, DJ de 07/05/2010, p. 752.

⁷⁴⁸ Cfr. voto da Ministra Carmen Lúcia no HC nº 89417/RO, Relatora Ministra Carmen Lúcia, julgamento em 22/08/2006, DJ 15/12/2006, p. 901.

⁷⁴⁹ São eles: caso *Halliburton Oil Well Co. v. Reily* (1963) e caso *Graves v. N.Y. ex rel. O'Keefe* (1938), ambos da Suprema Corte americana.

⁷⁵⁰ Eis as palavras do próprio Ministro Joaquim Barbosa nesse sentido: "Cabe, aqui, a máxima extraída de reflexão a que chegou a Corte Suprema dos Estados Unidos no caso *Halliburton Oil We Co. vs. Reily* (373 US 64, 1963): "a igualdade, para propósito da concorrência e do fluxo comercial, é medida em dólares e centavos, e não em abstrações legais."" Cfr. voto do Ministro Joaquim Barbosa no RE nº 451152/RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento 22/08/2006, DJ de 27/04/2007, p. 835-836.

⁷⁵¹ A tese que consta da ementa do referido julgado é a de que: " Os atos estatais de conteúdo meramente derogatório, desde que incidam sobre atos de caráter normativo, revelam-se objeto idôneo para a instauração do controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal." Cfr. ADI-MC 769/MA, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 22/04/1993, DJ de 08/04/1994.

contextualizado no âmbito legislativo, uma vez que qualquer mandato de legislar, uma vez cumprido, pode ser substituído por normas infraconstitucionais de teor diverso, mas, não, simplesmente, por norma que retorne ao vácuo constitucional anterior⁷⁵².

Em 2007, são 4 precedentes⁷⁵³ do Supremo Tribunal Federal em que estão registradas citações a decisões estrangeiras nos votos dos Ministros. Em tais precedentes já é possível notar que alguns argumentos se repetem nos votos dos Ministros, de forma que já é possível fazer notar uma influência reiterada de alguns entendimentos de Cortes de outras nações na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

No RHC nº 90376/RJ, da relatoria do Ministro Celso de Mello, os precedentes estrangeiros vieram registrados também na ementa do julgado. A discussão sobre as provas ilícitas⁷⁵⁴ ganha substância, na Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal⁷⁵⁵, com este recurso em que o Ministro Celso de Mello reafirma a tese da inadmissibilidade da produção da prova ilícita perante qualquer instância de poder, uma vez que ela resulta da transgressão estatal ao regime constitucional dos direitos e garantias individuais dos cidadãos.

Para mitigar a intransponibilidade da teoria dos frutos da árvore envenenada, bem como relativizar a proibição de utilização de provas ilícitas na instrução e processamento criminal, o Ministro Celso de Mello invocou precedentes da Suprema Corte americana que referendam a tese das fontes autônomas de prova⁷⁵⁶. No entanto, para aquele caso concreto,

⁷⁵² Cfr. voto do Ministro Sepúlveda Pertence na ADI-MC nº 3823/DF, Relatora Ministra Carmen Lúcia, julgada em 06/12/2006, p. 313-314.

⁷⁵³ São eles: RHC nº 90376/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 03/04/2007, DJ 18/05/2007; ADI nº 3112/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento 02/05/2007, DJ 26/10/2007; RE nº 370682/SC, Relator Ministro Ilmar Galvão, julgamento 25/06/2007, DJ de 19/12/2007; RE nº 515427/GO, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 07/08/2007, DJ de 14/09/2007.

⁷⁵⁴ Tal discussão já havia sido travada no HC nº 84203/RS e no HC nº 82788/RJ, tendo sido referenciados os mesmos precedentes estrangeiros da Suprema Corte americana pelo Ministro Celso de Mello.

⁷⁵⁵ No mesmo sentido vide também o HC nº 93050/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em junho de 2008, em que também foram debatidos os limites do poder do Estado de atuar em nome da fiscalização tributária. Tratava-se de busca e apreensão, sem mandado judicial em escritório de contabilidade, o que foi considerado inconstitucional pelo órgão fracionário do Supremo Tribunal Federal. Os precedentes citados foram: *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914); *Silverthorne Lumber CO. V. United States* (1920); *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338 (1939); *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961); *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963); *Garrity v. New Jersey*, 385 U.S. 493 (1967); *Payton v. New York*, 445 U.S. 573 (1980); *Segura v. United States* (1984); *Nix v. Williams* (1984); *Murray v. United States* (1988).

⁷⁵⁶ "Esse entendimento, Senhores Ministros, que constitui a expressão mesma da teoria dos "frutos da árvore envenenada" ("*fruits of the poisonous tree*") - firmada e desenvolvida na práatica jurisprudencial da Suprema Corte dos Estados Unidos da America ("*Nardone v. United States*, 308 U.S. 338 (1939); *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963); *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914); *Payton v. New York*, 445 U.S. 573 (1980)", atenuada, porém, quando o Poder Público, não obstante a ilicitude originária de determinada prova, consegue demonstrar que obteve, legitimamente, os novos elementos de informação a partir de uma "*independent source*" ou fonte autônoma de prova ("*Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385

afirmou não ser autorizado, sem mandado judicial, o ingresso em quarto de hotel para obtenção de provas a serem usadas no processo penal.

Em maio de 2007, foi julgada a ADI nº 3112/DF, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, em que se discutia a constitucionalidade do Estatuto do Desarmamento, sob o parâmetro do direito de propriedade, da proteção da confiança (direito adquirido e ato jurídico perfeito), bem como sob o paradigma dos princípios da presunção de inocência e devido processo legal substantivo (proporcionalidade) aplicado ao direito penal.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão veio referenciada, de forma genérica, no voto do Ministro Lewandowski, que mencionou o entendimento daquela Corte acerca do direito de propriedade⁷⁵⁷. Os precedentes específicos⁷⁵⁸ de vários casos julgados pelo Tribunal Constitucional alemão foram registrados no voto do Ministro Gilmar Mendes, justificando a análise da questão posta em debate, sob a perspectiva do princípio da proporcionalidade aplicado à esfera penal⁷⁵⁹. A jurisprudência alemã, no voto do Ministro Gilmar Mendes, foi extensamente analisada e utilizada como fundamento central de sua decisão⁷⁶⁰. É de se registrar, entretanto, que não houve debates na Corte sobre a jurisprudência comparada.

(1920); *Segura v. United States*, 468 U.S. 796 (1984); *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984); *Murray v. United States*, 487 U.S. 533 (1988)". Cfr. voto do Ministro Celso de Melo no RHC nº 90376/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 03/04/2007, DJ 18/05/2007, p. 356-357.

⁷⁵⁷ Assim registrou o Ministro Ricardo Lewandowski: "Faço referência, no ponto, à jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*), para o qual o direito de propriedade corresponde a uma "liberdade cunhada normativamente" (*normgeprägte Freiheit*), possuindo os bens privados uma face jurídico-objetiva, consubstanciada na garantia de sua instituição (*Institutsgarantie*), e uma dimensão jurídico-subjetiva, caracterizada por uma garantia de subsistência da propriedade (*Bestandsgarantie*)." Cfr. voto do Ministro Ricardo Lewandowski na ADI nº 3112/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento 02/05/2007, DJ 26/10/2007, p. 434-435.

⁷⁵⁸ São eles: Caso Soviet Zone: BVerfGE 2, 266 (1953); Caso Abortion I: BVerfGE 88, 203 (1993); Caso Codetermination: BVerfGE 50, 290 (1979); BVerfGE 77, 170 (1987); BVerfGE 39, 210 (1975); Caso Cannabis: BVerfGE 90, 145 (1994); Caso Lüth: BVerfGE 7, 377 (1958).

⁷⁵⁹ "A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger tais direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros." Cfr. voto do Ministro Gilmar na ADI nº 3112/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento 02/05/2007, DJ 26/10/2007, p.461.

⁷⁶⁰ Esse argumento, bem como a jurisprudência extensa da Corte Constitucional alemã que sustenta a tese de que é tarefa do Tribunal Constitucional fiscalizar a legitimidade da atividade legislativa em matéria penal, lastreado no princípio da proporcionalidade, também pode ser encontrada no voto do Ministro Gilmar Mendes no HC nº 102087/MG, Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 28/02/2012, DJ de 14/08/2012; p. 97 e ss; no HC nº 96759/CE, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 28/02/2012, DJ de 12/06/2012, p. 37 e ss; e no HC nº 104410/RS, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 06/03/2012, DJ de 27/03/2012, p. 20 e ss de 40 (processo eletrônico).

No julgamento do RE nº 370682/SC, foram as considerações dos Ministros, em virtude de questão de ordem suscitada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, que registraram os precedentes da Suprema Corte americana. Tratava-se de uma alteração da jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, no que dizia respeito ao direito de crédito de IPI decorrente da aquisição de matéria-prima cuja entrada é isenta, não-tributada ou sujeita à alíquota zero, e a questão de ordem trazia à reflexão a possibilidade de dar efeitos apenas prospectivos, ou seja, modular os efeitos da decisão tomada.

O Ministro Joaquim Barbosa trouxe, em sua argumentação, referência a precedentes da Corte Suprema americana para divergir da tese, prevalecente no Supremo Tribunal Federal desde 2005⁷⁶¹, de que é possível modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade apenas para o futuro, também em sede de controle difuso.

O Ministro Joaquim Barbosa fez minuciosa exposição da evolução jurisprudência da Corte Suprema dos Estados Unidos, em matéria de teoria da retroatividade x teoria da prospectividade, lembrando que o caso *Linkletter v. Walker* (1965), apesar de constituir ruptura inegável da tradição de mais de mil anos de *common law*, durou apenas 22 anos, uma vez que, em 1987, o caso *Griffith v. Kentucky* (1987) retomou a tese da nulidade retrospectiva da lei considerada inconstitucional no sistema norte americano. Segundo afirma o Ministro Joaquim Barbosa, tal tese foi confirmada em diversos outros precedentes posteriores, merecendo destaque o caso *Harper v. Virginia Department of Taxation* (1993).

Ao comentar sobre os motivos que levaram à ruptura e ao retorno da teoria da retroatividade absoluta na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, o Ministro Joaquim Barbosa anota em seu voto:

"Mas o que é interessante assinalar em todas essas peripécias jurisprudenciais americanas são os argumentos que levaram ao abandono do precedente da prospectividade. Não desconheço que subjacente a toda a controvérsia está a insuperável clivagem que há no seio da Corte e na doutrina americana, entre conservadores e liberais, entre originalistas e interpretativistas. Deixando de lado o argumento atinente ao papel e aos limites da atuação da Corte americana, informada por forte carga ideológica, pode-se dizer que decisivas nessa guinada foram as preocupações da Corte

⁷⁶¹ Cfr. RE nº 442683/RS, voto do Ministro Carlos Velloso; e HC nº 82959/SP, voto do Ministro Gilmar Mendes.

com a quebra do princípio da igualdade. Daí as frases duras que encontramos nos acórdãos que antecederam e nos que sucederam à derrubada do precedente *Linkletter*. Frases tais como as que condenam a aplicação seletiva de novos princípios constitucionais, o que feriria o princípio da igualdade, segundo o qual todos aqueles que se encontram em idêntica situação devem receber tratamento idêntico. Ou a que rechaça a tese da "subita ruptura" como pretexto para se conferir efeito prospectivo às decisões.⁷⁶²

Na verdade, a conclusão a que chegou a Corte Suprema brasileira, nesse caso, foi a de que não havia uma declaração de inconstitucionalidade, mas mudança de jurisprudência quanto à interpretação de uma lei. Dessa forma, o argumento fundado nas decisões estrangeiras, especialmente a jurisprudência da Suprema Corte americana, acabou por não ser útil aos debates.

No entanto, o que torna esse precedente especialmente relevante para a pesquisa é que o Ministro Joaquim Barbosa, no seu voto, dialoga com tese defendida pelo Ministro Gilmar Mendes no voto proferido no HC nº 82959/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, contradizendo o argumento dos Ministros Carlos Velloso, Gilmar Mendes e Celso de Mello, sob a pecha de que a jurisprudência anteriormente citada havia sido superada pela própria Suprema Corte americana.⁷⁶³

Ainda em 2007, e como último julgado selecionado pela pesquisa do presente estudo para o referido ano, tem-se o RE nº 515427/GO, no qual, foi negado provimento ao recurso extraordinário e concedido *habeas corpus* de ofício para determinar a expedição de alvará de soltura em favor do recorrido, que foi colocado em liberdade, em face de caracterizada violação ao direito de defesa e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O precedente da Corte Constitucional alemã⁷⁶⁴ foi referência feita no voto do Ministro Gilmar Mendes que lembrava, como já havia feito em outro julgado⁷⁶⁵, que o devido processo

⁷⁶² Cfr. voto do Ministro Joaquim Barbosa no RE nº 370682/SC, Relator Ministro Ilmar Galvão, julgamento 25/06/2007, DJ de 19/12/2007, p. 551.

⁷⁶³ A tese contestada pelo Ministro Joaquim Barbosa já havia sido defendido no Supremo Tribunal Federal em vários precedentes: o Ministro Carlos Velloso defendeu esta tese no RE nº 442683/RS, Relator Ministro Carlos Velloso, julgamento em 13/12/2005; DJ 24/03/2006; o Ministro Gilmar Mendes também a defendeu no HC nº 82959/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 23/02/2006, DJ 01/09/2006, p. 614-615, que foi o primeiro dentre muitos outros julgados do Supremo Tribunal Federal em que o Ministro Gilmar Mendes defendeu esta tese; e pelo Ministro Celso de Mello no RE nº 377457/PR, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 17/09/2008, DJ de 19/12/2008.

⁷⁶⁴ Trata-se do BVerfGE 70, 288 da Corte Constitucional alemã.

⁷⁶⁵ Vide: AI nº 481015/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 01/02/2005, DJ de 08/09/2006.

legal, com seus corolários da ampla defesa e do contraditório, implica não só o direito de manifestação e informação sobre o processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo juízo⁷⁶⁶.

O ano de 2008 inaugura fase auspiciosa para a pesquisa que fundamenta o presente estudo. São 16 processos⁷⁶⁷ em que os Ministros do Supremo Tribunal Federal referenciam precedentes de Cortes estrangeiras e/ou internacionais em seus votos.

Em fevereiro de 2008, no julgamento da ADI nº 3089/DF, Relator Ministro Ayres Britto, o voto do Ministro Joaquim Barbosa fez referência ao caso *Mc Culloch v. Maryland* (1819), e ao caso *Graves v. New York* (1938)⁷⁶⁸, ambos da Suprema Corte americana. A discussão sobre imunidade recíproca trouxe à tona o argumento, já sedimentado nos julgados da Suprema Corte, de que se trata de uma salvaguarda contra o risco de utilização de tributos

⁷⁶⁶ Assim argumenta o Ministro Gilmar Mendes: "Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado "Anspruch auf rechtliches Gehör" (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala a Corte Constitucional que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar. É da obrigação de considerar as razões apresentadas que também deriva o dever de fundamentar as decisões. No processo penal, o princípio da ampla defesa e do contraditório tem, por razões óbvias, aplicação significativa e analítica. Entende-se que não só não pode haver condenação sem defesa, como também que, na falta de defensor do réu, deve designar-se-lhe defensor dativo (art. 263 do CPP)." Cfr voto do Ministro Gilmar Mendes no RE nº 515427/GO, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 07/08/2007, DJ de 14/09/2007, p. 975. O mesmo argumento também pode ser encontrado na ADI-MC nº 4264/PE, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento em 16/03/2011, DJ de 30/05/2011, p. 82-83.

⁷⁶⁷ São eles: ADI nº 3089/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento 13/02/2008, DJ de 01/08/2008; ADPF-MC nº 130/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento 27/02/2008, DJ 07/11/2008; RE nº 434059/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 07/05/2008, DJ de 12/09/2008; ADI nº 3510/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 29/05/2008, DJ de 28/05/2010; ADI-MC nº 3937/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 04/06/2008, DJ de 10/10/2008; HC nº 93050/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 10/06/2008, DJ de 01/08/2008; ADPF nº 144/DF, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 06/08/2008, DJ de 26/02/2010; ADC-MC nº 18/DF, Relator Ministro Menezes Direito, julgamento em 13/08/2008; DJ de 24/10/2008; HC nº 94016/SP, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 16/09/2008, DJ de 27/02/2009; RE nº 377457/PR, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 17/09/2008, DJ de 19/12/2008; ADI nº 3999/DF, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 12/11/2008, DJ de 17/04/2009; MS nº 23441/DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgamento em 27/11/2008, DJ de 06/11/2009; RE nº 349703/RS, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 03/12/2008, DJ de 05/06/2009; RE nº 466343/SP, Relator Ministro Cezar Peluso, julgamento em 03/12/2008, DJ de 05/06/2009; AI nº 733387/DF, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 16/12/2008, DJ de 01/02/2013; RE-AgR nº 587604/PR, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 16/12/2008, DJ de 17/04/2009.

⁷⁶⁸ Este precedente também foi referenciado pelo Ministro Joaquim Barbosa no RE nº 451152/RJ, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgado em 22/08/2006, que discutia imunidade recíproca de concessionária de uso de imóvel pertencente à União, em relação a IPTU. Vide ainda voto do Ministro Joaquim Barbosa no RE-AgR nº 285716/SP, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 02/03/2010, DJ de 26/03/2010, p. 900-901, em que se discutia a imunidade recíproca para imóvel utilizado pela Petrobrás para sediar condutos de transporte de petróleo, combustíveis ou derivados, em atividade sob monopólio da União. O mesmo ocorre em: RE-AgR nº 399307/MG, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 16/03/2010; DJ de 30/04/2010, p. 155-1501; AI-AgR nº 518325/RS, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 06/04/2010, DJ de 30/04/2010, p. 1690-1691.

como pressão econômica entre os membros do pacto federativo e também o de que o poder de tributar não pode desbordar para o poder de destruir.⁷⁶⁹

A ADPF-MC nº 130/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgada em 27/02/2008, é um precedente histórico do Supremo Tribunal Federal sobre liberdade de imprensa e os limites da censura em nosso ordenamento jurídico constitucional.

O voto do Ministro Celso de Mello trouxe a referência às Sentenças nº 6/1981, nº 12/1982, nº 104/1986 e nº 171/1990 do Tribunal Constitucional Espanhol, bem como aos casos *Handyside* (Sentença de 07/12/1976) e *Lingens* (Sentença de 08/07/1986) da Corte Européia de Direitos Humanos, para reforçar a tese de que a liberdade de informação representa um suporte axiológico indispensável do regime democrático⁷⁷⁰. Note-se que é a primeira vez que a Corte Européia de Direitos Humanos aparece registrada em uma referência de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

O voto do Ministro Gilmar Mendes, com fundamento na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão⁷⁷¹, lembrou que a liberdade de imprensa é vista por aquela corte tanto como um direito subjetivo, quanto como uma garantia institucional, de modo que a liberdade de imprensa ganha, naquele ordenamento constitucional, dimensão indissociável da garantia do próprio Estado Democrático de Direito⁷⁷².

Tais referências constituíram pontos de partida fundamentadores das decisões dos referidos Ministros, no caso sob a análise do colegiado da Suprema Corte brasileira, porém não foram objeto de maiores debates entre os demais membros da Corte. É preciso advertir, entretanto, que apesar de a Corte não ter estado, por ocasião deste julgamento da medida

⁷⁶⁹ Este argumento e o respectivo precedente são reproduzidos pelo Ministro Joaquim Barbosa no RE nº 580264/RS, Relator para o acórdão Ministro Ayres Britto, julgamento em 16/12/2010, DJ de 06/10/2011, p. 85. Neste recurso extraordinário, o Ministro Joaquim Barbosa acrescenta a referência ao Caso *Amerada Hess Corporation v. The New Jersey Taxion Division* (1988), também da Suprema Corte dos Estados Unidos para dar suporte à tese de que "tanto os objetivos como os efeitos do reconhecimento da aplicação da imunidade recíproca são passíveis de submissão ao crivo jurisdicional, em um exame de ponderação, não bastando a constatação objetiva de propriedade do bem." Cfr. voto do Ministro Joaquim Barbosa no RE nº 580264/RS, Relator para o acórdão Ministro Ayres Britto, julgamento em 16/12/2010, DJ de 06/10/2011, p. 84.

⁷⁷⁰ Eis um síntese do pensamento do Ministro Celso de Mello sobre o tema: "A liberdade de expressão representa, dentro desse contexto, uma projeção significativa do direito, que a todos assiste, de manifestar, sem qualquer possibilidade de intervenção estatal 'a priori', o seu pensamento e as suas convicções, expondo as suas ideias e fazendo veicular as suas mensagens doutrinárias." Cfr. voto do Ministro Celso de Mello na ADPF-MC nº 130/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento 27/02/2008, DJ 07/11/2008, p. 154-155.

⁷⁷¹ Caso Spiegel: BVerfGE 12, 113 (1961); Caso Blinkfüer: BVerfGE 25, 256 (1969); Caso *Solidaridatsadrese*: BVerfGE 44, 197 (1977)

⁷⁷² Esta ideia também foi defendida pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto no julgamento do mérito da ADPF nº 130/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 30/04/2009, DJ de 06/11/2009, p. 220-223.

cautelar, muito comprometida com a jurisprudência estrangeira, que é farta sobre este tema, isso foi revertido no julgamento do mérito, que será objeto de análise no tempo cronológico adequado.

A ADI nº 3510/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgada em 29/05/2008, também pode ser apresentada como um dos julgados mais relevantes da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria de direitos fundamentais. O julgamento cingia-se à verificação da constitucionalidade da lei que permitia o uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos, sob o parâmetro do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana.

Registre-se que o voto do Ministro Ricardo Lewandowski possui capítulo apartado sobre direito comparado para analisar a questão. Nele, como também no voto do Ministro Gilmar Mendes, há referências expressas às Decisões nº 53/1985 e nº 116/1999 da Corte Constitucional da Espanha, para elucidar a tese que repudia a fecundação de embriões humanos exclusivamente com a finalidade de experimentação, mas que permite a utilização de qualquer técnica de obtenção de células-tronco embrionárias com fins terapêuticos ou de pesquisa⁷⁷³.

O voto do Ministro Gilmar Mendes faz alusão, a título exemplificativo, ao caso *Roe v. Wade* da Corte Suprema americana, bem como às decisões do Tribunal Constitucional alemão sobre o aborto⁷⁷⁴, no contexto do argumento da função exercida pelas Cortes Constitucionais quando chamadas a decidir casos de grande impacto cultural e social. Também a jurisprudência da Corte Constitucional alemã foi lembrada pelo Ministro Gilmar Mendes, que discorreu sobre a utilização do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente⁷⁷⁵.

Este precedente, apesar de não chamar tanto a atenção sob o prisma da transjusfundamentalidade, merece atenção em estudos mais verticais, uma vez que foi precedida de audiências públicas e, nelas, certamente, o argumento transjusfundamental deve ter feito parte dos debates.

⁷⁷³ Vide voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI nº 3510/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 29/05/2008, DJ de 28/05/2010, p. 618-619.

⁷⁷⁴ São elas: BVerfGE 39, 1 (1975); BVerfGE 88, 203 (1993) do Tribunal Constitucional alemão.

⁷⁷⁵ O precedente estrangeiro citado é o BVerfGE 88, 203 (1993), já referenciado no voto do Ministro Gilmar Mendes na QO-ADPF nº 54, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 27/04/2005, DJ de 31/08/2007, p. 102.

Em junho de 2008, a discussão travada na ADI-MC nº 3937/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, era sobre a constitucionalidade de lei estadual que proibia o uso, em um determinado Estado da federação, de produtos, materiais ou artefatos que contivessem amianto, asbesto ou outros minerais que possuísem fibras de amianto em sua composição.

O voto do Ministro Joaquim Barbosa fez referência a dois precedentes julgados pela Suprema Corte americana - caso *City Oil Philadelphia v. New Jersey* (1978); e caso *Maine v. Taylor* (1986) - para corroborar a sua tese de que a limitação feita pela lei estadual ao amianto apresentava-se razoável também pela inexistência de alternativas, ou seja, pelo fato de a realidade não indicar qualquer medida intermediária, menos gravosa, do que a proibição de utilização do referido produto. Os demais Ministros do Supremo Tribunal Federal não atentaram para a jurisprudência comparada como possível argumento disponível para fundamentar a solução deste caso posto perante a Corte.

Em agosto de 2008, foi julgada a ADPF nº 144/DF, em que o Ministro Celso de Mello invoca o Acórdão nº 198/1990 do Tribunal Constitucional português para afirmar que o princípio da presunção de inocência é, no seu núcleo essencial, aplicável também aos processos administrativos disciplinares, bem como o caso *Cantoral Benavide*: Sentença de 18/08/2000, § 119, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como apoio ao argumento de que contraria o postulado da presunção de inocência expor o investigado-custodiado aos meios de comunicação em traje infamante.⁷⁷⁶

Registre-se que, apesar de constituir importante precedente do Supremo Tribunal sobre a concretização do princípio da presunção de inocência, o debate sobre tal princípio, fora do voto do Ministro Celso de Mello, naquela sessão, não se sustentou em discussão que envolvesse direito estrangeiro nem na jurisprudência comparada.

A questão debatida no RE nº 377457/PR, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 17/09/2008, dizia respeito à validade da revogação, por lei ordinária, de isenção de tributo

⁷⁷⁶ Eis as palavras do Ministro Celso de Mello a propósito do tema: "Disso resulta, segundo entendo, que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa é de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve atuar, até o superveniente trânsito em julgado da condenação judicial, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou que restrinjam, seja no domínio civil, seja no âmbito político, a esfera jurídica das pessoas em geral." Cfr. voto do Ministro Celso de Mello na ADPF nº 144/DF, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 06/08/2008, DJ de 26/02/2010, p. 432.

(no caso a COFINS) concedida às sociedades prestadoras de serviços de profissão legalmente regulamentada.

A referência a precedentes estrangeiros, constantes do voto do Ministro Celso de Mello, deu-se no contexto da argumentação sobre a possibilidade, ou não, de modulação de efeitos da decisão de constitucionalidade em sede de controle difuso⁷⁷⁷. Para sustentar a possibilidade de modulação de tais efeitos, o Ministro Celso de Mello invocou diversos precedentes⁷⁷⁸ da jurisprudência da Suprema Corte americana, reproduzindo argumento⁷⁷⁹ já registrado em outros julgados do Supremo Tribunal Federal⁷⁸⁰. Na verdade, o voto não dialogou com o contra-argumento apresentado pelo Ministro Joaquim Barbosa no RE nº 370682/SC, o que se revela uma lacuna de continuidade no debate sobre o tema na Suprema Corte brasileira.

Em novembro de 2008, o julgamento da ADI nº 3999/DF, sob a relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, trouxe para o debate na Suprema Corte brasileira a questão da fidelidade partidária. Os precedentes estrangeiros⁷⁸¹ foram mencionados pelo Ministro Joaquim Barbosa,

⁷⁷⁷ Vale registrar que este mesmo argumento e os mesmos precedentes também são referidos pelo Ministro Celso de Mello no AI nº 733387/DF, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 16/12/2008, DJ de 01/02/2013; no RE-AgR nº 587604/PR, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 16/12/2008, DJ de 17/04/2009; RE-ED nº 592148/MG, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 25/08/2009, DJ de 11/09/2009, p. 16 de 19 (processo eletrônico); no AI-AgR 633563/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 19/04/2011, DJ 30/05/2011, p. 342; e no MS nº 30260/DF, Relatora Ministra Carmen Lucia, julgamento em 27/04/2011, DJ de 30/08/2011.

⁷⁷⁸ São eles: *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618, 629 (1965); *Chevron Oil Co. v. Huson*, 404 U.S. 97 (1971); *Hanover Shoe v. United Shoe Mach. Corp.* 392 U.S. 481 (1968); *Simpson v. Union Oil Co.* 13 (1964); *England v. State Bd. of Medical Examiners*, 375 U.S. 411 (1964); *City of Phoenix v. Kolodziejski*, 399 U.S. 204 (1970); *Cipriano v. City of Houma*, 395 U.S. 701 (1969); *Allen v. State Bd. of Educ.*, 393 U.S. 544 (1969).

⁷⁷⁹ Vale, a título de esclarecimento e registro, reproduzir o aludido argumento constante do voto do Ministro Celso de Mello em todos estes julgados do Supremo Tribunal Federal: "Refiro-me não só ao conhecido caso "Linkletter" - *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618, 629, 1965 - como, ainda, a muitas outras decisões daquele Alto Tribunal, nas quais se proclamou, a partir de certos marcos temporais, considerando-se determinadas premissas e com apoio na técnica do "*prospective overruling*", a inaplicabilidade do novo precedente a situações já consolidadas no passado, cabendo lembrar, dentre vários julgados, os seguintes: *Chevron Oil Co. v. Huson*, 404 U.S. 97, 1971; *Hanover Shoe v. United Shoe Mach. Corp.*, 392 U.S. 481, 1968; *Simpson v. Union Oil Co.*, 377 U.S. 13, 1964; *England v. State Bd. of Medical Examiners*, 375 U.S. 411, 1964; *City of Phoenix v. Kolodziejski*, 399 U.S. 204, 1970; *Cipriano v. City of Houma*, 395 U.S. 701, 1969; *Allen v. State Bd. of Educ.*, 393 U.S. 544, 1969, v.g."

⁷⁸⁰ Vide: PET nº 2859/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 03/02/2005, DJ de 20/05/2005; RE nº 442683/RS, Relator Ministro Carlos Velloso, julgamento em 13/12/2005; DJ 24/03/2006; HC nº 82959/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 23/02/2006, DJ 01/09/2006.

⁷⁸¹ São eles: *Baker v. Carr*; *Reynold v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964); *Lucas v. Forty-Fourth Gen. Assembly of Colorado*, 377 U.S. 713 (1964).

no contexto de dar maior força ao argumento, afeto à doutrina minimalista, de que uma Corte Constitucional, para ser respeitada, deve observar o *self-restraint*⁷⁸².

Este tema da extensão de poderes de uma Suprema Corte e/ou Constitucional, muito sensível em todos os aspectos, não foi debatido pelos Ministros do Supremo Tribunal neste processo, pois eles ficaram adstritos à sua própria jurisprudência quanto a determinados aspectos procedimentais e também do mérito da fidelidade partidária.

Por fim, os RE nº 349703/RS, Relator Ministro Ayres Britto e RE nº 466343/SP, Relator Ministro Cezar Peluso, julgados conjuntamente em dezembro de 2008, constituem precedentes históricos do Supremo Tribunal Federal que discutiram, dentre outros assuntos, a hierarquia normativa dos tratados internacionais no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. O Plenário do Supremo Tribunal Federal chegou à conclusão, por maioria e após amplo debate, de que os tratados internacionais têm status de normas supralegais, o que significa que estão submetidas ao controle de constitucionalidade, mas têm o poder de revogar as normas ordinárias com elas incompatíveis.

No voto do Ministro Gilmar Mendes estão registrados diversos precedentes⁷⁸³ da Corte Constitucional alemã e de outras Cortes⁷⁸⁴, inclusive internacionais⁷⁸⁵, que serviram como referências para os diversos pontos do debate. Por tratar-se de um caso da maior importância julgado pelo Supremo Tribunal Federal, deve-se, para efeitos do presente trabalho, apenas fazer constar que os debates sobre jurisprudência comparada não fizeram eco na decisão tomada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal.⁷⁸⁶

⁷⁸² As palavras do Ministro Joaquim Barbosa são esclarecedoras nesse sentido: "Com a atenção sempre voltada a esses princípios básicos de organização político-estatal, penso que as hipóteses que levam a perda do cargo eletivo e o procedimento respectivo são temas que devem ser tratados pelos órgãos de representação popular, com base em disposição expressa e inequívoca da Constituição." Cfr. voto do Ministro Joaquim Barbosa na ADI nº 3999/DF, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 12/11/2008, DJ de 17/04/2009, p. 114.

⁷⁸³ São eles: "BVerfGE 89, 155 (175), BVerfGE 39:210 (230-1), BVerfGE 28, 243 (26), BVerfGE 25, 112 (117), BVerfGE 37, 132 (140), BVerfGE 50, 290 (340), BVerfGE 42, 263 (294), BVerfGE 31, 229 (240), BVerfGE 37, 132 (140), BVerfGE 50, 290 (339), BVerfGE 52, 1 (27), BVerfGE 66, 76, BVerfGE 58, 300 (300), BVerfGE 52, 1 (26), BVerfGE 71, 230 (247); Caso Factortame Ltd. v. Secretary of State for Transport (N.2) (1991); Caso Factortame Ltd. v. Secretary of State for Transport (93 ILR, p. 652), Caso Maastricht na Alemanha e na Espanha; Caso Namíbia: Corte Internacional de Justiça."

⁷⁸⁴ Destaque para a *House of Lords* do Reino Unido e para o Tribunal Constitucional da Alemanha e da Espanha.

⁷⁸⁵ Corte Europeia de Justiça e Corte Internacional de Justiça.

⁷⁸⁶ Fiz estudo mais detalhado sobre o precedente: Cfr. SILVA, Christine Oliveira Peter da. A histórica decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de prisão civil do depositário infiel. In: Gilmar Ferreira Mendes; Paulo Gustavo Gonet Branco; André Rufino do Vale. (Org.). *A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 85-93.

Os argumentos comparativos do voto do Ministro Gilmar Mendes restaram isolados e apresentaram-se como informações diletantes, naquele contexto, não sendo objeto de debates, nem de consideração por parte dos demais Ministros.

Em 2009 houve referência a precedentes estrangeiros em 17 julgados do Supremo Tribunal Federal⁷⁸⁷, confirmando tendência já iniciada no ano anterior de que um maior número de decisões passariam a conter, em suas fundamentações, a referência comparada de outras cortes supremas e/ou constitucionais.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 02 de fevereiro de 2009, julgou o HC nº 84078/MG, sob a relatoria do Ministro Eros Grau, que discutia a inconstitucionalidade da chamada execução antecipada da pena, tendo como parâmetro o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição de 1988) e o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição de 1988)⁷⁸⁸.

As referências aos precedentes da Corte Constitucional da Alemanha⁷⁸⁹ vieram no voto do Ministro Gilmar Mendes para defender a tese, que restou vencedora⁷⁹⁰, no sentido de

⁷⁸⁷ São eles: HC nº 84078/MG, Relator Ministro Eros Grau, julgamento em 05/02/2009, DJ de 26/02/2010; RHC nº 93172/SP, Relatora Ministra Carmen Lúcia, julgamento em 12/02/2009, DJ de 06/05/2011; HC nº 91676/ , Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento em 12/02/2009; PET nº 3388/RR, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 19/03/2009, DJ de 25/09/2009; ADPF nº 130/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 30/04/2009, DJ de 06/11/2009; ADI nº 1194/DF, Relatora para o acórdão Ministra Carmen Lucia, julgamento em 20/05/2009, DJ de 11/09/2009; RCL nº 6568/SP, Relator Ministro Eros Grau, julgamento em 21/05/2009, DJ de 25/09/2009; RE-ED nº 592148/MG, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 25/08/2009, DJ de 11/09/2009; HC nº 85419/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 20/10/2009, DJ de 27/11/2009; HC nº 89837/DF, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 20/10/2009, DJ de 20/11/2009; EXT nº 1126/Alemanha, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 22/10/2009, DJ de 11/12/2009; HC nº 90099/RS, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 27/10/2009, DJ de 04/12/2009; HC nº 87610/SC, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 27/10/2009, DJ de 04/12/2009; HC nº 94173/BA, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 27/10/2009, DJ de 27/11/2009; STA-AgR nº 389/MG, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 03/12/2009, DJ de 14/05/2010; RCL nº 9428/DF, Relator Ministro Cezar Peluso, julgamento em 10/12/2009, DJ de 25/06/2010; EXT nº 1085/Itália, Relator Ministro Cezar Peluso, julgamento em 16/12/2009, DJ de 16/04/2009.

⁷⁸⁸ Registre-se que o Plenário julgou caso semelhante na semana seguinte e as mesmas referências a precedentes estrangeiros são encontradas no voto do Ministro Gilmar Mendes. Cfr. RHC nº 93172/SP, Relatora Ministra Carmen Lúcia, julgamento em 12/02/2009, DJ de 06/05/2011, p. 146; 160; e 157 e ss.

⁷⁸⁹ São eles: BVerfGE 19, 347-348 (1965); BVerfGE 33, 1(12); BVerfGE, 45, 187; BverfGe 20, 323; BverfGE 45, 187; BverfGE 1, 332 (348); 6 389 (439), todos da Corte Constitucional da Alemanha.

⁷⁹⁰ Eis um trecho da ementa sobre o tema: "Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual." Cfr. ementa do HC nº 84078/MG, Relator Ministro Eros Grau, julgamento em 05/02/2009, DJ de 26/02/2010.

que não se pode conceber compatível com o princípio constitucional da presunção de inocência qualquer antecipação do cumprimento da pena.

Já os precedentes da Corte Suprema Americana⁷⁹¹ sustentaram, em trecho argumentativo já usado pelo Ministro Gilmar Mendes em outros julgados do Supremo Tribunal Federal⁷⁹², a ideia de que é possível, em casos de mudança da jurisprudência consolidada da Corte, dar efeitos prospectivos à decisão constitucional, ainda que em sede de controle difuso de constitucionalidade⁷⁹³.

Por fim, há ainda uma referência indireta, uma vez que constou do texto uma citação a trecho de doutrina, às Sentenças nº 156/1997 e nº 67/1997 do Tribunal Constitucional da Espanha, no contexto da discussão sobre o conflito entre o princípio da presunção de inocência e as prisões provisórias⁷⁹⁴.

Em abril de 2009, mais um caso que se tornou precedente histórico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi julgado. Trata-se da ação popular - PET nº 3388/RR - que discutia a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol, discutindo um conflito entre direito de propriedade de fazendeiros da região e o domínio indígena das terras por ele ocupadas desde tempos imemoriais, e tendo como argumento principal dúvidas sobre a constitucionalidade e a legalidade do processo de demarcação.

⁷⁹¹ Foram lembrados: *Brown v. Board of Education* (1954); *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961); *Linkletter versus Walker*, 381 U.S. 618 (1965); *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949).

⁷⁹² Refiro-me ao HC nº 82959/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 23/02/2006, DJ 01/09/2006, p. 614-615.

⁷⁹³ Essa tese também foi defendida pelo Ministro Carlos Velloso no RE nº 442683/RS, Relator Ministro Carlos Velloso, julgamento em 13/12/2005; DJ 24/03/2006; pelo Ministro Gilmar Mendes no HC nº 82959/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 23/02/2006, DJ 01/09/2006, p. 614-615, que foi o primeiro dentre muitos outros julgados do Supremo Tribunal Federal em que o Ministro Gilmar Mendes defendeu esta tese; e pelo Ministro Celso de Mello no RE nº 377457/PR, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 17/09/2008, DJ de 19/12/2008. O Ministro Joaquim Barbosa contestou a jurisprudência norte americana invocada, afirmando-a superada, e divergiu da tese de seus colegas sobre o tema no RE nº 370682/SC, Relator Ministro Ilmar Galvão, julgamento 25/06/2007, DJ de 19/12/2007, p. 551. O debate não teve um desfecho definitivo no Supremo Tribunal Federal, uma vez que a contestação do Ministro Joaquim Barbosa ainda não foi considerada pelos seus colegas.

⁷⁹⁴ Cfr. voto do Ministro Gilmar no HC nº 84078/MG, Relator Ministro Eros Grau, julgamento em 05/02/2009, DJ de 26/02/2010, p. 1193-1194.

O primeiro precedente estrangeiro - internacional, na verdade -, foi lembrado no voto do Ministro Menezes Direito⁷⁹⁵, afirmando-se que a comunidade internacional estava atenta para o direito de propriedade dos indígenas sobre as terras por eles ocupadas⁷⁹⁶.

O voto do Ministro Marco Aurélio fez referência ao caso *Delgamuukw v. British Columbia* (1997) da Suprema Corte do Canadá, com o fim de sustentar sua proposta de que os indígenas da Reserva Raposa Serra do Sol fossem consultados antes de o Estado tomar qualquer decisão⁷⁹⁷. Ainda no voto do Ministro Marco Aurélio constou uma referência ao caso *Bush v. Gore* (2000) da Suprema Corte dos Estados Unidos, como um exemplo negativo de atuação da Suprema Corte daquele país, que não poderia ser repetido no caso sob o crivo do Supremo Tribunal Federal:

"Vem a memória o caso *Bush versus Gore*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, definidor da eleição presidencial que os envolvia. No precedente, decidido em 12 de dezembro de 2000, o Tribunal americano concluiu transgredir a *equal protection clause* o sistema de contagem de votos adotado no Estado da Flórida. Porém, ordenou que a recontagem fosse interrompida, ante a necessidade de se respeitar o prazo fatal para encaminhamento do resultado presente o candidato vencedor daquele Estado, que coincidiu com a data do julgamento. Os votos, então, jamais foram recontados. Até hoje se questiona o desenlace da eleição. Quem, de fato, foi o real vencedor. E critica-se a decisão da Corte que, mesmo reconhecendo a violação constitucional, não autorizou o prosseguimento da recontagem, potencializando aspecto temporal. Pairam dúvidas se todos os votos foram computados."⁷⁹⁸

O Ministro Gilmar Mendes lembrou em seu voto, a título de exemplo - como ele próprio advertiu -, os casos *Caso Brown v. Board of Education* que superou o entendimento

⁷⁹⁵ Tratava-se do Caso *Awás Tingni* da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Cfr. voto do Ministro Menezes Direito na PET nº 3388/RR, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 19/03/2009, DJ de 25/09/2009, p. 398.

⁷⁹⁶ São palavras do Ministro Menezes Direito nesse sentido: "Veja-se recente decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Awás Tingni* que aplicou sanções à Nicarágua por entender que houve violação do direito de propriedade dos indígenas sobre suas terras, bem como ao seu bem-estar e integridade cultural. Isso revela que a comunidade internacional não medirá esforços para tentar aplicar aos Estados-Membros suas posições quanto a esses direitos." Cfr. voto do Ministro Menezes Direito na PET nº 3388/RR, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 19/03/2009, DJ de 25/09/2009, p. 398.

⁷⁹⁷ Cfr. voto do Ministro Marco Aurélio na PET nº 3388/RR, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 19/03/2009, DJ de 25/09/2009, p. 630.

⁷⁹⁸ Cfr. voto do Ministro Marco Aurélio na PET nº 3388/RR, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 19/03/2009, DJ de 25/09/2009, p. 668.

da doutrina "*separate but equal*" firmada no Caso *Plessy v. Ferguson*, e também o Caso *Brown II*, em que a Suprema Corte americana delegou aos tribunais locais a execução da decisão tomada no primeiro caso e a apreciação de todos os incidentes de execução. A jurisprudência norte-americana foi lembrada para dar sustentação à proposta do Ministro Gilmar Mendes de que a execução da decisão tomada no Caso *Raposa Serra do Sol*, bem como todos os seus incidentes, fosse delegada ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Também consta do voto do Ministro Gilmar Mendes referências a precedentes do Tribunal Constitucional alemão⁷⁹⁹ que trataram de peculiaridades do pacto federativo, especialmente do princípio da lealdade federativa, que no caso concreto sob análise, concretizava-se como obrigação de reconhecer-se direito de participação - direito de voz e voto - no procedimento demarcatório de terras indígenas⁸⁰⁰.

Por tratar-se de um caso singular e muito relevante da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as referências estrangeiras ganham proeminência nas teses apresentadas, pois certamente ecoarão em precedentes de outros tribunais estrangeiros quando esta decisão for objeto de estudos nacionais e estrangeiros sobre o tema.

No final de abril de 2009, o julgamento da ADPF nº 130/DF, sob a relatoria do Ministro Ayres Britto, chamou a atenção pela riqueza dos debates e pela quantidade de referências a precedentes estrangeiros feitas pelos Ministros da Corte. Nos registros oficiais do sítio do Supremo Tribunal Federal é o caso da Corte que tem o maior número de decisões estrangeiras referenciadas⁸⁰¹.

⁷⁹⁹ São eles: BVerfGE 1,299 (315)1; BVerfGE 70, 288 do Tribunal Constitucional alemão.

⁸⁰⁰ Cfr. voto do Ministro Gilmar Mendes na PET nº 3388/RR, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 19/03/2009, DJ de 25/09/2009, p. 825.

⁸⁰¹ Ao todo são 24 decisões, a saber: Caso *Patterson vs. Colorado* (1907) da Suprema Corte dos Estados Unidos; Caso *Abrams vs. United States* (1919) da Suprema Corte dos Estados Unidos; Caso *Whitney vs. Califórnia* (1927) da Suprema Corte dos Estados Unidos; Caso *United States vs. Williams* (2008) da Suprema Corte dos Estados Unidos; Caso *New York Times vs. Sullivan* (1964) da Suprema Corte dos Estados Unidos; Sentenças nº 6/1981, nº 12/1982, nº 104/1986 e nº 171/1990 do Tribunal Constitucional da Espanha; Caso *Handyside*: Sentença do Tribunal Europeu de Direitos Humanos de 07/12/1976; Caso *Schenck v. United States* (1919) da Suprema Corte dos Estados Unidos; Caso *Virginia v. Black* (2003) da Suprema Corte dos Estados Unidos; Caso *Abrams v. United States* (1919) da Suprema Corte dos Estados Unidos; Caso *Lüth* (BVerfGE 7, 198, 1958) do Tribunal Constitucional da Alemanha; Caso *Pierce v. United States* (1920) da Suprema Corte dos Estados Unidos; *Gitlow v. New York* (1925) da Suprema Corte dos Estados Unidos; *Rosenblatt v. Baer* (1966) da Suprema Corte dos Estados Unidos; *Curtis Publishing Co. v. Butts* (1967) da Suprema Corte dos Estados Unidos; *Associated Press v. Nalker* (1967) da Suprema Corte dos Estados Unidos; *Rosenbloom v. Metromedia* (1971) da Suprema Corte dos Estados Unidos; Caso *Spiegel* (BVerfGE 20, 62, 1966) Tribunal Constitucional da Alemanha; *Schmid-Spiegel* (BVerfGE 12, 113, 1961) do Tribunal Constitucional da Alemanha; *Blinkfüer* (BVerfGE, 25, 256, 1969) do Tribunal Constitucional da Alemanha; *Solidaritätsadresse* (BVerfGE 44, 197, 1977) do Tribunal Constitucional da Alemanha; Caso *Mephisto* (BVerfGE 30, 173, 1971) do Tribunal Constitucional

Os primeiros casos, vindos da jurisprudência da Suprema Corte americana⁸⁰², foram lembrados no voto do Ministro Menezes Direito com o objetivo de dar exemplos comparados da concretização da liberdade de expressão, lembrando que tal liberdade integra, necessariamente, o conceito de democracia política, porquanto significa uma plataforma de acesso ao pensamento e à livre circulação de ideias.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol⁸⁰³ foi trazida no voto do Ministro Celso de Mello, que como já havia registrado no julgamento da medida cautelar desse mesmo processo, confirmou sua tese de que a liberdade de informação revela-se como um dos suportes axiológicos do regime democrático⁸⁰⁴.

Para ressaltar a importância da liberdade de expressão, porém anotando que não se trata de direito de caráter absoluto, com fundamento na jurisprudência comparada, o Ministro Celso de Mello valeu-se também de precedentes da Suprema Corte americana, especialmente do Caso *Virginia v. Black* (2003), em que aquela Corte considerou constitucional norma que punia, como crime, o ato de queimar uma cruz.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes fez referência aos pronunciamentos de *Oliver Wendell Holmes Jr.* em julgados da Suprema Corte americana⁸⁰⁵ sobre o mercado de ideias, que foi um primeiro modelo de interpretação da 1ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos. Segundo o Ministro Gilmar Mendes, "defendia Holmes, em verdade, a diversidade, a

da Alemanha; Caso *Lebach* (BVerfGE 35, 202) do Tribunal Constitucional da Alemanha; Caso *Factortame Ltd. v. Secretary of State for Transport* (93 ILR, p. 652).

⁸⁰² São eles: Caso *Patterson vs. Colorado* (1907) da Suprema Corte dos Estados Unidos; Caso *Abrams vs. United States* (1919) da Suprema Corte dos Estados Unidos; Caso *Whitney vs. Califórnia* (1927) da Suprema Corte dos Estados Unidos; Caso *United States vs. Williams* (2008) da Suprema Corte dos Estados Unidos; Caso *New York Times vs. Sullivan* (1964) da Suprema Corte dos Estados Unidos. Cfr. voto do Ministro Menezes Direito na ADPF nº 130/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 30/04/2009, DJ de 06/11/2009, p. 89-90; 94. O caso *New York Times vs. Sullivan* (1964) também foi referenciado pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto, vide p. 211.

⁸⁰³ Vide: Sentenças nº 6/1981, nº 12/1982, nº 104/1986 e nº 171/1990 do Tribunal Constitucional da Espanha; caso *Handyside* (Sentença de 07/12/1976) e caso *Lingens* (Sentença de 08/07/1986) da Corte Européia de Direitos Humanos. Cfr. voto do Ministro Celso de Mello na ADPF nº 130/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 30/04/2009, DJ de 06/11/2009, p. 152-153.

⁸⁰⁴ Essas referências estão reproduzidas no voto do Ministro Celso de Mello na RCL nº 9428/DF, Relator Ministro Cezar Peluso, julgamento em 10/12/2009, DJ de 25/06/2010, p. 262 e ss.

⁸⁰⁵ São eles: Caso *Schenck v. United States* (1919) e Caso *Abrams v. United States* (1919), ambos da Suprema Corte dos Estados Unidos. Registre-se, por importante, que o primeiro caso também foi referenciado por Celso de Mello em seu voto, p. 158.

concorrência e o livre intercâmbio de ideias como o único modo idôneo de se buscar a verdade."⁸⁰⁶

Também outros casos da jurisprudência constitucional norte-americana⁸⁰⁷ foram referidos pelo Ministro Gilmar para sustentar a tese de que o direito de criticar e discutir as condutas públicas constitui um princípio fundamental da forma democrática e republicana de governo na América⁸⁰⁸.

O famoso Caso *Lüth* (BVerfGE 7, 198, 1958) da Corte Constitucional alemã foi lembrado pelo Ministro Gilmar Mendes como um marco na definição do significado da liberdade de expressão nas democracias contemporâneas⁸⁰⁹. Já o Caso *Spiegel* (BVerfGE 20, 62, 1966) foi registrado para corroborar a tese de que o direito fundamental à liberdade de imprensa tem também uma dimensão objetiva ou institucional.⁸¹⁰

Por fim, as referências aos Casos *Mephisto* (BVerfGE 30, 173, 1971) e *Lebach* (BVerfGE 35, 202) do Tribunal Constitucional alemão serviram como suporte à tese de que a liberdade de imprensa e expressão não são absolutas, podendo ceder, principalmente em face dos direitos da personalidade (direito à honra e à imagem).⁸¹¹ O Caso *Factortame Ltd. V. Secretary of State for Transport* (93 ILR, p. 652) da Câmara dos Lordes da Inglaterra foi lembrado por causa do fato de a proteção à liberdade de expressão, constante do *Human Rights Act* de 1998, que constitui norma comunitária, prevalecer no ordenamento jurídico inglês em virtude desse precedente da década de 70.⁸¹²

Como se vê, a abundância de referências a precedentes estrangeiros e internacionais, no presente caso, deu-se em virtude de ser a liberdade de imprensa e de expressão temas da maior relevância para os países democráticos, de forma que o fato de a discussão ter sido

⁸⁰⁶ Cfr. voto do Ministro Gilmar Mendes na na ADPF nº 130/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 30/04/2009, DJ de 06/11/2009, p. 211-212.

⁸⁰⁷ São eles: Caso *Pierce v. United States* (1920); *Gitlow v. New York* (1925), *Whitney v. California* (1927); *Rosenblatt v. Baer* (1966); *Curtis Publishing Co. v. Butts* (1967) e *Associated Press v. Nalker* (1967), *Rosenbloom v. Metromedia* (1971).

⁸⁰⁸ Cfr. voto do Ministro Gilmar Mendes na na ADPF nº 130/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 30/04/2009, DJ de 06/11/2009, p. 214-215.

⁸⁰⁹ Cfr. voto do Ministro Gilmar Mendes na ADPF nº 130/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 30/04/2009, DJ de 06/11/2009, p. 218.

⁸¹⁰ Cfr. voto do Ministro Gilmar Mendes na na ADPF nº 130/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 30/04/2009, DJ de 06/11/2009, p. 220-221. Vide também o voto do Ministro Gilmar Mendes na ADPF-MC nº 130/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento 27/02/2008, DJ 07/11/2008.

⁸¹¹ Cfr. voto do Ministro Gilmar Mendes na ADPF nº 130/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 30/04/2009, DJ de 06/11/2009, p. 231-232.

⁸¹² Cfr. voto do Ministro Gilmar Mendes na ADPF nº 130/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 30/04/2009, DJ de 06/11/2009, p. 242.

enriquecida, principalmente em virtude dos votos dos Ministros que se utilizaram do método comparativo para construir seus argumentos, pelos fundamentos de decisões de cortes de outras nações, revela-se digno de destaque no presente trabalho.

Na ADI nº 1194/DF, Relatora para o acórdão Ministra Carmen Lucia, julgamento em 20/05/2009 a discussão girava em torno da inconstitucionalidade de alguns dispositivos do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, sob o parâmetro dos princípios da isonomia, da liberdade de associação e da liberdade contratual.

O voto do Ministro Gilmar Mendes fez referência à jurisprudência da Corte Constitucional alemã⁸¹³ para consolidar entendimento, já defendido por ele em outras oportunidades⁸¹⁴, de que o Supremo Tribunal Federal pode aferir a constitucionalidade das normas, analisando fatos e prognoses legislativas, e utilizando-se, como parâmetro, os subprincípios do princípio da proporcionalidade. Não é um caso de expressão na jurisprudência da Corte sob o aspecto da transjursfundamentalidade.

No julgamento da RCL nº 6568/SP, Relator Ministro Eros Grau, em 21/05/2009, foram lembradas, já no voto do relator, os seguintes precedentes da jurisprudência espanhola: Recurso de Apelación nº 402/2006; Sentença nº 503/2006; Sentença nº 11/1981 do Tribunal Constitucional da Espanha.

A discussão cingia-se aos limites do exercício do direito de greve por policiais civis do Estado de São Paulo e o Ministro Eros Grau pontuava que o Tribunal Constitucional espanhol definiu que o direito de greve deveria ser relativizado nas hipóteses em que seu exercício pudesse gerar situações de risco. Também anotou o Ministro que "na França, o Conselho Constitucional entendeu que o direito de greve haveria de ser limitado e restringido por diversos valores de índole constitucional, como o da continuidade do serviço público e o da segurança das pessoas e bens".⁸¹⁵ Também foi lembrada pelo Ministro Eros Grau a proibição

⁸¹³ São eles: BVerfGE, 1:15; BVerfGE 7, 377 (408),(410), (415), (419), (427), (435); BVerfGE, 17, 306 (313); 55, 159 (165); BVerfGE, 25:1 (12); BVerfGE, 30:250 (265); BVerfGE, 30:292 (316), 39:210 (230-1); BVerfGE 36, 47.

⁸¹⁴ Por todos vide o voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI nº 2327/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento: 08/05/2003; DJ de 22/08/2003, p. 153-154.

⁸¹⁵ Cfr. voto do Ministro Eros Grau na RCL nº 6568/SP, Relator Ministro Eros Grau, julgamento em 21/05/2009, DJ de 25/09/2009, p. 746-747.

firmada pela Corte Constitucional da Itália de exercício do direito de greve por certas categorias de agentes públicos⁸¹⁶.

Em outubro de 2009, um série de *habeas corpus*⁸¹⁷ foram julgados pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal contendo, em suas ementas, a referência expressa ao Caso *McCulloch v. Maryland* (1819) da Suprema Corte americana, que consagrou a teoria dos poderes implícitos. Este precedente, reproduzido em diversos julgados do Supremo Tribunal Federal pela voz do Ministro Celso de Mello⁸¹⁸, corroborou, nos referidos *habeas corpus*, a tese de que a Constituição outorgou ao Ministério Público o poder de controle externo sobre a atividade policial⁸¹⁹.

Ainda em outubro do mesmo ano, foi julgada a EXT nº 1126/Alemanha, em que o Ministro Celso de Mello mencionou os Casos *Ángel Breard*, *LeGrand* e *Avena* da Corte Internacional de Justiça,⁸²⁰ para dar destaque ao direito a que faz jus o estrangeiro, preso no Brasil, de ser cientificado pelas autoridades policiais e judiciárias brasileiras, sem demora, de que lhe assiste a faculdade de comunicar-se com o respectivo agente consular. O pedido de extradição foi deferido pelo Plenário da Corte a *Manfred Will*, cidadão alemão, condenado no Brasil por tráfico ilícito de entorpecentes mas que já havia cumprido integralmente a pena que lhe fora imposta no nosso país.

⁸¹⁶ Vale reproduzir o registro do Ministro Eros Grau nesse sentido: "Na Itália, a Corte Constitucional tem decidido pela impossibilidade do exercício de greve por certas categorias de agentes públicos. Apreciei a sua aplicação a servidores incumbidos de funções de polícia judiciária e de segurança pública nas estradas. Afirmou ser necessária, em especial no que concerne a certas atividades, a imposição de medidas adequadas a proteção de valores fundamentais objeto de proteção constitucional, quais a preservação da vida e a defesa da Pátria." Cfr. voto do Ministro Eros Grau na RCL nº 6568/SP, Relator Ministro Eros Grau, julgamento em 21/05/2009, DJ de 25/09/2009, p. 745.

⁸¹⁷ São eles: HC nº 85419/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 20/10/2009, DJ de 27/11/2009; HC nº 89837/DF, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 20/10/2009, DJ de 20/11/2009; HC nº 87610/SC, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 27/10/2009, DJ de 04/12/2009; HC nº 94173/BA, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 27/10/2009, DJ de 27/11/2009; HC nº 90099/RS, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 27/10/2009, DJ de 04/12/2009.

⁸¹⁸ Ao todo são 19 julgados em que este precedente é mencionado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, devendo-se destacar os seguintes em que houve manifestação do Ministro Celso de Mello: ADI nº 2797/DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 15/09/2005, DJ 19/12/2006, p. 448, reproduzido também no MS nº 21689/DF; na ADI nº 2551/MG; no MS nº 24510/DF, dentre outros.

⁸¹⁹ Especificamente quanto ao poder de investigação do Ministério Público vide: HC nº 85419/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 20/10/2009, DJ de 27/11/2009; HC nº 89837/DF, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 20/10/2009, DJ de 20/11/2009; HC nº 87610/SC, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 27/10/2009, DJ de 04/12/2009; HC nº 94173/BA, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 27/10/2009, DJ de 27/11/2009; HC nº 90099/RS, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 27/10/2009, DJ de 04/12/2009; HC nº 93930/RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 07/12/2010, DJ de 03/02/2011.

⁸²⁰ Cfr. voto do Ministro Celso de Mello na EXT nº 1126/Alemanha, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 22/10/2009, DJ de 11/12/2009, p. 37.

Na STA-AgR nº 389/MG, julgada em dezembro de 2009, foi lembrado, já no voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, o Caso *Everson v. Board of Education* (1947) da Corte Suprema americana, para afirmar que as conclusões a que chegou o Justice Black, naquela ocasião, no sentido de erguer-se verdadeiro muro entre religião e Estado, não poderiam servir de parâmetro para a realidade brasileira, uma vez que a liberdade religiosa, em nossa Constituição, implica diversas práticas estatais relacionadas com práticas religiosas (como imunidade tributária para os templos religiosos e a prestação de assistência religiosa em entidades civis e militares de internação coletiva).⁸²¹

Por fim, em 16 dezembro de 2009, foi julgado um dos casos mais emblemáticos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em matéria de direitos fundamentais dos estrangeiros em sede de extradição⁸²². Tratava-se da EXT nº 1085/Itália, Relator Ministro Cezar Peluso, em que se discutia a possibilidade de extraditar Cesare Battisti, nacional italiano que morava no Brasil há muitos anos, cuja extradição foi postulada pela Itália em virtude de condenação pela prática de homicídios qualificados naquele país.

Os Casos *Santobello x New York* (1971) e *Brady v. United States* (1970) da Suprema Corte americana foram lembrados no voto do Ministro Cezar Peluso quando ele discutia o instituto da delação premiada, anotando que a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu sua constitucionalidade, validade e eficiência como instrumento de política criminal e que o Supremo Tribunal Federal também lhe reconhece validade como expediente de investigação e até a condição de prova subsidiária.⁸²³

O Caso *Beschluss* (BVerfGE 66, 1996) foi referenciado no voto do Ministro Gilmar Mendes quando tratava da necessidade de diferenciação de regimes entre o crime político e o crime de opinião, afirmando que a jurisprudência internacional já havia pontuado a necessidade dessa diferenciação. No contexto desse mesmo argumento, porém de forma indireta pela voz de doutrinadores, foram também mencionados diversos precedentes da Suprema Corte Americana⁸²⁴, alguns deles referentes às atividades terroristas do Grupo IRA

⁸²¹ Cfr. voto do Ministro Gilmar Mendes na STA-AgR nº 389/MG, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 03/12/2009, DJ de 14/05/2010, p. 10.

⁸²² EXT nº 1085/Itália, Relator Ministro Cezar Peluso, julgamento em 16/12/2009, DJ de 16/04/2009.

⁸²³ Cfr. voto do Ministro Cezar Peluso na EXT nº 1085/Itália, Relator Ministro Cezar Peluso, julgamento em 16/12/2009, DJ de 16/04/2009, p. 102-103.

⁸²⁴ São eles: McMullen case (1980); Eain case (1980); Re Piperno case (1980); US v. Mackin (1981); Government of Belgium v. Postlethwaite (1987); R. v. Chief Metropolitan Magistrate, ex parte Secretary of State

(Irish Republican Army) e da jurisprudência inglesa⁸²⁵, sempre com o intuito de tentar uma caracterização específica para o crime político.

As discussões travadas no Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Extradicação de Cesare Battisti foram ricas e da maior relevância para a jurisprudência da Corte, porém os precedentes estrangeiros foram usados de forma ilustrativa e diletante pelos Ministros, de forma que não se apresentaram de forma destacada para o tema da transjursfundamentalidade.

3.3.6. De 2010 a 2012

Os últimos três anos - 2010 a 2012 - confirmam quantitativamente o engajamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal com os diálogos judiciais transnacionais. Por volta de 50% dos julgados da Corte, que oficialmente foram marcados contendo referências a decisões estrangeiras no sítio da Corte Suprema brasileira, foram analisados nos últimos três anos. São 20 decisões em 2010⁸²⁶, 26 decisões em 2011 e 48 decisões em 2012, ano final de nossa pesquisa.

for the Home Department (1988). Cfr. voto do Ministro Gilmar Mendes na EXT nº 1085/Itália, Relator Ministro Cezar Peluso, julgamento em 16/12/2009, DJ de 16/04/2009, p. 462.

⁸²⁵ A lista de precedentes trazida pelo Ministro Gilmar Mendes nesse contexto é muito extensa, mas não foi considerada de forma qualitativa, de forma que não pode ser mencionada como relevante. A título de curiosidade ei-la: In re Castioni (1891) 1 QB 149; In re Meunier (1894) 2 QH 415; R. v. Governor of Brixton Prison, ex. p. Kolczynski (1955) 1 QB 540; Schtraks v. Government of Israel (1964) AC 556; ILR 33, 319; R. v. Governor of Brixton Prison, ex. p. Kotronis (1969) 3 All ER 304, 306-7, Lord Parker, CJ; Re Gross and Others (1968) 3 All ER 804, 807-10, Chapman, J.; Cheng v. Governor of Pentonville Prison (1973) AC 931, HL; R. v. Governor of Brixton Prison, ex. p. Keane (1971) 2 WLR 194, DC; (1971) 2 WLR 1243, HL; R. v. Governor of Winson Green Prison, ex. p. Littlejohn (1975) 1 WLR 893, DC; Gutteridge, 31 BY (1954), 430-6; Evans 57 AJ (1963), 1-24; Wortley, 45 BY (1971). 219-53; Hungarian Deserter case, ILR 28, 343; Algerian Irregular Army case, ILR 32, 294; Jimenez v. Aristeguieta, 311 F. 2d 547 (1963); ILR 33, 353; The State v. Schumann, ILR 39, 433; Public Prosecutor v. Sind, ILR 40, 214; Karadzole v. Artukovic, 247 F. 2d 198; ILR 24 (1957), 510; 170 F. Supp. 383, ILR 28, 326; In re Gonzalez, 217 F. Supp. 717; ILR 34, 139; Digest of US Practice (1975) 168-75; State of Japan v. Mitsuyo Kono, ILR 59, 472; Kroeger v. Swiss Federal Prosecutor's Office, ILR 72, 606; Watin v. Ministere Public Federal, *ibid.* 614; Della Savia v. Ministere Public, *ibid.* 619; T. v. Swiss Federal Prosecutor's Office, *ibid.* 632; In the Trial of F.E. Steiner, ILR 74, 478; Baader-Meinhof Group case, *ibid.* 493; Folkerts v. Public Prosecutor, *ibid.* 498; Croissant, *ibid.* 505; Yugoslav Terrorism case, *ibid.* 509; ILR, Vol. 79, index; Lujambio Galdeano, ILR 111, 505. Cfr. voto do Ministro Gilmar Mendes na EXT nº 1085/Itália, Relator Ministro Cezar Peluso, julgamento em 16/12/2009, DJ de 16/04/2009, p. 455-456.

⁸²⁶ São elas: ADI nº 875/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 24/02/2010, DJ de 30/04/2010; RE-AgR nº 285716/SP, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 02/03/2010, DJ de 26/03/2010; HC nº 102732/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 04/03/2010, DJ de 07/05/2010; RE-AgR nº 399307/MG, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 16/03/2010; DJ de 30/04/2010; STA-AgR nº 175/CE, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 17/03/2010, DJ de 30/04/2010; SL-AgR nº 47/PE, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 17/03/2010, DJ de 30/04/2010; AI-AgR nº 518325/RS, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 06/04/2010, DJ de 30/04/2010; ADPF nº 153/DF, Relator Ministro

A pesquisa demonstrou que há muita reprodução de argumentos e de precedentes estrangeiros referenciados, mas isso não invalida o dado numérico, nem deixa de ser um dado relevante para o fenômeno dos diálogos judiciais transnacionais, uma vez que demonstra, ainda que de forma parcial e não decisiva, a abertura dos Ministros da Corte para uma maior interação com a jurisprudência de Cortes constitucionais e/ou supremas de outros países e mesmo com as Cortes Internacionais.

Na ADI nº 875/DF, julgada em 24/02/2010, o Ministro Gilmar Mendes trouxe a jurisprudência da Corte Constitucional alemã⁸²⁷ para sustentar a tese da fungibilidade das ações direta de inconstitucionalidade por ação e por omissão, afirmando que a declaração de inconstitucionalidade da omissão parcial do legislador contém a declaração de inconstitucionalidade da lei, de forma que se apresenta imprecisa e frágil a distinção entre os instrumentos processuais destinados à defesa da ordem constitucional ou dos direitos fundamentais contra a omissão legislativa.

Em abril de 2010, foi julgada a ADPF nº 153/DF, sob a relatoria do Ministro Eros Grau, constituindo-se um dos julgados memoráveis do Plenário da Suprema Corte brasileira e de importância fundamental para o seu banco de jurisprudência. A discussão cingia-se à verificação de compatibilidade entre a Lei de Anistia, anterior à Constituição de 1988, e a atual Carta de nossa República.

O voto do Ministro Ricardo Lewandowski lembrou da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Goiburú e outros, no Caso Ximenes Lopes, no Caso Baldeón Garcia, no Caso Massacre de Pueblo, no Caso do Massacre de Mapiripán, dentre outros, em que esta Corte Internacional afirmou terem os Estados Partes da Convenção

Eros Grau, julgamento em 29/04/2010, DJ de 06/08/2010; HC nº 97886/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 03/08/2010, DJ de 20/08/2010; ADI-MC nº 4451/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 02/09/2010, DJ de 01/07/2011; ADI nº 2189/PR, Relator Ministro Dias Toffoli, julgamento em 15/09/2010, DJ de 16/12/2010; ADI 2158/PR, Relator Ministro Dias Toffoli, julgamento em 15/09/2010, DJ de 16/12/2010; RE nº 630147/DF, Relator para o acórdão Ministro Marco Aurélio, julgamento em 29/09/2010, DJ de 05/12/2011; HC nº 105348/RS, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 19/10/2010, DJ de 11/02/2011; RE nº 631102/PA, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 27/10/2010, DJ de 20/06/2011; AC-MC nº 33/PR, Relator para o acórdão Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 24/11/2010, DJ de 10/02/2011; RE nº 405579/PR, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 01/12/2010, DJ de 04/08/2011; HC nº 93930/RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 07/12/2010, DJ de 03/02/2011; RE nº 389808/PR, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 15/12/2010, DJ de 10/05/2011; RE nº 580264/RS, Relator para o acórdão Ministro Ayres Britto, julgamento em 16/12/2010, DJ de 06/10/2011.

⁸²⁷ Os precedentes citados foram: BVerfGE 8, 1 (10); 22, 349 (360); e BVerfGE 8, 1 (19) do Tribunal Constitucional alemão. Cfr. voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI nº 875/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 24/02/2010, DJ de 30/04/2010, p. 234 e 273, respectivamente.

Americana sobre Direitos Humanos o dever de investigar, ajuizar e punir violações graves aos direitos humanos⁸²⁸.

Também o Ministro Celso de Mello fez referência à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁸²⁹ para lembrar que aquela Corte Internacional proclamou, contra o Peru e contra o Chile, a absoluta incompatibilidade de suas leis de anistia com os princípios consagrados na Convenção Americana de Direitos Humanos.

O voto do Ministro Gilmar Mendes na ADPF nº 153/DF fez referência à jurisprudência da Corte Constitucional alemã⁸³⁰, no contexto de discutir a questão da anistia e sua relação com a Emenda Constitucional nº 26/1965, bem como a relação do constituinte originário e seus compromissos, se é que existem compromissos, com o constituinte derivado da ordem anterior.

Era apenas uma deixa para que os Ministros da Corte pudessem se engajar na velha discussão acerca da possibilidade, ou não, de superação de cláusulas pétreas, que veio à tona naquele debate, no contexto de discutir a possibilidade de uma transição ordenada da ordem vigente para outro sistema constitucional (a chamada revisão total).

Note-se que a discussão comparada, nessa decisão, não fez eco nos votos e nas razões fundantes dos votos dos Ministros, que acabaram por concluir pela recepção da Lei de Anistia pelo atual sistema constitucional brasileiro, mas serviram de alerta e previsão do que estaria por vir: uma condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No HC nº 97886/SP, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgado em 03/08/2010, a referência a precedente estrangeiro veio no bojo da discussão sobre a concretização do princípio do juiz natural. O impetrante alegava constrangimento ilegal em virtude do fato de a sua condenação ter sido determinada por órgão jurisdicional colegiado composto majoritariamente por juízes convocados.

⁸²⁸ Cfr. voto do Ministro Ricardo Lewandowski na ADPF nº 153/DF, Relator Ministro Eros Grau, julgamento em 29/04/2010, DJ de 06/08/2010, p. 129.

⁸²⁹ Os casos lembrados pelo Ministro Celso de Mello foram: Caso Barrios Altos (2001), Caso Loayza Tamayo (1998), Caso Almonacid Arellano e outros (2006) todos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Cfr. voto do Ministro Celso de Mello na ADPF nº 153/DF, Relator Ministro Eros Grau, julgamento em 29/04/2010, DJ de 06/08/2010, p. 183.

⁸³⁰ Cfr. voto do Ministro Gilmar Mendes na ADPF nº 153/DF, Relator Ministro Eros Grau, julgamento em 29/04/2010, DJ de 06/08/2010, p. 256 e 258 (referência ao BVerfGE 30:1 (24)).

O Ministro Gilmar Mendes mencionou a jurisprudência da Corte Constitucional alemã⁸³¹ para defender a tese de que também integra o âmbito de proteção do direito fundamental a um juiz natural a ideia de neutralidade e distância em relação às partes, ou seja, o próprio postulado da imparcialidade⁸³².

Em setembro de 2010, o Supremo Tribunal Federal julgou a ADI-MC nº 4451/DF, Relator Ministro Ayres Britto, na qual se discutia os limites da liberdade de imprensa e liberdade artística quanto a publicação de charges de candidatos às eleições.

Foram lembrados, no voto do Ministro Dias Toffoli, o Caso *Reynolds v. Sims* (1964) e o Caso *Soldaten sind Mörder* (Soldados assassinos) do Tribunal Constitucional alemão, para dar reforço à tese de que a liberdade de expressão não é um direito absoluto⁸³³. De forma indireta, citando doutrina de Marcelo Neves em sua obra *Transconstitucionalismo*⁸³⁴, também foi o Ministro Dias Toffoli que trouxe à luz o Caso *Caroline von Hannover vs. Germany* (2004), para pontuar que nem mesmo o Tribunal Constitucional alemão, famoso pelo tratamento protetivo das chamadas liberdades comunicativas, nega-se, em certos casos, a controlar a divulgação de dados lesivos ao interesse nacional ou à intimidade dos indivíduos⁸³⁵.

O Caso *Hustler Magazine v. Falwell* (1981) foi referido no voto do Ministro Cezar Peluso, quando este Ministro reproduziu decisão de sua lavra proferida no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo⁸³⁶, defendendo a ideia de que "castrar a imprensa e os humoristas profissionais, subjugando-os, no exercício da crítica social e política, a interesses pessoais subalternos, seria, quando menos, apreciável desserviço à vitalidade e à saúde democrática do país." Este precedente também aparece nos debates, na voz do Ministro Ayres Britto, para

⁸³¹ Vide: BVergGe 21, 139 (146) da Corte Constitucional alemã sobre *Neutralität und Richters gegenüber den Verfahrensbeteiligter* - neutralidade e distância entre as partes, citado no voto do Ministro Gilmar Mendes no HC nº 97886/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 03/08/2010, DJ de 20/08/2010, p. 485.

⁸³² O mesmo argumento foi usado pelo Ministro Gilmar Mendes no RHC nº 111413/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 14/08/2012, DJ de 27/08/2012, p. 6-7 de 15 (processo eletrônico).

⁸³³ Cfr. voto do Ministro Dias Toffoli na ADI-MC nº 4451/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 02/09/2010, DJ de 01/07/2011, p. 40 de 130 (processo eletrônico).

⁸³⁴ Vide: NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009, p. 138 citado no voto do do Ministro Dias Toffoli na ADI-MC nº 4451/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 02/09/2010, DJ de 01/07/2011, p. 63 de 130 (processo eletrônico).

⁸³⁵ Voto do do Ministro Dias Toffoli na ADI-MC nº 4451/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 02/09/2010, DJ de 01/07/2011, p. 63-64 de 130 (processo eletrônico).

⁸³⁶ Cfr. voto do Ministro Cezar Peluso na ADI-MC nº 4451/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 02/09/2010, DJ de 01/07/2011, p. 129 de 130 (processo eletrônico).

colocar em pauta as dificuldades de se caracterizar o discurso ultrajante, único apto a desbancar as liberdades de imprensa e artística para o caso.⁸³⁷

Ainda em setembro de 2010, foram julgadas a ADI nº 2189/PR e a ADI 2158/PR, Relator Ministro Dias Toffoli, em que se discutia a questão da constitucionalização superveniente de norma. O Acórdão 408/1989 do Tribunal Constitucional de Portugal foi referenciado pelo Ministro Relator Dias Toffoli para lembrar que a jurisprudência comparada oferece solução diversa daquela dada pelo Supremo Tribunal⁸³⁸ à questão, admitindo a constitucionalização superveniente desde que ela não produza efeitos retroativos.⁸³⁹

Note-se que a referência feita pelo Ministro Toffoli, apesar de esclarecedora, foi apenas ilustrativa, pois não influenciou, nem foi objeto de debates, a solução a que chegou o Plenário da Corte no caso posto, mantendo a sua jurisprudência já consolidada.

No RE nº 630147/DF, Relator para o acórdão Ministro Marco Aurélio, julgado em 29/09/2010, o Supremo Tribunal Federal discutiu a constitucionalidade da incidência da Lei da Ficha Limpa para as eleições federais daquele ano, tendo como parâmetro o princípio da anterioridade da lei que altera o processo eleitoral, consagrado no art. 16 da Constituição Federal de 1988.

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã estava presente na argumentação do Ministro Gilmar Mendes, em relação ao princípio de igualdade de chances e sua incidência na esfera eleitoral. Lembrou o Ministro Gilmar Mendes, com apoio na doutrina especializada sobre o tema, que o referido Tribunal primeiramente preconizava aplicação estritamente formal ao princípio da igualdade de chances, mas que ao apreciar controvérsia sobre a distribuição de horário eleitoral pelos meios de comunicação de massa, chegou ao conceito de igualdade de chances gradual.⁸⁴⁰

⁸³⁷ Cfr. manifestação nos debates do Ministro Ayres Britto na ADI-MC nº 4451/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 02/09/2010, DJ de 01/07/2011, p. 102 de 130 (processo eletrônico).

⁸³⁸ Por todos vide: RE nº 346.084/PR, Relator para acórdão Ministro Marco Aurélio, DJ de 19/9/06.

⁸³⁹ Cfr. voto do Ministro Dias Toffoli na ADI nº 2189/PR, Relator Ministro Dias Toffoli, julgamento em 15/09/2010, DJ de 16/12/2010, p. 51-52; e ADI 2158/PR, Relator Ministro Dias Toffoli, julgamento em 15/09/2010, DJ de 16/12/2010, p. 22-23.

⁸⁴⁰ Os precedentes mencionados foram: BVergGe 14, 121; BVergGe 24, 344; BVergGe 8, 51 e BVergGe 20,56 do Tribunal Constitucional alemão. Cfr. voto do Ministro Gilmar Mendes no RE nº 630147/DF, Relator para o acórdão Ministro Marco Aurélio, julgamento em 29/09/2010, 05/12/2011, p. 192; 194 e 196, respectivamente. Também voto do Ministro Gilmar Mendes no RE nº 633703/MG, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 23/03/2011, DJ de 18/11/2011, p. 99; 101 e 102.

O voto do Ministro Dias Toffoli registrou o Caso do Serviço de informação ao Cidadão⁸⁴¹ (1977), também da Corte Constitucional alemã, no qual se assentou que muito embora o regime democrático seja essencialmente ligado à prevalência da vontade da maioria, é preciso preservar, tanto quanto possível, os interesses da minoria, principalmente para que lhe seja assegurado o direito de tornar-se maioria no futuro. Por fim, o Caso *Ley General Tributaria*, Acórdão nº 76/90 do Tribunal Constitucional da Espanha também foi trazido na argumentação do Ministro Dias Toffoli, a propósito de discutir o âmbito de proteção do princípio da presunção de inocência⁸⁴².

O RE nº 405579/PR, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 01/12/2010, discutiu, também com lastro na jurisprudência da Corte Constitucional alemã - referenciada no voto-vista do Ministro Gilmar Mendes -, a questão da exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia e seus reflexos para a decisão sobre a constitucionalidade da norma desequiparadora.⁸⁴³ A farta jurisprudência alemã colacionada serviu para enriquecer a argumentação do voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, mas não ecoou na tese, vencedora, de que "Sob o pretexto de tornar efetivo o princípio da isonomia tributária, não pode o Poder Judiciário estender benefício fiscal sem que haja previsão legal específica", decisão esta tomada com base no princípio da legalidade tributária, consolidado na jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal.

⁸⁴¹ Vide: Caso Serviço de Informação ao Cidadão (Öffentlichkeitsarbeit): BVerfGE 44, 121 (1977) do Tribunal Constitucional alemão citado pelo Ministro Dias Toffoli no seu voto no RE nº 630147/DF, Relator para o acórdão Ministro Marco Aurélio, julgamento em 29/09/2010, 05/12/2011, p. 391. Registre-se que este precedente também está mencionado no argumento do Ministro Dias Toffoli do RE nº 631102/PA, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 27/10/2010, DJ de 20/06/2011, p. 250 e 252; e do RE nº 633703/MG, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 23/03/2011, DJ de 18/11/2011, p. 169.

⁸⁴² Cfr. voto do Ministro Dias Toffoli no RE nº 630147/DF, Relator para o acórdão Ministro Marco Aurélio, julgamento em 29/09/2010, 05/12/2011, p. 398-399. Registre-se que este precedente também está mencionado no argumento do Ministro Dias Toffoli do RE nº 631102/PA, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 27/10/2010, DJ de 20/06/2011, p. 242, bem como das ADI nº 4578/AC, Relator Ministro Luiz Fux, julgamento em 16/02/2012, DJ de 29/06/2012; ADC nº 30/DF, Relator Ministro Luiz Fux, julgamento em 16/02/2012, DJ de 29/06/2012; ADC nº 29/DF, Relator Ministro Luiz Fux, julgamento em 16/02/2012, DJ de 29/06/2012.

⁸⁴³ Afirmou o Ministro Gilmar Mendes no referido julgamento: "Na espécie, não há dúvida de que há exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade, em virtude de o art. 5º, §1º, X, da Lei nº 10.182/2001 conceder vantagens ou benefícios a determinados segmentos ou grupos sem contemplar outros que se encontram em situações idênticas." E continua: "Vê-se assim que, nos casos de ofensa ao princípio da isonomia, manifestam-se problemas que não podem ser resolvidos mediante simples declaração de nulidade." Cfr. voto do Ministro Gilmar Mendes no RE nº 405579/PR, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 01/12/2010, DJ de 04/08/2011, p. 196 e 198.

O ano de 2011 tem o registro de 26 decisões colegiadas⁸⁴⁴ do Supremo Tribunal Federal em que a jurisprudência comparada é lembrada pelos Ministros em seus votos.

Na RCL nº 7358/SP, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgamento em 24/02/2011, o Ministro Celso de Mello mencionou, durante os debates acerca da aplicação, ou não, da Súmula Vinculante nº 9/STF ao caso, os Acórdãos nº 810/93 e 743/96 do Tribunal Constitucional Português, os quais declararam a inconstitucionalidade parcial do art. 2º do Código Civil português que dava aos Tribunais daquele país competência para fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória e geral⁸⁴⁵.

Na ADI-MC nº 4264/PE, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgada em 16/03/2011, a citação à jurisprudência alemã⁸⁴⁶ veio, de forma indireta, na voz do Ministro Luiz Fux, que fez referência ao voto do Ministro Gilmar Mendes no MS nº 25787/DF, no qual ficou assentado, como em diversos outros votos do Ministro Gilmar Mendes⁸⁴⁷, que o devido processo legal implica não somente o direito à ampla defesa e contraditório, mas também o

⁸⁴⁴ São elas: RCL nº 7358/SP, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgamento em 24/02/2011, DJ de 03/06/2011; ADI-MC nº 4264/PE, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento em 16/03/2011, DJ de 30/05/2011; RE nº 633703/MG, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 23/03/2011, DJ de 18/11/2011; ADI-MC nº 4565/PI, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 07/04/2011, DJ de 27/06/2011; AI-AgR 633563/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 19/04/2011, DJ 30/05/2011; MS nº 30260/DF, Relatora Ministra Carmen Lucia, julgamento em 27/04/2011, DJ de 30/08/2011; ADI nº 4277/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 05/05/2011, DJ de 14/10/2011; ADPF nº 132/RJ, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 05/05/2011, DJ de 14/10/2011; HC nº 105298/PR, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 31/05/2011, DJ de 14/06/2011; RE nº 363889/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, julgamento em 02/06/2011, DJ de 16/12/2011; HC nº 96975/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 07/06/2011, DJ de 08/08/2011; RCL nº 11243/Itália, Relator para o acórdão Ministro Luiz Fux, julgamento em 08/06/2011, DJ de 05/10/2011; RE nº 566621/RS, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgamento em 04/08/2011, DJ de 11/10/2011; HC-MC nº 109544/BA, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 09/08/2011, DJ de 31/08/2011; RE-AgR nº 477554/MG, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 16/08/2011, DJ de 26/08/2011; RHC nº 103555/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 23/08/2011, DJ de 17/10/2011; ARE-AgR nº 639337/SP, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 23/08/2011, DJ de 15/09/2011; MS nº 28447/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, julgamento em 25/08/2011, DJ de 23/11/2011; HC nº 108563/TO, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 06/09/2011, DJ de 23/09/2011; HC nº 107731/PE, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 13/09/2011, DJ de 02/03/2012; RHC nº 107453/RS, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 13/09/2011, DJ de 29/09/2011; ACO nº 1109/SP, Relator para o acórdão Ministro Luiz Fux, julgamento em 05/10/2011, DJ de 07/03/2012; HC nº 108911/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 18/10/2011, DJ de 03/11/2011; ADI nº 4661/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 20/10/2011, DJ de 23/03/2012; RHC nº 107676/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 08/11/2011, DJ de 29/11/2011; ADI nº 4274/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 23/11/2011, DJ de 02/05/2012.

⁸⁴⁵ Cfr. manifestação do Ministro Celso de Mello na RCL nº 7358/SP, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgamento em 24/02/2011, DJ de 03/06/2011, p. 91.

⁸⁴⁶ O precedente mencionado é o BVerGE 11, 218 (218) do Tribunal Constitucional alemão.

⁸⁴⁷ Vide as anotações feitas, nesta pesquisa, por ocasião do julgamento do primeiro deles: AI nº 481015/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 01/02/2005, DJ de 08/09/2006.

dever de ver os seus argumentos considerados pelo juízo, o que, em última análise, importa o dever de fundamentar as decisões judiciais.

O julgamento da ADI-MC nº 4565/PI, Relator Ministro Joaquim Barbosa, ocorrido em 07/04/2011, trouxe a referência ao Caso *Quill v. North Dakota* (1992) da Suprema Corte dos Estados Unidos. Foi no voto do Ministro Joaquim Barbosa⁸⁴⁸ que a jurisprudência norte-americana foi lembrada para ilustrar o problema que enfrentou aquela corte com a guerra fiscal acirrada pelo rápido avanço tecnológico do comércio eletrônico. Essa referência não foi objeto de debates, nem sustentou a decisão da Corte Suprema brasileira, sendo mais um argumento dito de passagem no voto do Ministro Joaquim Barbosa.

A data de 05/05/2011 tornou-se histórica para o Supremo Tribunal Federal em virtude do julgamento da ADI nº 4277/DF e da ADPF nº 132/DF, ambas sob a relatoria do Ministro Ayres Britto. A discussão posta perante a Corte Suprema brasileira era a possibilidade, ou não, de equiparação das uniões estáveis homoafetivas às uniões estáveis entre homem e mulher.

O voto do Ministro Marco Aurélio registrou o Caso *Loayza Tamayo versus Peru*, o Caso *Cantoral Benavides versus Peru* e o Caso *Gutiérrez Soler versus Colômbia*, todos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para lembrar que é de ser reconhecida, como o faz a Corte Interamericana há muito tempo, proteção jurídica ao projeto de vida das pessoas, tendo em vista que este constitui uma parte essencial do conteúdo existencial da dignidade da pessoa humana⁸⁴⁹.

Já o voto do Ministro Celso de Mello fez apanhado da jurisprudência da Corte Suprema americana⁸⁵⁰ que reconhece o princípio constitucional implícito da busca da

⁸⁴⁸ Cfr. voto do Ministro Joaquim Barbosa na ADI-MC nº 4565/PI, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 07/04/2011, DJ de 27/06/2011, p. 6 e 7 de 25 (processo eletrônico).

⁸⁴⁹ Cfr. voto do Ministro Marco Aurélio na ADI nº 4277/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 05/05/2011, DJ de 14/10/2011, p. 818-819.

⁸⁵⁰ Os precedentes citados pelo Ministro Celso de Mello são: *In Re Slaughter-House Cases* (83 U.S. 36, 1872), *Butchers' Union Co. v. Crescent City Co.* (111 U.S. 746, 1884), *Yick Wo v. Hopkins* (118 U.S. 356, 1886), *Meyer v. Nebraska* (262 U.S. 390, 1923) *Pierce v. Society of Sisters* (268 U.S. 510, 1925), *Griswold v. Connecticut* (381 U.S. 479, 1965) *Loving v. Virginia* (388 U.S. 1, 1967), *Zablocki v. Redhail* (434 U.S. 374, 1978), da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Cfr. voto do Ministro Marco Aurélio na ADI nº 4277/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 05/05/2011, DJ de 14/10/2011, p. 859-860.

felicidade como um importante vetor hermenêutico relativo a temas de direitos fundamentais⁸⁵¹.

Trata-se de mais um caso emblemático do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e do reconhecimento de isonomia às relações jurídicas afetivas. Precedente histórico que justifica a referência às decisões de outras Cortes, ainda que não seja referência específica, ou seja, a casos necessariamente idênticos aos submetidos à análise da Corte Suprema brasileira.

Outro precedente da maior relevância para a jurisprudência jusfundamental do Supremo Tribunal Federal é o RE nº 363889/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 02/06/2011. Trata-se de caso em que a discussão cingia-se à formulação do âmbito de proteção do direito fundamental à busca da identidade genética do ser humano, como extensão de seu direito à personalidade.

O voto do Ministro Dias Toffoli trouxe a referência ao Caso da informação sobre a paternidade (BVerfGE 96, 56, 1997), julgado pela Corte Constitucional alemã em 1997. Informou o Ministro Dias Toffoli, em seu voto, que o Tribunal alemão não reconheceu de modo expresso a prevalência da informação sobre a identidade genética como uma prerrogativa em face da proteção da intimidade dos genitores, mas que ficou a meio caminho disso. E advertia o Ministro Dias Toffoli naquela oportunidade: "No Brasil, ter-se-á a oportunidade, agora em face do óbice da coisa julgada, de se enfatizar esse direito fundamental."⁸⁵²

O voto-vista do Ministro Luiz Fux fez referência ao Caso *Daubert vs. Merrel* (1993) da Suprema Corte americana para lembrar a repressão à cognominada *junk science*⁸⁵³. Também a jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos foi mencionada para

⁸⁵¹ O mesmo argumento e os mesmos precedentes também podem ser encontrados nos votos do Ministro Celso de Mello na ADPF nº 132/RJ, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 05/05/2011, DJ de 14/10/2011, p. 252-253; e RE-AgR nº 477554/MG, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 16/08/2011, DJ de 26/08/2011, p. 308-309.

⁸⁵² Cfr. voto do Ministro Dias Toffoli no RE nº 363889/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, julgamento em 02/06/2011, DJ de 16/12/2011, p. 50 de 165 (processo eletrônico).

⁸⁵³ Cfr. voto-vista do Ministro Luiz Fux no RE nº 363889/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, julgamento em 02/06/2011, DJ de 16/12/2011, p. 75 de 165 (processo eletrônico).

sustentar a tese de que a coisa julgada é um elemento indispensável para a concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva⁸⁵⁴.

Por fim, foi também o Ministro Luiz Fux que anotou que o Tribunal Constitucional espanhol⁸⁵⁵ reafirmou a importância da coisa julgada como um direito típico do catálogo de direitos fundamentais, confirmando a sua intangibilidade como corolário dos princípios da segurança jurídica e da tutela jurisdicional efetiva.

A tese que prevaleceu no Supremo Tribunal Federal foi a de que "Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não-realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo"⁸⁵⁶.

A RCL nº 11243/Itália, Relator para o acórdão Ministro Luiz Fux, julgada em 08/06/2011, decidia a execução da Extradução nº 1085/Itália, Caso Cesare Battisti, e foi no voto do Ministro Gilmar Mendes, vencido, em que se registrou referência ao Caso Namíbia da Corte Internacional de Justiça (1970),⁸⁵⁷ para pontuar que as normas internacionais não podem ser afastadas por legislação ordinária interna. Fazendo menção expressa ao Estado Constitucional cooperativo, o Ministro Gilmar Mendes lembrava à Corte Suprema brasileira do compromisso que era preciso assumir, como nação inserida no âmbito internacional, com os compromissos assumido nesse contexto. A reclamação acabou por não ser conhecida.

Em agosto de 2008, foi julgado o RE nº 566621/RS, cuja discussão era sobre a possibilidade, ou não, de lei tributária supostamente interpretativa ser aplicada retroativamente, a Ministra Ellen Gracie fez referência ao célebre Caso *Marbury v. Madison* (1803) da Suprema Corte americana, para sustentar a tese de que desde o seu julgamento nos

⁸⁵⁴ Os casos mencionados foram: Caso Brumarescu v. Romênia, julgado em 28/10/99, Pullar v. Reino Unido, julgado em 10/06/96 e Antonetto v. Itália, julgado em 20/07/2000. Cfr. voto-vista do Ministro Luiz Fux no RE nº 363889/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, julgamento em 02/06/2011, DJ de 16/12/2011, p. 90 de 165 (processo eletrônico).

⁸⁵⁵ As referências feitas pelo Ministro Luiz Fux em relação à jurisprudência da Corte Constitucional espanhola foram: STC 119/1988, STC 189/1990, STC 231/1991, STC 142/1992, STC 34/1993, STC 43/1998 e STC 112/1999. Cfr. voto-vista do Ministro Luiz Fux no RE nº 363889/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, julgamento em 02/06/2011, DJ de 16/12/2011, p. 89-90 de 165 (processo eletrônico).

⁸⁵⁶ Cfr. ementa do RE nº 363889/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, julgamento em 02/06/2011, DJ de 16/12/2011.

⁸⁵⁷ Cfr. voto do Ministro Gilmar Mendes na RCL nº 11243/Itália, Relator para o acórdão Ministro Luiz Fux, julgamento em 08/06/2011, DJ de 05/10/2011, p. 72-73 de 139.

Estados Unidos afirmou-se o caráter normativo da Constituição, bem como a obrigação de todos, inclusive do legislador, de respeitar as normas constitucionais, cabendo aos magistrados a tarefa de aplicar a Constituição, em detrimento da lei, quando elas forem conflitantes⁸⁵⁸.

No MS nº 28447/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 25/08/2011, a referência à jurisprudência da Corte Constitucional alemã⁸⁵⁹ veio no voto do próprio relator quando discutia a definição do âmbito de proteção do princípio da igualdade por aquele Tribunal estrangeiro:

"Como já definiu o Tribunal Constitucional da Alemanha, a proposição jurídica (também traduzível por mandamento ou princípio) da igualdade é violada quando não há um fundamento razoável ou que se possa encontrar na natureza da coisa, bem assim quando não seja possível encontrar outra razão factualmente sustentável para justificar a diferenciação ou a igualdade jurídica, e, finalmente, se o critério diferenciador possa ser tido como arbitrário."⁸⁶⁰

Na ACO nº 1109/SP, Relator para o acórdão Ministro Luiz Fux, julgada em 05/10/2011, o voto-vista do Ministro Luiz Fux trouxe mais uma vez para a discussão da Corte o célebre Caso *Marbury vs. Madison* (1803) da Suprema Corte Norte-Americana, desta vez no contexto do debate para resolver um conflito negativo de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado de São Paulo.

A tese defendida pelo Ministro Luiz Fux, na referida ação cível originária, era de que uma norma ordinária não pode ampliar as competências originárias constitucionalmente estabelecidas para a Suprema Corte. E concluiu o Ministro Luiz Fux a propósito: "Não deve competir a um Supremo Tribunal de um país como o Brasil verificar, *cum grano salis*, se há ou não, por exemplo, desvio de verba federal, ou mesmo interesse da União para se reconhecer de quem é a atribuição para atuar no âmbito administrativo."⁸⁶¹ Essa tese, que remetia a competência do julgamento do conflito negativo de competência para o Superior

⁸⁵⁸ Vide voto da Ministra Ellen Gracie no RE nº 566621/RS, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgamento em 04/08/2011, DJ de 11/10/2011, p. 281.

⁸⁵⁹ O precedente referenciado foi o BVerfGE 1, 14 [52] do Tribunal Constitucional da Alemanha.

⁸⁶⁰ Cfr. voto do Ministro Dias Toffoli no MS nº 28447/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, julgamento em 25/08/2011, DJ de 23/11/2011, p. 76-77.

⁸⁶¹ Cfr. voto-vista do Ministro Luiz Fux na ACO nº 1109/SP, Relator para o acórdão Ministro Luiz Fux, julgamento em 05/10/2011, DJ de 07/03/2012, p. 50 de 96 (processo eletrônico).

Tribunal de Justiça, não foi acolhida no Supremo Tribunal Federal, impondo-se a conclusão de que o caso estrangeiro referenciado não ecoou nos votos dos demais Ministros da Corte.

Na ADI nº 4274/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgada em 23/11/2011, a discussão era sobre a conformação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais à liberdade de expressão e liberdade de reunião. O caso envolvia a chamada "Marcha da Maconha" que ocorreu e/ou estava prestes a ocorrer em alguns Estados da federação brasileira.

O Caso *Ellen Mac Donald J. Iorfida v. MacIntyre* da Corte de Ontário no Canadá, julgado em outubro de 1994, bem como o Caso *Hague v. Committee for Industrial Organization*, da Suprema Corte americana, julgado em 05 de junho de 1939, foram lembrados no voto do Ministro Ayres Britto para dar uma visão comparada da concretização da liberdade de expressão e reunião naqueles países. Mas é de se ressaltar que tais precedentes não foram decisivos para as conclusões a que chegou o Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Em 2012 foram julgados 46 casos⁸⁶², mais de 25% do total de processos nos quais foram registradas referências a precedentes estrangeiros em votos dos Ministros do Supremo

⁸⁶² São eles: HC nº 110603/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 07/02/2012, DJ de 24/02/2012; ADI nº 4578/AC, Relator Ministro Luiz Fux, julgamento em 16/02/2012, DJ de 29/06/2012; ADC nº 30/DF, Relator Ministro Luiz Fux, julgamento em 16/02/2012, DJ de 29/06/2012; ADC nº 29/DF, Relator Ministro Luiz Fux, julgamento em 16/02/2012, DJ de 29/06/2012; HC nº 102087/MG, Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 28/02/2012, DJ de 14/08/2012; HC nº 96759/CE, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 28/02/2012, DJ de 12/06/2012; HC nº 104410/RS, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 06/03/2012, DJ de 27/03/2012; INQ nº 3412/AL, Relator para o acórdão Ministra Rosa Weber, julgamento em 29/03/2012, DJ de 12/11/2012; HC nº 107709/RS, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 04/09/2012, DJ de 11/12/2012; HC nº 104813/SP, Relatora para o acórdão Ministra Rosa Weber, julgamento em 03/04/2012, DJ de 03/10/2012; HC nº 103779/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 03/04/2012, DJ de 01/08/2012; HC nº 107605/MG, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 03/04/2012, DJ de 03/05/2012; HC nº 91867/PA, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 24/04/2012, DJ de 20/09/2012; HC nº 102082/MS, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 29/05/2012, DJ de 24/08/2012; HC nº 109528/PA, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 05/06/2012, DJ de 07/08/2012; HC nº 108685/MS, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 05/06/2012, DJ de 29/06/2012; HC nº 103206/MG, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 12/06/2012, DJ de 26/06/2012; HC nº 103425/AM, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 26/06/2012, DJ de 14/08/2012; RHC nº 111413/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 14/08/2012, DJ de 27/08/2012; HC nº 106377/MG, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 21/08/2012, DJ de 10/09/2012; HC nº 104045/RJ, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 21/08/2012, DJ de 06/09/2012; HC nº 104362/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 28/08/2012, DJ de 14/09/2012; HC nº 112692/MG, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 28/08/2012, DJ de 12/09/2012; HC nº 107581/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 28/08/2012, DJ de 12/09/2012; RE nº 562351/RS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento em 04/09/2012, DJ de 14/12/2012; HC nº 111909/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 04/09/2012, DJ de 28/09/2012; HC nº 112769/MG, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 04/09/2012, DJ de 18/09/2012; RHC-AgR nº 113314/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 11/09/2012, DJ de 11/10/2012; HC nº 104633/SP,

Tribunal Federal. É o último ano da pesquisa que percorreu decisões colegiadas tomadas pelos Ministros ao longo de 50 anos da história do Supremo Tribunal Federal.

Em 16 de fevereiro de 2012, foram julgados três ações constitucionais⁸⁶³ em que se discutia a constitucionalidade da lei da ficha limpa, no que dizia respeito às hipóteses de inelegibilidade nela contidas. A referência à jurisprudência da Corte Constitucional espanhola veio no voto do Ministro Dias Toffoli, reproduzindo argumento já utilizado em outro julgado do Supremo Tribunal Federal⁸⁶⁴ acerca da concretização do princípio constitucional da presunção de inocência.

Já o caso *Brown v. Allen* (1953) da Suprema Corte americana foi lembrado pela Ministra Rosa Weber a pretexto de "(...) recordar a lição de humildade do Juiz Robert Jackson da Suprema Corte norte-americana no sentido de que 'nós não damos a última palavra porque somos infalíveis, mas nós somos infalíveis somente porque damos a última palavra' ('we are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final' – *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443, 540 - 1953)."⁸⁶⁵

Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 11/09/2012, DJ de 08/10/2012; HC nº 109172/MS, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 11/09/2012, DJ de 25/09/2012; HC nº 104707/MG, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 18/09/2012, DJ de 16/10/2012; HC nº 112748/DF, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 18/09/2012, DJ de 04/10/2012; HC nº 114850/MG, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 18/09/2012, DJ de 02/10/2012; HC nº 113810/MG, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 18/09/2012, DJ de 02/10/2012; HC nº 112406/MG, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 18/09/2012, DJ de 02/10/2012; HC nº 112327/MS, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 18/09/2012, DJ de 02/10/2012; HC nº 112821/RS, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 25/09/2012, DJ de 11/10/2012; HC nº 112859, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 25/09/2012, DJ de 15/10/2012; HC nº 107229/PA, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 25/09/2012, DJ de 09/10/2012; HC nº 103135/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 02/10/2012, DJ de 12/12/2012; HC nº 108390/MS, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 02/10/2012, DJ de 07/11/2012; HC nº 105952/SC, Relator para o acórdão Ministro Marco Aurélio, julgamento em 16/10/2012, DJ de 27/11/2012; HC nº 113562/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 30/10/2012, DJ de 13/11/2012; HC nº 112116/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 06/11/2012, DJ de 17/12/2012; HC nº 104502/MG, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 13/11/2012, DJ de 27/11/2012; HC nº 105802/MT, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 20/11/2012, DJ de 04/12/2012.

⁸⁶³ São elas: ADI nº 4578/AC, Relator Ministro Luiz Fux, julgamento em 16/02/2012, DJ de 29/06/2012; ADC nº 30/DF, Relator Ministro Luiz Fux, julgamento em 16/02/2012, DJ de 29/06/2012; ADC nº 29/DF, Relator Ministro Luiz Fux, julgamento em 16/02/2012, DJ de 29/06/2012.

⁸⁶⁴ Cfr. voto do Ministro Dias Toffoli no RE nº 630147/DF, Relator para o acórdão Ministro Marco Aurélio, julgamento em 29/09/2010, 05/12/2011, p. 398-399. Registre-se que este precedente também está mencionado no argumento do Ministro Dias Toffoli do RE nº 631102/PA, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 27/10/2010, DJ de 20/06/2011, p. 242

⁸⁶⁵ Vide voto da Ministra Rosa Weber nas ADI nº 4578/AC, Relator Ministro Luiz Fux, julgamento em 16/02/2012, DJ de 29/06/2012, p. 155 de 375 (processo eletrônico); ADC nº 30/DF, Relator Ministro Luiz Fux, julgamento em 16/02/2012, DJ de 29/06/2012, p. 155 de 375 (processo eletrônico); ADC nº 29/DF, Relator Ministro Luiz Fux, julgamento em 16/02/2012, DJ de 29/06/2012; p. 156 de 383 (processo eletrônico).

Por fim, a Ministra Rosa Weber, chamando a atenção para os modelos americano⁸⁶⁶ e francês⁸⁶⁷, afirmou que a presunção de inocência não impede o cumprimento da pena após a decisão de primeira instância, ainda que pendente recurso.⁸⁶⁸

No INQ nº 3412/AL, Relator para o acórdão Ministra Rosa Weber, julgamento em 29/03/2012, a referência ao Caso *Brown v. Board of Education* (1954) da Suprema Corte norte-americana veio no voto da Ministra Rosa Weber que usou a célebre decisão para afirmar que não seria possível voltar no tempo, ao período em que aprovado o Código Penal brasileiro, devendo-se considerar o problema da escravidão no Brasil no diante da conjuntura atual das relações de trabalho e da vida moderna⁸⁶⁹.

Em uma série de *habeas corpus* julgados no âmbito da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal⁸⁷⁰, entre junho e novembro de 2012, a Ministra Rosa Weber fez referência à

⁸⁶⁶ Muito embora a Ministra Rosa Weber tenha feito referência expressa a este sistema, não trouxe o registro em seu voto de qual seria o precedente por ela estudado. Cfr. voto da Ministra Rosa Weber na ADC nº 30/DF, Relator Ministro Luiz Fux, julgamento em 16/02/2012, DJ de 29/06/2012, p. 160-163 de 375 (processo eletrônico).

⁸⁶⁷ A referência expressa no voto foi a seguinte: Corte de Cassação da França, Câmara Criminal, 20 de junho de 2001, 01-82.926, Boletim Criminal 2001, nº 154, p. 483. Cfr. voto da Ministra Rosa Weber na ADC nº 30/DF, Relator Ministro Luiz Fux, julgamento em 16/02/2012, DJ de 29/06/2012, p. 160-163 de 375 (processo eletrônico).

⁸⁶⁸ Assim anotou a Ministra Rosa Weber: "Em síntese, antes do julgamento, os sistemas norte-americano e francês são semelhantes ao nosso, respondendo o processado, em regra, em liberdade, mas, após o julgamento, mesmo de primeira instância, a prisão é imediata como regra e a manutenção do condenado em liberdade, na fase de apelo, é a exceção." Cfr. voto da Ministra Rosa Weber na ADC nº 30/DF, Relator Ministro Luiz Fux, julgamento em 16/02/2012, DJ de 29/06/2012, p. 160-163 de 375 (processo eletrônico).

⁸⁶⁹ Cfr. voto da Ministra Rosa Weber no INQ nº 3412/AL, Relator para o acórdão Ministra Rosa Weber, julgamento em 29/03/2012, DJ de 12/11/2012, p. 26 de 61 (processo eletrônico).

⁸⁷⁰ São eles: HC nº 103779/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 03/04/2012, DJ de 01/08/2012; HC nº 108685/MS, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 05/06/2012, DJ de 29/06/2012; HC nº 106377/MG, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 21/08/2012, DJ de 10/09/2012; HC nº 104045/RJ, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 21/08/2012, DJ de 06/09/2012; HC nº 104362/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 28/08/2012, DJ de 14/09/2012; HC nº 112692/MG, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 28/08/2012, DJ de 12/09/2012; HC nº 107581/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 28/08/2012, DJ de 12/09/2012; HC nº 107709/RS, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 04/09/2012, DJ de 11/12/2012; HC nº 111909/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 04/09/2012, DJ de 28/09/2012; HC nº 112769/MG, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 04/09/2012, DJ de 18/09/2012; HC nº 104633/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 11/09/2012, DJ de 08/10/2012; RHC-AgR nº 113314/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 11/09/2012, DJ de 11/10/2012; HC nº 109172/MS, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 11/09/2012, DJ de 25/09/2012; HC nº 104707/MG, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 18/09/2012, DJ de 16/10/2012; HC nº 112748/DF, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 18/09/2012, DJ de 04/10/2012; HC nº 114850/MG, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 18/09/2012, DJ de 02/10/2012; HC nº 113810/MG, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 18/09/2012, DJ de 02/10/2012; HC nº 112406/MG, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 18/09/2012, DJ de 02/10/2012; HC nº 112327/MS, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 18/09/2012, DJ de 02/10/2012; HC nº 112821/RS, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 25/09/2012, DJ de 11/10/2012; HC nº 112859, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 25/09/2012, DJ de 15/10/2012; HC nº 107229/PA, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 25/09/2012, DJ de 09/10/2012; HC nº 103135/SP, Relatora Ministra Rosa

jurisprudência inglesa⁸⁷¹ e do Tribunal Constitucional de Portugal⁸⁷² para dar exemplos de direito comparado como suporte ao argumento de que o *habeas corpus* firmou-se historicamente como o principal veículo jurídico para a afirmação das liberdades públicas, utilizado como instrumento contra prisões decorrentes de perseguições religiosas e políticas⁸⁷³.

Ainda em sede de diversos outros *habeas corpus*⁸⁷⁴, em que havia discussão sobre o crime de tráfico de drogas, a Ministra Rosa Weber invocou o Caso *US v. Russell* (1973) da Suprema Corte norte-americana para sustentar afirmação de que a produção ilícita de entorpecentes não é um incidente esporádico ou isolado, mas fenômeno que caracteriza uma verdadeira empresa de negócios (ainda que ilegalmente)⁸⁷⁵.

No HC nº 91867/PA, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 24/04/2012, o Caso *Nix x Williams* (1984) da Suprema Corte norte-americana é referência constante da ementa da julgado, como precedente que sustenta a teoria da descoberta inevitável, ou seja,

Weber, julgamento em 02/10/2012, DJ de 12/12/2012; HC nº 108390/MS, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 02/10/2012, DJ de 07/11/2012; HC nº 105952/SC, Relator para o acórdão Ministro Marco Aurélio, julgamento em 16/10/2012, DJ de 27/11/2012; HC nº 113562/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 30/10/2012, DJ de 13/11/2012; HC nº 112116/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 06/11/2012, DJ de 17/12/2012; HC nº 104502/MG, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 13/11/2012, DJ de 27/11/2012; HC nº 105802/MT, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 20/11/2012, DJ de 04/12/2012.

⁸⁷¹ Os casos referenciados foram: o Caso *James Somerset* (1771) da *King's Bench*; Caso *Buschel* (1670) da *Court of Common Pleas* inglesa. Por todos vide voto da Ministra Rosa Weber no HC nº 104707/MG, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 18/09/2012, DJ de 16/10/2012, p. 7-8 de 19 (processo eletrônico).

⁸⁷² O precedente português referenciado foi o Acórdão de 26.04.1989, no Processo nº 10/89, do Superior Tribunal de Justiça português (BMJ 386, p. 422). Por todos vide voto da Ministra Rosa Weber no HC nº 104707/MG, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 18/09/2012, DJ de 16/10/2012, p. 8 de 19 (processo eletrônico).

⁸⁷³ Para ilustrar o pensamento, vale a transcrição de um pequeno trecho da ementa dos referidos julgados: "1.O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico." Por todos vide: HC nº 113810/MG, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 18/09/2012, DJ de 02/10/2012.

⁸⁷⁴ São eles: HC nº 104813/SP, Relatora para o acórdão Ministra Rosa Weber, julgamento em 03/04/2012, DJ de 03/10/2012; HC nº 107605/MG, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 03/04/2012, DJ de 03/05/2012; HC nº 102082/MS, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 29/05/2012, DJ de 24/08/2012; HC nº 109528/PA, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 05/06/2012; DJ de 07/08/2012; HC nº 103206/MG, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 12/06/2012, DJ de 26/06/2012.

⁸⁷⁵ E nesse contexto sintetiza a Ministra Rosa Weber: "No contexto de organização do tráfico de modo de forma empresarial, com disputas, não raramente violentas, pela dominação do mercado, a figura do traficante isolado, com envolvimento pontual no tráfico, é fenômeno raro." Por todos vide voto da Ministra Rosa Weber no HC nº 104813/SP, Relatora para o acórdão Ministra Rosa Weber, julgamento em 03/04/2012, DJ de 03/10/2012, p. 12 de 19 (processo eletrônico).

aquela segundo a qual o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que, de uma forma ou de outra, vinculariam os pacientes ao fato investigado⁸⁷⁶.

Por fim, o HC nº 103425/AM, Relatora Ministra Rosa Weber, julgado em 26/06/2012, o voto da Ministra Relatora, a propósito de discutir o alcance do sigilo das comunicações na jurisprudência comparada, mencionou o BHGSt 39, 335 (1993) da Suprema Corte da Alemanha, para afirmar que é facultado aos interlocutores autorizar a escuta ou acesso ao conteúdo de conversa em que um deles participou.⁸⁷⁷

Nota-se, portanto, que o argumento transjursfundamental vem ganhando alguma consistência qualitativa e, principalmente, quantitativa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nos últimos anos, e que os Ministros mais novos na Corte têm estado mais atentos e comprometidos com a referência a precedentes estrangeiros como parte da fundamentação de seus votos.

Não se pode dizer, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal é uma Corte Suprema vinculada ao paradigma do Estado Constitucional comparativo, nem muito menos que tem consciência da transjursfundamentalidade como metódica adequada para a concretização dos direitos fundamentais. O que se pode afirmar é que há um caminho trilhado e que resta aos profissionais, acadêmicos e, sobretudo, aos interlocutores mais diretos da Corte, - sejam advogados públicos e privados, sejam membros do Ministério Público, ou mesmo a imprensa e sociedade civil organizada -, chamarem a atenção para este fenômeno dos diálogos judiciais transnacionais que tem se destacado em Cortes de todo o mundo.

⁸⁷⁶ Cfr. ementa do HC nº 91867/PA, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 24/04/2012; DJ de 20/09/2012.

⁸⁷⁷ Assim registra o voto da Ministra Rosa Weber, fazendo citação direta à decisão da Corte alemã: "A garantia constitucional desse segredo não limita qualquer dos participantes na comunicação em seu direito de sozinho decidir se e em qual extensão ele vai manter a comunicação fechada ou irá garantir acesso a ela a um terceiro." Cfr. voto da Ministra Rosa Weber no HC nº 103425/AM, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 26/06/2012, DJ de 14/08/2012, p. 6 de 10 (processo eletrônico).

CONCLUSÃO

O Estado Constitucional, sendo o paradigma do modelo institucional de poder prevaemente no século XX, assume o papel de atualização do ideário do Estado de direito, típico fenômeno institucional dos séculos XVIII e XIX. Verifica-se, no entanto, que esta atualização não significa ruptura, mas continuidade histórica que completa o processo de compartilhamento de poder no âmbito da lógica tripartite desenvolvida a partir do século XVIII. Não se pode falar em evolução ou substituição de um paradigma pelo outro, mas de agregamento de valores e preferências ocasionais por uns e por outros.

A principal proposta do Estado Constitucional é que os direitos fundamentais assumam a condição de Direito Objetivo, guiando todas as demais ações públicas e privadas nos diversos âmbitos de Poder. Sob a mediação de um texto constitucional, a condução das expectativas, tanto públicas quanto privadas, passa a ter como vetor incontornável a concretização compartilhada de direitos fundamentais.

Não se pode deixar de ressaltar, nesse contexto, o papel mais ativista que tem ganhado o Judiciário, especialmente as Cortes Supremas e Constitucionais em geral, e o Supremo Tribunal Federal, em particular, no que diz respeito à sua função de intérprete da norma legal e constitucional e, segundo Mauro Cappelletti, isso devido a uma revolta contra o formalismo que tentava acentuar o elemento da lógica pura e mecânica no processo jurisdicional⁸⁷⁸.

O papel do juiz, especialmente do juiz constitucional, se tornou, nesse modelo, bem mais complexo do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais. A função jurisdicional passa a estar envolvida com a responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, do intérprete. Na sua proposta teórica, Dworkin entende que os “direitos jurídicos” e os “direitos morais” não pertencem a ordens conceituais distintas, sustentando que ao lado dos direitos legais existem os direitos morais⁸⁷⁹, de forma que uma teoria que realmente leve a sério os direitos não pode considerar válido um direito aprovado pela maioria em detrimento a um

⁸⁷⁸ CAPPELLETI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre : Sergio Fabris Editor, 1993, p.32 e ss.

⁸⁷⁹ É aqui ganha importância substancial a orientação que considera os princípios como Direito eficaz e exigível: “Podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas. Se seguirmos essa orientação, deveremos dizer que nos Estados Unidos “o direito” inclui, pelo menos, tanto princípios como regras” DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo Martins Fontes, 2002, p. 46-47.

direito individual autêntico, ou seja, aquele atestado em uma situação real e concreta.⁸⁸⁰ Daí a necessidade de superação do modelo de Estado de Direito Legislativo, fundado na experiência da democracia representativa como fonte exclusiva de legitimação dos atos de poder, para um modelo de legitimação dinâmica e compartilhada entre as instâncias de poder do Legislativo, Judiciário e Executivo.

A contribuição de tal teoria para o modelo de Estado Constitucional repousa no fato de assumir a mudança da linguagem e da aplicação do Direito como oriundas de atos arbitrários dos juízes e governantes, aceitando-as como reflexos naturais da adequação de suas atividades às mudanças sociais, políticas e econômicas, que podem ser fundadas em diversos elementos.

881

No Estado Constitucional não há supervalorização de um ou outro órgão de poder, de modo que não se revela adequado afirmar que se trata, simplesmente, de uma superação do Estado de Direito Legislativo. O poder que aparentemente perdeu o intérprete-legislador para o intérprete-juiz, na verdade, continua potencialmente compartilhado entre eles, cabendo a um e outro exercê-lo em seus contextos de competências constitucionais.

Haberle afirma que o Estado Constitucional é um modelo, sempre aberto, que resulta do desenvolvimento dos séculos, no que diz respeito a tempo e espaço⁸⁸². A expressão “Estado Constitucional” passa, então, a indicar uma linha teórica que, apesar de não ser nova, tem ganhado novo significado, relacionado a algumas tarefas a) investigar o contexto doutrinário em que se propõe a fórmula “Estado Constitucional”; b) sistematizar as mudanças produzidas nos ordenamentos jurídicos dos sistemas democráticos que pretendem expressar-se através desse novo significado constitucional para o Estado; c) propor análise crítica da tese que concebe o Estado Constitucional como paradigma alternativo ao Estado de direito; d)

⁸⁸⁰ CALSAMIGLIA, A. *Ensayo sobre Dworkin*. In DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona : Editorial Ariel, 1989, p. 17-18.

⁸⁸¹ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 60.

⁸⁸² É obrigatório aqui deixar claro que, para esse autor, o Estado constitucional é “a comunidade política que encontra seu fundamento antropológico-cultural na dignidade do homem, como dizia E. Kant, e que encontra, na democracia pluralista, sua estrutura organizacional.” Cfr. HABERLE, Peter. *La Constitución como cultura*, in **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, v. 6, ano 2002, Madrid : Centro de Estudios Políticos y constitucionales, p. 178.

assumir que a concepção de Estado Constitucional tem forte relação com a teoria geral dos direitos humanos.⁸⁸³

Se o Estado Constitucional, com suas propostas de relações dinâmicas entre os órgãos de poder, está vinculado diretamente com a teoria geral dos direitos humanos, é preciso reconhecer que este modelo assume importante papel nos contextos internacional e transnacional, no que diz respeito à concretização de direitos fundamentais. Isso porque não há como dissociar os direitos humanos de sua faceta nacional: os direitos fundamentais.

A dignidade humana, nesse contexto, ganha uma contextualização institucional e passa a ser uma referência cultural e social, múltipla e plural, recolhida pragmaticamente de sugestões filosóficas e doutrinárias de diferentes esferas, com diferentes causas e consequências. E, conforme anota Canotilho, mesmo para aqueles que assumem a posição de reconhecer ao direito constitucional uma qualidade destacada de direito individualizador dos princípios estruturantes e conformadores da ordem jurídica, tem o ônus colocar-se em diálogo com as pressões da teoria crítica contra o normativismo constitucional fundamentador.⁸⁸⁴

Assim sendo, é possível dizer que a concretização dos direitos fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal exige um compromisso com o paradigma do Estado Constitucional, que se apresenta como aquele que desloca a supremacia da lei para a supremacia da Constituição, aquele que protege direitos fundamentais não apenas como direitos subjetivos, mas, e principalmente, na sua perspectiva objetiva, e, por fim, como aquele que reconhece a interdependência entre as funções de poder.

Submetido aos contextos internacional e transnacional, esse modelo de Estado Constitucional acopla-se à ideia de cooperativismo, a qual significa, em alguma medida, a disponibilidade para diálogos com outras fórmulas culturais estrangeiras. Os procedimentos de concretização das democracias, a independência da jurisdição, principalmente, da jurisdição constitucional, e os mecanismos de proteção interna e externa dos direitos humanos certamente são fatores decisivos para a consagração do modelo de cooperação entre os Estados Constitucionais.

⁸⁸³ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 57.

⁸⁸⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 186.

Numa tentativa sintetizadora dos pilares que sustentam o modelo de Estado Constitucional cooperativo, a imagem do Estado Constitucional contemporâneo pode ser visualizada como aquela da comunidade universal dos Estados Constitucionais, ou seja, num contexto em que os Estados Constitucionais não existem mais para si mesmos, mas, sim, como referências para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade⁸⁸⁵.

Válida e oportuna a advertência de Häberle de que seria preciso enfrentar, nessa seara, as mesmas críticas e dificuldades, já sentidas por Kant, diante da busca de uma visão cosmopolita do Estado e dos indivíduos.⁸⁸⁶ Entretanto, também é de ser lembrado que até 1989 o modelo de Estado Constitucional ocidental era relativamente infreqüente, em face da prevalência dos chamados Estados socialistas e dos Estados autoritários da Europa, África, America Latina e Ásia⁸⁸⁷.

Assim, o Estado Constitucional Cooperativo propõe o deslocamento da discussão sobre constitucionalidade para a convencionalidade, da proteção dos direitos fundamentais para a garantia dos direitos humanos, e da interdependência de poder intra-estatal para a interdependência de poder inter-estatal, de modo que as práticas de cooperação, por meio da comparação dialógica, encontra seu ambiente institucional adequado.

Somente pelo processo aberto, complexo e dinâmico de comparação dialógica é que se revela possível a construção de um aporte legitimador convincente para a utilização de precedentes estrangeiros como elementos-tópicos da construção de sentido concreto para os direitos fundamentais presentes nessa nova ordem de coisas.

E se é certo que não existe, nos planos filosófico e teórico, uma relação direta entre o Estado Constitucional cooperativo e democracia, é preciso registrar o fato de que, na experiência contemporânea, a sua existência é fortemente vinculada às propostas de superação das realidades não-democráticas. Pela linguagem dos direitos fundamentais - a vinculação

⁸⁸⁵Cfr nesse sentido: HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*, trad. Hector Fix-Fierro. México : Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 75-77. Esta referência eu já fiz em trabalho anteriormente publicado. Cfr meu: Estado constitucional cooperativo: o futuro do Estado e da interpretação constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle, in **Revista Jurídica/Presidência da República**, vol. 7, n. 72, maio 2005 [internet] disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica.htm Acessado em 30/10/11

⁸⁸⁶Nesse sentido vide: HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*, trad. Hector Fix-Fierro. México : Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 75-77.

⁸⁸⁷Cfr nesse sentido: HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*, trad. Hector Fix-Fierro. México : Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 69.

irradiante, dirigente e horizontal a estes direitos – acaba-se por conduzir a experiências democráticas de inspiração jusfundamentadora.

Chega-se, nessa conjuntura, à relação entre transjusfundamentalidade e Estado Constitucional cooperativo: é preciso, além da consciência teórica já apresentada, também encontrar uma metódica capaz de servir de métrica para a concretização dos direitos fundamentais no âmbito transnacional. Não se trata de questionar sobre a legitimidade, ou não, do afazer concretizador em si mesmo considerado, mas de investigar os meios pelos quais é possível conseguir os resultados práticos desse processo.

Por transjusfundamentalidade tem-se o fenômeno tridimensional, complexo e dinâmico, cuja principal marca é uma atitude de alteridade em direção à percepção do outro (estrangeiro ou transnacional), percepção esta que tem como principal intenção ver o outro como espelho de si próprio. As principais conseqüências ontológicas e procedimentais desse fenômeno podem ser apreendidas por meio de vivências sociais, institucionais e/ou existenciais que sejam aptas a fazer face aos problemas difíceis relacionados à convivência humana, em sociedades plurais, complexas e tecnológicas.

E no caminho de construir um referencial possível para o conceito de transjusfundamentalidade, revelou-se igualmente prudente deixar claro aquilo que transjusfundamentalidade não pode ser.

Não é recomendável associar transjusfundamentalidade aos conceitos do constitucionalismo interno, imaginando, como o fazem as teorias cosmopolitas, que a nova ordem global irá refletir posições filosóficas e teóricas forjadas nos últimos dois séculos para os Estados nacionais típicos (Estados de direito), uma vez que essa tentativa levará a frustrações e falências nos âmbitos tanto interno quanto externo.

Também não acredito ser possível imaginar a idéia de transjusfundamentalidade vinculada à de um Estado global, no intuito de vislumbrar uma fórmula de organização horizontal e vertical de poder uniformizada para todos os contextos. Ora, a busca por uma entidade política ordenadora para substituir o Estado nacional nega a possibilidade, na qual eu acredito, de que ordens parciais e globais conviverão sem a necessidade de uma relação hierárquica ordenadora dos processos de tomada de decisões.

Igualmente não pode ser aceita a marca da transjusfundamentalidade diante da tentativa, vã e inócua, de uma Carta de Direitos Fundamentais global, genoma normativo

global de onde irradiariam os direitos fundamentais e humanos a vincularem não apenas as instâncias políticas, mas também os centros de poder econômico mundiais.

Por fim, deve ser rejeitada a contextualização da idéia de transjusfundamentalidade no bojo de um constitucionalismo societal, pois a concepção de ‘constituições civis globais’, como uma alternativa à teoria da constituição estatalmente centrada, não tem a força para desbancar a idéia de constitucionalismo democrático.

Dessa forma, no contexto analítico, a metódica transjusfundamental, aqui chamada de transjusfundamentalidade, revela-se como a prática de diálogos político-institucionais na tarefa de concretizar, de forma compartilhada, assíncrona e assimétrica, os direitos fundamentais. A característica mais importante dessa metodologia é a abertura para o outro como parte de si mesmo e o diálogo de igual respeito e consideração com as experiências compartilhadas.

Diante do conceito analítico, já se revela possível associar a transjusfundamentalidade às metáforas da circulação e migração de ideias constitucionais. A proposta da metáfora de migração de ideias constitucionais é apresentada como uma alternativa às outras metáforas que tentam explicar o fenômeno das transferências recíprocas de ideias constitucionais. Tais transferências chamam a atenção dos acadêmicos e profissionais jurídicos porque o uso de princípios constitucionais e decisões sobre direitos fundamentais, para além das fronteiras de um determinado país, tem sido prática cada vez mais comum nos diversos sistemas jurídico-constitucional do mundo inteiro.

Apesar da consciência de que nem a metáfora das fertilizações cruzadas, nem a dos transplantes legais, nem a dos empréstimos constitucionais lograram êxito na tentativa de explicar tal fenômeno, Sujit Choudrhy, mesmo consciente das inevitáveis limitações da sua metáfora da migração de ideias, dela resolveu lançar mão numa tentativa dialógica de estabelecer um ponto de partida para aprofundar a discussão acadêmica sobre o tema.

De todos os conceitos apresentados na vasta e rica bibliografia disponibilizada sobre o tema, a expressão diálogos judiciais transnacionais fora a que melhor instrumentalizou a metódica da transjusfundamentalidade, ao propor atitude de abertura para influências externas, na mesma proporção que não admite a perda de identidade cultural no plano interno.

Por diálogos judiciais transnacionais, entende-se um conjunto de interações horizontais, seja por meio de referências cruzadas não obrigatórias, seja por meio de

encontros informais entre os juízes das mais altas cortes nacionais, em que os magistrados de diferentes nacionalidades trocam, por meio de diálogos, suas regras, metodologias e produções acadêmicas; seja pela disponibilização em línguas estrangeiras das ideias constitucionais e jurisprudência da Corte em portais virtuais.

Revela-se, assim, inegável a importância dos diálogos judiciais transnacionais para o processo de concretização dos direitos fundamentais, fundado na premissa de que, se estamos no rumo de um Estado Constitucional e cooperativo, a alternativa metodológica da transjursfundamentalidade, que tem como elemento essencial à abertura aos diálogos judiciais transnacionais, revela-se como prática inerente ao próprio afazer concretizador das Cortes Supremas e Constitucionais.

E, no caso brasileiro, se não se pode abrir mão da força institucional do Supremo Tribunal Federal, como concretizador privilegiado, mas não único, dos direitos fundamentais no Brasil, é preciso criar alguns parâmetros e mecanismos de controle aptos a criticar tornar abertas e procedimentalmente plurais, com segurança dogmática e filosófica, as suas decisões.

Se a sociedade aberta de intérpretes, formada no contexto de uma pedagogia constitucional consistente, não estiver preparada para enfrentar de forma quantitativa e qualitativa a jurisprudência da Suprema Corte brasileira, nada do que se pretenda avançar será de alguma utilidade.

A ideia de transjursfundamentalidade surge associada a esta perspectiva cultural que só se constrói por meio de uma educação emancipadora focada na concretização constitucional compartilhada entre intérpretes oficiais e não-oficiais da comunidade constitucional, que também se projeta para o plano transnacional.

Mas é preciso ter em mente que as Cortes Supremas e\ou constitucionais estarão sempre, de forma implícita ou explícita, fazendo opções se devem, ou não, usar as citações a precedentes estrangeiros como pontos dialógicos de seus argumentos, e se a opção for positiva, é possível afirmar que há forte indício de que essa Corte, por estar mais alinhada com os objetivos do Estado Constitucional Cooperativo, também experiencia a transjursfundamentalidade.

De todo modo, a concretização dos direitos fundamentais impõe esforço hermenêutico que, se contextualizado no modelo de Estado Constitucional e Cooperativo, exige um olhar comparativista para os procedimentos interpretativos. Na Inglaterra, anota Christopher

Mccrudden, muito embora não se trate de uma jovem democracia, a aprovação do *Human Rights Act* de 1998 trouxe à tona o debate sobre a possibilidade, ou não, conveniência, ou não, de fazer uso de jurisprudência estrangeira nas decisões nacionais com o intuito de, com o olhar para a experiência de outros países, encontrar as melhores condições para concretizar o referido documento normativo.

Trata-se, portanto, de uma tendência mundial, que não obstante esteja ocorrendo em ritmos diversos, com causas e consequências também bastante diferentes em cada um dos países, não tem deixado de ser uma constante no processo de tomada de decisões constitucionais, especialmente naquelas que envolvem a concretização de direitos fundamentais.

No Supremo Tribunal também é possível registrar o fenômeno. Há registro, no site oficial da Corte, de quase 200 decisões que trazem referência a precedentes estrangeiros como fundamentação dos votos dos Ministros. Desse universo, 178 decisões foram analisadas de forma quantitativa e qualitativa na presente pesquisa.

Assim, no presente trabalho foi apresentada uma lista comentada de decisões em que o fenômeno da transjusfundamentalidade estava, ou não, presente, utilizando-se a metodologia comparativa, não no sentido de comparação entre países ou sistemas, mas, sim, a metodologia comparativa no sentido de comparação paralela de dados referentes a um universo de decisões de uma mesma Corte Suprema: o Supremo Tribunal Federal.

Registre-se, por importante, que os dados obtidos com a presente pesquisa, porque sistematizados a partir de diversos critérios (o cronológico; o do Ministro que fez a referência cruzada; e, também, o tema do caso e o argumento específico em que a referência cruzada foi utilizada) poderão ser utilizados para futuras comparações, também no contexto internacional ou mesmo transnacional. Trata-se de um dado inédito, já produzido no contexto de outros países, mas que, no Brasil, nunca tinha sido sistematizado.

A comparação de casos no universo da jurisprudência eletronicamente disponível no sítio do Supremo Tribunal Federal foi feita partindo-se dos seguintes parâmetros: diante das decisões do Supremo Tribunal Federal (Suprema Corte brasileira) que foram marcadas pelo setor de documentação dessa Corte como aquelas que continham referências a decisões de cortes estrangeiras como fundamento dos votos dos Ministros, chegou-se a um universo de 193 decisões, que constituiu o grupo inicial e total de julgado analisados.

A primeira decisão analisada na pesquisa era do ano de 1961 e a última era do ano de 2012, de forma que a pesquisa avançou por decisões da Suprema Corte Brasileira nos últimos 50 anos. Nesse período, somente a década de 70 não teve o registro de nenhuma decisão do Supremo Tribunal Federal em que se usou da jurisprudência estrangeira como tópico argumentativo de votos dos Ministros da Corte⁸⁸⁸.

Outro dado interessante de ser ressaltado é que no século XXI em que foram registradas mais de 90 por cento das decisões em que as referências estrangeiras são mencionadas, sendo que mais de 50 por cento estão concentradas nos últimos três anos (2010 a 2012). Dessas decisões a classe processual que mais merece destaque são os *habeas corpus* que representam mais de 40 por cento das decisões que continham referências a precedentes estrangeiros, seguidos das ADIs que somaram pouco mais de 15 por cento e dos recursos extraordinários que constituíram 15 por cento do total de classes em que as referências cruzadas foram encontradas.

Ao todo, foram referenciadas 6 Cortes Supremas e/ou Constitucionais estrangeiras, 3 Tribunais internacionais e 4 outras Cortes diversas. A Suprema Corte dos Estados Unidos foi a que mais foi referenciada nos votos, seguida da Corte Constitucional da Alemanha, da Câmara dos Lordes do Reino Unido e do Tribunal Constitucional da Espanha.

Os Ministros Celso de Mello (por volta de 58 casos), Gilmar Mendes (por volta de 47 casos) e Rosa Weber (39 casos em que fez referências)⁸⁸⁹ foram os que mais referenciaram decisões de Cortes estrangeiras em seus votos, sendo seguidos pelos Ministros Joaquim Barbosa, Dias Toffoli e Sepúlveda Pertence que também fizeram menção a precedentes de outras Cortes quando construíam argumentos para seus votos.

Os precedentes do Caso *James Somerset* (1771) da *King's Bench* e Caso *Buschel* (1670) da *Court of Common Pleas* inglesa⁸⁹⁰ foram registrados como precedentes estrangeiros

⁸⁸⁸ Em entrevista com a servidora responsável pela seção em que os registros são feitos, obteve-se a informação de que somente a partir do ano 2000 a pesquisa é feita de forma institucional e sistematizada, de forma que os dados anteriores a esse ano são aleatórios. Assim sendo, o fato de não terem sido registrados precedentes na década de 70 não quer dizer que tais não existam.

⁸⁸⁹ Aqui é preciso registrar que os dados referentes aos processos da Ministra Rosa Weber não são ortodoxos, pois muito embora os casos sejam distintos, o argumento genérico é semelhante, e não entrariam normalmente na marcação da seção de documentação (que evita os processos repetitivos).

⁸⁹⁰ É preciso aqui deixar expresso que o registro, na secretaria de documentação do Supremo Tribunal Federal, não contempla os casos repetidos, critério, entretanto, que não impediu o registro do argumento idêntico utilizado em 30 precedentes da Ministra Rosa Weber, por serem casos penais distintos entre si. Esse dado dos

mencionados em quase 30 processos do Supremo Tribunal Federal, sendo, em dados numéricos absolutos, os precedentes mais utilizados na história jurisprudencial da nossa Suprema Corte. Em termos qualitativos mais fidedignos, o caso *MacCulloch versus Maryland*, da Suprema Corte americana é o que mais merece destaque, tendo sido referenciado 20 vezes. Por fim, ainda merecem destaque os casos *Panhandle Oil Co. v. Mississipi* (12 casos) e *Marbury v. Madison* (10 casos).

Não há como deixar de registrar que apenas 14 casos⁸⁹¹ do Supremo Tribunal Federal mencionaram os precedentes estrangeiros já nas suas ementas e que apenas 5 casos⁸⁹² efetivamente discutiram o argumento estrangeiro de forma mais ampla e com o comprometimento da maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, é importante registrar que 68% dos casos (121 casos) trataram da temática específica dos direitos fundamentais, 9,5% (17 casos) trataram de questões atinentes ao processo constitucional, 9% (16 casos) cuidavam de questões tributárias, 6% (11 casos) debatiam questões de competência do Supremo Tribunal Federal e 3% (6 casos) tratavam da competência do Ministério Público.

Estes dados são apenas ilustrativos dos dados quantitativos da pesquisa implementada, constituindo o relatório analítico, apresentado no terceiro capítulo, um apanhado crítico da utilização do argumento estrangeiro nos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. A título de exemplificação da análise qualitativa implementada, serão registrados alguns precedentes que, seja pela sua importância na concretização de direitos fundamentais brasileiros, seja pela importância da transjusfundamentalidade na concretização desses

precedentes penais da Ministra Rosa Weber merece a devida atenção, pois, por equiparação, retira a Ministra Rosa do rol de Ministros que mais fizeram uso de jurisprudência estrangeira, bem como anula o precedente como o mais referenciado da Corte.

⁸⁹¹ São eles: HC nº 81963, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento: 18/06/2002; DJ 28/10/2004; HC nº 82424/RS, Relator para o acórdão Ministro Maurício Corrêa, julgamento: 17/09/2003; DJ 19/03/2004; RHC nº 90376/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 03/04/2007, DJ 18/05/2007; HC nº 93050/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 10/06/2008, DJ de 01/08/2008; HC nº 105348/RS, p. 15 a 17 de 27 (processo eletrônico); HC-MC nº 109544/BA, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 09/08/2011, DJ de 31/08/2011; HC nº 107731/PE, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 13/09/2011, DJ de 02/03/2012; HC nº 91867/PA, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 24/04/2012; DJ de 20/09/2012; HC nº 82788/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 12/04/2005, DJ de 02/06/2006; HC nº 85419/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 20/10/2009, DJ de 27/11/2009; HC nº 89837/DF, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 20/10/2009, DJ de 20/11/2009; HC nº 87610/SC, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 27/10/2009, DJ de 04/12/2009; HC nº 94173/BA, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 27/10/2009, DJ de 27/11/2009; HC nº 90099/RS, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 27/10/2009, DJ de 04/12/2009.

⁸⁹² A saber: HC 40910; RP 1150; HC 82424; MS 25647 e ADPF 130.

direitos nos votos dos respectivos Ministros do Supremo Tribunal Federal, serão aqui destacados como os mais representativos (5% do total analisado) para a transjursfundamentalidade no Supremo Tribunal Federal.

Os debates no julgamento do HC nº 40910/PE também merecem destaque porque demonstram a já antiga preocupação da Suprema Corte brasileira com os vantagens e desvantagens da metodologia comparativa para a concretização de direitos fundamentais, uma vez que o caso é paradigma para a conformação da liberdade de cátedra entre nós, em difícil período de exceção democrática.

É notória a importância da disposição juscomparativa do Ministro Victor Nunes Leal na Corte Suprema da década de 60, pois conforme demonstram os precedentes selecionados da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nesse período, é sempre a sua instigação que leva aos debates sobre o modelo de comparação constitucional.

Uma análise *ex post facto*, permite afirmar que a presença da decisão estrangeira, na década de 60, não se sustenta na metódica da transjursfundamentalidade, que pressupõe diálogos judiciais transnacionais e não, simplesmente, importação de modelos de um suposto país mais desenvolvido. Seria mais adequado falar aqui em correspondência, no plano das decisões judiciais comparadas, de transplantes legais.⁸⁹³

Já na década de 80, a discussão travada por ocasião do julgamento da RP nº 1150/RS entre os Ministros Moreira Alves e Francisco Rezek sobre o modelo de repartição de competências legislativas do federalismo brasileiro, trazendo como referência o modelo norte-americano, é um exemplo de exercício comparativo, cuja metodologia é o objeto de reflexões do presente trabalho. Trata-se de precedente da maior relevância para os estudos aqui propostos, uma vez que é um exemplo de diálogo consciente entre dois Ministros do Supremo Tribunal Federal e a jurisprudência da Corte Suprema americana.

Os precedentes mencionados foram usados como exemplos de casos estrangeiros que discutiram questões semelhantes em outro país⁸⁹⁴, mas cuja referência ocorreu como ponto de

⁸⁹³ Sobre o conceito de transplantes legais, vide capítulo II do presente estudo.

⁸⁹⁴ Veja como o Ministro Francisco Rezek sumariza os casos: "De outras feitas, a mesma Corte Suprema dos Estados Unidos defrontou-se com legislação que se propunha protetiva da saúde, e onde outros vislumbraram normas sobre comércio, hostis à Constituição. Tal se deu nos casos *Hudson County Water Co. v. McCarter* (209 U.S. 349-1908), *Pennsylvania v. West Virginia* (262 U.S. 553-1923) e *Dean Milk Co. v. Madison* (340 U.S. 349-1951), entre outros vários, que a doutrina fartamente explora. No primeiro deles cuidou-se de uma lei de New Jersey que proibira a exportação de água dos mananciais existentes no pequeno Estado. O segundo versou lei

partida para a construção das condições de possibilidade de uma solução para o caso brasileiro calcada na realidade normativa e histórica do nosso país.

O HC nº 82424/RS, da relatoria originária do Ministro Moreira Alves, tendo sido relator para o acórdão o Ministro Maurício Corrêa, trata-se de um dos casos mais importantes da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, merecendo amplo destaque como uma das referências mais significativas do banco de julgados da Corte, no que diz respeito à concretização de direitos fundamentais.

A discussão cingia-se ao conflito entre a liberdade de expressão e manifestação do pensamento e a proibição de práticas racistas e anti-semitas, prevalecendo na Corte Suprema brasileira o entendimento de que as práticas de escrever, editar, divulgar e comercializar livros, fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias contra a comunidade judaica, constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade.

A referência a decisões de cortes estrangeiras foi abundante neste caso, de modo que a análise do acórdão de 488 páginas do Supremo Tribunal Federal será feita com enfoque mais quantitativo do que qualitativo. Isso porque, um estudo qualitativo de maior envergadura nesse precedente do Supremo Tribunal Federal exigiria esforço de pesquisa que desborda dos limites proposto para o presente trabalho.

Ao todo, são referenciados 15 julgados de 6 Cortes e/ou Tribunais diferentes, de forma que este julgado apresenta-se como um dos precedentes mais importantes da Corte Suprema brasileira para a investigação do fenômeno da transjusefundamentalidade entre nós, tendo em vista que uma análise detalhada dos argumentos de cortes estrangeiras presentes nos pensamentos dos Ministros que registraram em seus votos as decisões de Cortes alienígenas poderá oferecer diversas pistas sobre a transjusefundamentalidade entre nós.

A ADPF nº 54/DF constitui mais uma decisão histórica do Supremo Tribunal Federal, desta vez discutindo a delicada questão da antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo, a Corte entendeu que, por estar pendente o julgamento do mérito da referida ação, todos os demais processos criminais em curso deveriam ficar suspensos até o crivo final do Supremo Tribunal Federal.

semelhante, de Virgínia do Oeste, e relativa ao gás natural. No terceiro, o Estado de Wisconsin pretendia proibir a importação de leite já pasteurizado, para com isso fomentar o negócio dos pasteurizadores locais. "

O célebre caso *Roe v. Wade* (1973) da Suprema Corte dos Estados Unidos da América⁸⁹⁵ foi mencionado no voto do Ministro Gilmar Mendes⁸⁹⁶, que também fez referência genérica, sem especificar o precedente, à jurisprudência da Corte Constitucional alemã⁸⁹⁷. É de se consignar também que o voto do Ministro Gilmar Mendes, ao discutir a competência dos Tribunais Constitucionais para aferir a constitucionalidade de normas pré-constitucionais, faz referência à jurisprudência das Cortes Constitucionais alemã⁸⁹⁸, italiana⁸⁹⁹, portuguesa⁹⁰⁰ e dos Tribunais Constitucionais da Espanha⁹⁰¹ e da Áustria.⁹⁰²

⁸⁹⁵ Registre-se, por importante, que este precedente também já havia sido mencionado pelo Ministro Joaquim Barbosa no HC nº 84025/ RJ, porém apenas como coisa dita de passagem.

⁸⁹⁶ Eis o trecho: "O debate sobre a revisão de "Roe versus Wade", nos Estados Unidos, é um dos mais marcantes da vida republicana e democrata. E, a toda hora, promete-se a revisão daquele célebre julgado." Cfr. voto do Ministro Gilmar Mendes na QO-ADPF nº 54, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 27/04/2005, DJ de 31/08/2007, p. 102.

⁸⁹⁷ Assim registrou o Ministro Gilmar Mendes: "Na Alemanha, também tivemos essa discussão séria e lá se conhece, inclusive, uma cautelar, Ministro Cezar Peluso, de outro perfil, porque, como houve a descriminalização, a Corte introduziu uma cautelar para reintroduzir a criminalização. O primeiro julgado da Corte Constitucional, no caso do aborto, foi no sentido de manter a norma penal enquanto norma de proteção, pelo menos enquanto não houvesse uma decisão. E, depois, essa decisão foi mantida." Cfr. voto do Ministro Gilmar Mendes na QO-ADPF nº 54, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 27/04/2005, DJ de 31/08/2007, p. 102.

⁸⁹⁸ "A Corte Constitucional alemã desenvolveu uma espécie de solução de compromisso, assentando que tanto as leis pós-constitucionais quanto as pré-constitucionais podem ser objeto do controle abstrato de normas. Estão submetidas, porém, ao processo de controle concreto de normas apenas as leis pós-constitucionais, uma vez que, nesse caso, a decisão sobre a colisão de normas não ameaça a autoridade do legislador constitucional (BVerfGE 2/124 (130); 2/138, 218; 3/48; 4/339; 6/64; 7/335; 10/58, 127, 131, 159; 11/129; 12/353; 14/65; 15/183; 16/231; 17/162; 18/252)." Cfr. voto do Ministro Gilmar Mendes na QO-ADPF nº 54, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 27/04/2005, DJ de 31/08/2007, p. 167.

⁸⁹⁹ "A Corte Constitucional italiana já na sua primeira decisão, em 5.6.56, reconheceu competência para examinar a constitucionalidade do direito pré-constitucional (Paolo Biscaretti di Ruffia, *Derecho Constitucional*, p. 268; Gustavo Zagrebelsky, *La Giustizia Costituzionale*, p. 42; Franco Pierandrei, "Corte Costituzionale", in *Enciclopedia del Diritto*, v. 10, Milão, 1962, p.908. (...), porque tanto o art. 134 da Constituição quanto a Lei Constitucional, de 9.2.48, cuidavam apenas da constitucionalidade da lei, e entre a lei ordinária e a Constituição existe uma diferença de hierarquia, sendo, por isso, irrelevante a distinção entre direito pré-constitucional e pós-constitucional (Acórdão de 5.6.56, n. 1. Cf., a propósito, Gaetano Sciascia, "Die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs der Italienischen Republik", *JÖR*, NF 6/1 (6), 1957)." Cfr. voto do Ministro Gilmar Mendes na QO-ADPF nº 54, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 27/04/2005, DJ de 31/08/2007, p. 167.

⁹⁰⁰ "A Constituição portuguesa, de 1976, consagrou expressamente a chamada "inconstitucionalidade superveniente" (art. 282, § 42), reconhecendo a competência da Corte Constitucional para examinar a compatibilidade do direito pré-constitucional em face da nova Constituição (Cf., a propósito, Canotilho, cit., p. 1288)." Cfr. voto do Ministro Gilmar Mendes na QO-ADPF nº 54, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 27/04/2005, DJ de 31/08/2007, p. 168.

⁹⁰¹ "O Tribunal Constitucional Espanhol optou por uma linha intermediária, que lhe permite dividir a competência com a jurisdição ordinária em relação ao direito pré-constitucional, e outorga-lhe em relação ao direito pós-constitucional o monopólio da censura (Cf. A. Weber, "Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Spanien", *JÖR*, NF 34/245 (257-258), 1985). Configura-se, pois, competência concorrente para apreciar a compatibilidade entre o direito pré-constitucional e a nova Constituição. A Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Espanhol prevê, no art. 33, um prazo de três meses para a instauração do processo de controle abstrato de normas a contar da publicação da lei ou do ato normativo com força de lei. Nos termos do art. 22 das "Disposições Transitórias" dessa lei, aplica-se ao controle abstrato de normas ao recurso constitucional e aos conflitos de competência o prazo previsto de três meses para os atos anteriormente editados, a contar da data de instituição do Tribunal

Por fim, em discussão sobre os contornos da arguição de descumprimento de preceito fundamental, como ação típica do modelo de controle de constitucionalidade abstrato brasileiro, o voto do Ministro Gilmar Mendes argumenta, com exemplos do direito alemão⁹⁰³ e espanhol⁹⁰⁴, que a cláusula da subsidiariedade deve considerar os demais processos de índole objetiva e não os processos subjetivos afetos ao controle difuso de constitucionalidade.

Na ADI nº 2797/DF, que discutia a questão da prerrogativa de foro especial por exercício de função pública, o Ministro Joaquim Barbosa, citando decisão monocrática do Ministro Celso de Mello na Reclamação nº 2657/PR, fez referência ao caso *Marbury versus Madison* (1803), da Suprema Corte americana,

Verifica-se, neste caso, como dado interessante para a presente pesquisa que a referência ao precedente histórico da Suprema Corte americana foi objeto de considerações comparativas por parte de alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal, o que indica alguma abertura desses magistrados para a reflexão comparativista.

O MS-MC nº 25647/DF submeteu ao Supremo Tribunal Federal questões relativas ao processo político para destituição de mandato do Ministro da Casa Civil da Presidência da

(15.7.80) (Cf., a propósito, A. Weber, "Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Spanien", J51R, NF 34/245 (254), 1985)." Cfr. voto do Ministro Gilmar Mendes na QO-ADPF nº 54, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 27/04/2005, DJ de 31/08/2007, p. 168-169.

⁹⁰² Conclui o Ministro Gilmar Mendes: "E certo, pois, que, com a exceção da Corte Constitucional austríaca, procuram os modernos Tribunais Constitucionais assegurar sua competência para aferir a constitucionalidade das leis pré-constitucionais em face da Constituição vigente. Ressalte-se que essa idéia não se aplica de forma irrestrita para a Corte Constitucional espanhola, uma vez que, após o decurso do prazo fixado, não dispõe mais de competência para conhecer da questão no juízo abstrato. No sistema italiano, que não conhece o controle abstrato de normas, impôs-se, desde o início, a idéia de uma inconstitucionalidade superveniente." Cfr. voto do Ministro Gilmar Mendes na QO-ADPF nº 54, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 27/04/2005, DJ de 31/08/2007, p. 169.

⁹⁰³ Anota o Ministro Gilmar Mendes em seu voto: "Assim, tem o Tribunal Constitucional admitido o recurso constitucional, na forma antecipada, em matéria tributária, tendo em vista o reflexo direto da decisão sobre inúmeras situações homogêneas (Cf. BVerfGE 19/268 (273); BVerfGE 62/338 (342); v. também Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 42 ed., 1997, p. 162). A Corte considerou igualmente relevante a apreciação de controvérsia sobre publicidade oficial, tendo em vista o seu significado para todos os partícipes, ativos e passivos, do processo eleitoral (Cf. BVerfGE 62/230 (232); BVerfGE 62/117 (144); Schlaich, cit., p. 162). No que concerne ao controle de constitucionalidade de normas, a posição da Corte tem-se revelado enfática: "apresenta-se, regularmente, como de interesse geral a verificação sobre se uma norma legal relevante para uma decisão judicial é inconstitucional" (Cf. BVerfGE 91/93 (106))." Cfr. voto do Ministro Gilmar Mendes na QO-ADPF nº 54, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 27/04/2005, DJ de 31/08/2007, p. 181-182.

⁹⁰⁴ "Nessa linha de entendimento anotou o Tribunal Constitucional Espanhol: "Al haberse manifestado en este caso la voluntad del órgano jurisdiccional sobre el mismo fondo de la cuestión planteada, há de entenderse que la finalidad del requisito exigido en el art. 44, 1, 'a', de la LOTC se há cumplido, pues el recurso hubiera sido en cualquier caso ineficaz para reparar la supuesta vulneración del derecho constitucional conocido" (auto de 11.2.81, n. 19) (Cf. Almagro, Justicia Constitucional, Comentarios a la Ley Orgánica dei Tribunal Constitucional, p. 325). Anote-se que, na espécie, os recorrentes haviam interposto o recurso fora do prazo." Cfr. voto do Ministro Gilmar Mendes na QO-ADPF nº 54, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 27/04/2005, DJ de 31/08/2007, p. 182.

República brasileira, José Dirceu, por falta de decoro parlamentar, em mais um capítulo da judicialização do esquema de corrupção que ficou conhecido como Mensalão.

A discussão entre os Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa sobre dois precedentes da Suprema Corte americana⁹⁰⁵ incluíram este julgado na nossa pesquisa, com nota de importância acima da média. O debate era, mais uma vez, sobre a possibilidade de judicialização de questões atinentes ao processo instaurado, perante as Casas Legislativas, para a perda de mandato por falta de decoro político.

O Ministro Joaquim Barbosa lembrou do caso em que a Suprema Corte americana recusou-se a julgar a questão do *impeachment* de um juiz federal condenado por corrupção⁹⁰⁶. O Ministro Celso de Mello, defendendo a tese contrária, lembrou do precedente, já referido em outros julgados do Supremo Tribunal Federal⁹⁰⁷, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos invalidou uma deliberação da Câmara dos Deputados norte-americana por exceder seus poderes constitucionalmente estabelecidos.⁹⁰⁸ Tal debate foi muito interessante e os argumentos estrangeiros não foram apresentados como meros acidentes ou exortações diletantes do julgado, mas como experiências comparadas relevantes para o problema que estava sendo enfrentado.

No julgamento do RE nº 370682/SC, foram as considerações dos Ministros, em virtude de questão de ordem suscitada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, que registraram os precedentes da Suprema Corte americana. Tratava-se de uma alteração da jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, no que dizia respeito ao direito de crédito de IPI decorrente da aquisição de matéria-prima cuja entrada é isenta, não-tributada ou sujeita à

⁹⁰⁵ São eles: Caso *Powell v. Mc Cormack* (1969) e Caso *Nixon v. US* (1993), ambos da Suprema Corte americana.

⁹⁰⁶ As palavras do Ministro Joaquim Barbosa: "Há um caso bem mais recente, Ministro Celso de Mello, que envolve questão política; um caso de 1993, em que Corte Suprema do EUA recusou-se a conhecer de uma ação judicial proposta contra ato do senado que julgara precedente processo de "impeachment" contra Juiz Federal (*Nixon v. US*, 1993)." Cfr. voto do Ministro Joaquim Barbosa no MS-MC nº 25647/DF, Relator para o acórdão Ministro Cezar Peluso, julgamento em 30/11/2005, DJ de 15/12/2006, p. 393.

⁹⁰⁷ São do Ministro Celso de Mello as explicações: "Esse, porém, não é o entendimento deste Supremo Tribunal Federal, tal como manifestado quando do julgamento de diversos mandados de segurança impetrados ao longo do processo de "impeachment" do Presidente Collor. Esta Suprema Corte, mesmo tratando-se de processo impregnado de forte componente político, entendeu assistir-lhe jurisdição e competência sobre o litígio então submetido à sua apreciação, dele conhecendo por envolver alegação de desrespeito a direitos e garantias individuais invocados pelo Chefe do Poder Executivo da União." Vide voto do Ministro Celso de Mello no MS-MC nº 25647/DF, Relator para o acórdão Ministro Cezar Peluso, julgamento em 30/11/2005, DJ de 15/12/2006, p. 394.

⁹⁰⁸ Trata-se do caso *Powell v. Mc Cormack* (1969), da Suprema Corte dos Estados Unidos.

alíquota zero, e a questão de ordem trazia à reflexão a possibilidade de dar efeitos apenas prospectivos, ou seja, modular os efeitos da decisão tomada.

O Ministro Joaquim Barbosa trouxe, em sua argumentação, referência a precedentes da Corte Suprema americana para divergir da tese, prevalecente no Supremo Tribunal Federal desde 2005⁹⁰⁹, de que é possível modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade apenas para o futuro, também em sede de controle difuso. Nessa ocasião, fez-se minuciosa exposição da evolução jurisprudência da Corte Suprema dos Estados Unidos, em matéria de teoria da retroatividade x teoria da prospectividade, lembrando que o caso *Linkletter v. Walker* (1965), apesar de constituir ruptura inegável da tradição de mais de mil anos de *common law*, durou apenas 22 anos, uma vez que, em 1987, o caso *Griffith v. Kentucky* (1987) retomou a tese da nulidade retrospectiva da lei considerada inconstitucional no sistema norte americano. Segundo afirma o Ministro Joaquim Barbosa, tal tese foi confirmada em diversos outros precedentes posteriores, merecendo destaque o caso *Harper v. Virginia Department of Taxation* (1993).

Na verdade, a conclusão a que chegou a Corte Suprema brasileira, nesse caso, foi a de que não havia uma declaração de inconstitucionalidade, mas mudança de jurisprudência quanto à interpretação de uma lei. Dessa forma, o argumento fundado nas decisões estrangeiras, especialmente a jurisprudência da Suprema Corte americana, acabou por não ser útil aos debates. No entanto, o que torna esse precedente especialmente relevante para a pesquisa é que o Ministro Joaquim Barbosa, no seu voto, dialoga com tese defendida pelo Ministro Gilmar Mendes no voto proferido no HC nº 82959/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, contradizendo o argumento dos Ministros Carlos Velloso, Gilmar Mendes e Celso de Mello, sob a pecha de que a jurisprudência anteriormente citada havia sido superada pela própria Suprema Corte americana.⁹¹⁰

A ADI nº 3510/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgada em 29/05/2008, também pode ser apresentada como um dos julgados mais relevantes da jurisprudência do Supremo

⁹⁰⁹ Cfr. RE nº 442683/RS, voto do Ministro Carlos Velloso; e HC nº 82959/SP, voto do Ministro Gilmar Mendes.

⁹¹⁰ A tese contestada pelo Ministro Joaquim Barbosa já havia sido defendido no Supremo Tribunal Federal em vários precedentes: o Ministro Carlos Velloso defendeu esta tese no RE nº 442683/RS, Relator Ministro Carlos Velloso, julgamento em 13/12/2005; DJ 24/03/2006; o Ministro Gilmar Mendes também a defendeu no HC nº 82959/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 23/02/2006, DJ 01/09/2006, p. 614-615, que foi o primeiro dentre muitos outros julgados do Supremo Tribunal Federal em que o Ministro Gilmar Mendes defendeu esta tese; e pelo Ministro Celso de Mello no RE nº 377457/PR, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 17/09/2008, DJ de 19/12/2008.

Tribunal Federal em matéria de direitos fundamentais. O julgamento cingia-se à verificação da constitucionalidade da lei que permitia o uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos, sob o parâmetro do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana.

Registre-se que o voto do Ministro Ricardo Lewandowski possui capítulo apartado sobre direito comparado para analisar a questão. Nele, como também no voto do Ministro Gilmar Mendes, há referências expressas às Decisões nº 53/1985 e nº 116/1999 da Corte Constitucional da Espanha, para elucidar a tese que repudia a fecundação de embriões humanos exclusivamente com a finalidade de experimentação, mas que permite a utilização de qualquer técnica de obtenção de células-tronco embrionárias com fins terapêuticos ou de pesquisa⁹¹¹.

O voto do Ministro Gilmar Mendes faz alusão, a título exemplificativo, ao caso *Roe v. Wade* da Corte Suprema americana, bem como às decisões do Tribunal Constitucional alemão sobre o aborto⁹¹², no contexto do argumento da função exercida pelas Cortes Constitucionais quando chamadas a decidir casos de grande impacto cultural e social. Também a jurisprudência da Corte Constitucional alemã foi lembrada pelo Ministro Gilmar Mendes, que discorreu sobre a utilização do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente⁹¹³.

Este precedente, apesar de não chamar tanto a atenção sob o prisma da transjursfundamentalidade, merece atenção em estudos mais verticais, uma vez que foi precedida de audiências públicas e, nelas, certamente, o argumento transjursfundamental deve ter feito parte dos debates.

Os RE nº 349703/RS, Relator Ministro Ayres Britto e RE nº 466343/SP, Relator Ministro Cezar Peluso, julgados conjuntamente em dezembro de 2008, constituem precedentes históricos do Supremo Tribunal Federal que discutiram, dentre outros assuntos, a hierarquia normativa dos tratados internacionais no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. O Plenário do Supremo Tribunal Federal chegou à conclusão, por maioria e após

⁹¹¹ Vide voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI nº 3510/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 29/05/2008, DJ de 28/05/2010, p. 618-619.

⁹¹² São elas: BVerfGE 39, 1 (1975); BVerfGE 88, 203 (1993) do Tribunal Constitucional alemão.

⁹¹³ O precedente estrangeiro citado é o BVerfGE 88, 203 (1993), já referenciado no voto do Ministro Gilmar Mendes na QO-ADPF nº 54, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 27/04/2005, DJ de 31/08/2007, p. 102.

amplo debate, de que os tratados internacionais têm status de normas supralegais, o que significa que estão submetidas ao controle de constitucionalidade, mas têm o poder de revogar as normas ordinárias com elas incompatíveis.

No voto do Ministro Gilmar Mendes estão registrados diversos precedentes⁹¹⁴ da Corte Constitucional alemã e de outras Cortes⁹¹⁵, inclusive internacionais⁹¹⁶, que serviram como referências para os diversos pontos do debate. Por tratar-se de um caso da maior importância julgado pelo Supremo Tribunal Federal, deve-se, para efeitos do presente trabalho, apenas fazer constar que os debates sobre jurisprudência comparada não fizeram eco na decisão tomada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, uma vez que os argumentos comparativos do voto do Ministro Gilmar Mendes restaram isolados e apresentaram-se como informações diletantes, naquele contexto, não sendo objeto de debates, nem de consideração por parte dos demais Ministros.

Em abril de 2009, mais um caso que se tornou precedente histórico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi julgado. Trata-se da ação popular - PET nº 3388/RR - que discutia a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol, discutindo um conflito entre direito de propriedade de fazendeiros da região e o domínio indígena das terras por ele ocupadas desde tempos imemoriais, e tendo como argumento principal dúvidas sobre a constitucionalidade e a legalidade do processo de demarcação.

O primeiro precedente estrangeiro - internacional, na verdade -, foi lembrado no voto do Ministro Menezes Direito⁹¹⁷, afirmando-se que a comunidade internacional estava atenta para o direito de propriedade dos indígenas sobre as terras por eles ocupadas⁹¹⁸.

⁹¹⁴ São eles: "BVerfGE 89, 155 (175), BVerfGE 39:210 (230-1), BVerfGE 28, 243 (26), BVerfGE 25, 112 (117), BVerfGE 37, 132 (140), BVerfGE 50, 290 (340), BVerfGE 42, 263 (294), BVerfGE 31, 229 (240), BVerfGE 37, 132 (140), BVerfGE 50, 290 (339), BVerfGE 52, 1 (27), BVerfGE 66, 76, BVerfGE 58, 300 (300), BVerfGE 52, 1 (26), BVerfGE 71, 230 (247); Caso *Factortame Ltd. v. Secretary of State for Transport* (N.2) (1991); Caso *Factortame Ltd. v. Secretary of State for Transport* (93 ILR, p. 652), Caso *Maastricht na Alemanha e na Espanha*; Caso *Namíbia*: Corte Internacional de Justiça."

⁹¹⁵ Destaque para a *House of Lords* do Reino Unido e para o Tribunal Constitucional da Alemanha e da Espanha.

⁹¹⁶ Corte Internacional de Justiça.

⁹¹⁷ Tratava-se do Caso *Awás Tingni* da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Cfr. voto do Ministro Menezes Direito na PET nº 3388/RR, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 19/03/2009, DJ de 25/09/2009, p. 398.

⁹¹⁸ São palavras do Ministro Menezes Direito nesse sentido: "Veja-se recente decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Awás Tingni* que aplicou sanções à Nicarágua por entender que houve violação do direito de propriedade dos indígenas sobre suas terras, bem como ao seu bem-estar e integridade cultural. Isso revela que a comunidade internacional não medirá esforços para tentar aplicar aos Estados-Membros suas posições quanto a esses direitos." Cfr. voto do Ministro Menezes Direito na PET nº 3388/RR, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 19/03/2009, DJ de 25/09/2009, p. 398.

O voto do Ministro Marco Aurélio fez referência ao caso *Delgamuukw v. British Columbia* (1997) da Suprema Corte do Canadá, com o fim de sustentar sua proposta de que os indígenas da Reserva Raposa Serra do Sol fossem consultados antes de o Estado tomar qualquer decisão⁹¹⁹. Ainda no voto do Ministro Marco Aurélio constou uma referência ao caso *Bush v. Gore* (2000) da Suprema Corte dos Estados Unidos, como um exemplo negativo de atuação da Suprema Corte daquele país, que não poderia ser repetido no caso sob o crivo do Supremo Tribunal Federal.

O Ministro Gilmar Mendes lembrou em seu voto, a título de exemplo - como ele próprio advertiu -, os casos *Caso Brown v. Board of Education* que superou o entendimento da doutrina "*separate but equal*" firmada no *Caso Plessy v. Ferguson*, e também o *Caso Brown II*, em que a Suprema Corte americana delegou aos tribunais locais a execução da decisão tomada no primeiro caso e a apreciação de todos os incidentes de execução. A jurisprudência norte-americana foi lembrada para dar sustentação à proposta do Ministro Gilmar Mendes de que a execução da decisão tomada no *Caso Raposa Serra do Sol*, bem como todos os seus incidentes, fosse delegada ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Também consta do voto do Ministro Gilmar Mendes referências a precedentes do Tribunal Constitucional alemão⁹²⁰ que trataram de peculiaridades do pacto federativo, especialmente do princípio da lealdade federativa, que no caso concreto sob análise, concretizava-se como obrigação de reconhecer-se direito de participação - direito de voz e voto - no procedimento demarcatório de terras indígenas⁹²¹.

Por tratar-se de um caso singular e muito relevante da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as referências estrangeiras ganham proeminência nas teses apresentadas, pois certamente ecoarão em precedentes de outros tribunais estrangeiros quando esta decisão for objeto de estudos nacionais e estrangeiros sobre o tema.

A ADPF nº 130/DF, sob a relatoria do Ministro Ayres Britto, chamou a atenção pela riqueza dos debates e pela quantidade de referências a precedentes estrangeiros feitas pelos

⁹¹⁹ Cfr. voto do Ministro Marco Aurélio na PET nº 3388/RR, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 19/03/2009, DJ de 25/09/2009, p. 630.

⁹²⁰ São eles: BVerfGE 1,299 (315)1; BVerfGE 70, 288 do Tribunal Constitucional alemão.

⁹²¹ Cfr. voto do Ministro Gilmar Mendes na PET nº 3388/RR, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 19/03/2009, DJ de 25/09/2009, p. 825.

Ministros da Corte. Nos registros oficiais do sítio do Supremo Tribunal Federal é o caso da Corte que tem o maior número de decisões estrangeiras referenciadas⁹²².

Os primeiros casos, vindos da jurisprudência da Suprema Corte americana⁹²³, foram lembrados no voto do Ministro Menezes Direito com o objetivo de dar exemplos comparados da concretização da liberdade de expressão, lembrando que tal liberdade integra, necessariamente, o conceito de democracia política, porquanto significa uma plataforma de acesso ao pensamento e à livre circulação de ideias.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol⁹²⁴ foi trazida no voto do Ministro Celso de Mello, que como já havia registrado no julgamento da medida cautelar desse mesmo processo, confirmou sua tese de que a liberdade de informação revela-se como um dos suportes axiológicos do regime democrático⁹²⁵.

Para ressaltar a importância da liberdade de expressão, o Ministro Celso de Mello valeu-se também de precedentes da Suprema Corte americana, especialmente do Caso

⁹²² Ao todo são 24 decisões, a saber: Caso *Patterson vs. Colorado* (1907) da Suprema Corte dos Estados Unidos; Caso *Abrams vs. United States* (1919) da Suprema Corte dos Estados Unidos; Caso *Whitney vs. Califórnia* (1927) da Suprema Corte dos Estados Unidos; Caso *United States vs. Williams* (2008) da Suprema Corte dos Estados Unidos; Caso *New York Times vs. Sullivan* (1964) da Suprema Corte dos Estados Unidos; Sentenças nº 6/1981, nº 12/1982, nº 104/1986 e nº 171/1990 do Tribunal Constitucional da Espanha; Caso *Handyside*: Sentença do Tribunal Europeu de Direitos Humanos de 07/12/1976; Caso *Schenck v. United States* (1919) da Suprema Corte dos Estados Unidos; Caso *Virginia v. Black* (2003) da Suprema Corte dos Estados Unidos; Caso *Abrams v. United States* (1919) da Suprema Corte dos Estados Unidos; Caso *Lüth* (BVerfGE 7, 198, 1958) do Tribunal Constitucional da Alemanha; Caso *Pierce v. United States* (1920) da Suprema Corte dos Estados Unidos; *Gitlow v. New York* (1925) da Suprema Corte dos Estados Unidos; *Rosenblatt v. Baer* (1966) da Suprema Corte dos Estados Unidos; *Curtis Publishing Co. v. Butts* (1967) da Suprema Corte dos Estados Unidos; *Associated Press v. Nalker* (1967) da Suprema Corte dos Estados Unidos; *Rosenbloom v. Metromedia* (1971) da Suprema Corte dos Estados Unidos; Caso *Spiegel* (BVerfGE 20, 62, 1966) Tribunal Constitucional da Alemanha; *Schmid-Spiegel* (BVerfGE 12, 113, 1961) do Tribunal Constitucional da Alemanha; *Blinkfüer* (BVerfGE, 25, 256, 1969) do Tribunal Constitucional da Alemanha; *Solidaritätsadresse* (BVerfGE 44, 197, 1977) do Tribunal Constitucional da Alemanha; Caso *Mephisto* (BVerfGE 30, 173, 1971) do Tribunal Constitucional da Alemanha; Caso *Lebach* (BVerfGE 35, 202) do Tribunal Constitucional da Alemanha; Caso *Factortame Ltd. v. Secretary of State for Transport* (93 ILR, p. 652).

⁹²³ São eles: Caso *Patterson vs. Colorado* (1907) da Suprema Corte dos Estados Unidos; Caso *Abrams vs. United States* (1919) da Suprema Corte dos Estados Unidos; Caso *Whitney vs. Califórnia* (1927) da Suprema Corte dos Estados Unidos; Caso *United States vs. Williams* (2008) da Suprema Corte dos Estados Unidos; Caso *New York Times vs. Sullivan* (1964) da Suprema Corte dos Estados Unidos. Cfr. voto do Ministro Menezes Direito na ADPF nº 130/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 30/04/2009, DJ de 06/11/2009, p. 89-90; 94. O caso *New York Times vs. Sullivan* (1964) também foi referenciado pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto, vide p. 211.

⁹²⁴ Vide: Sentenças nº 6/1981, nº 12/1982, nº 104/1986 e nº 171/1990 do Tribunal Constitucional da Espanha; caso *Handyside* (Sentença de 07/12/1976) e caso *Lingens* (Sentença de 08/07/1986) da Corte Européia de Direitos Humanos. Cfr. voto do Ministro Celso de Mello na ADPF nº 130/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 30/04/2009, DJ de 06/11/2009, p. 152-153.

⁹²⁵ Essas referências estão reproduzidas no voto do Ministro Celso de Mello na RCL nº 9428/DF, Relator Ministro Cezar Peluso, julgamento em 10/12/2009, DJ de 25/06/2010, p. 262 e ss.

Virginia v. Black (2003), em que aquela Corte considerou constitucional norma que punia, como crime, o ato de queimar uma cruz.

Chama a atenção nesse caso a abundância de referências a precedentes estrangeiros e internacionais, o que pode ser explicado em virtude de ser a liberdade de imprensa e de expressão serem temas da maior relevância para os países democráticos, de forma que o fato de a discussão ter sido enriquecida, principalmente em virtude dos votos dos Ministros que se utilizaram do método comparativo para construir seus argumentos, pelos fundamentos de decisões de cortes de outras nações, revela-se digno de destaque no presente trabalho.

Por fim, em 16 dezembro de 2009, foi julgado um dos casos mais emblemáticos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em matéria de direitos fundamentais dos estrangeiros em sede de extradição⁹²⁶. Tratava-se da EXT nº 1085/Itália, Relator Ministro Cezar Peluso, em que se discutia a possibilidade de extraditar Cesare Battisti, nacional italiano que morava no Brasil há muitos anos, cuja extradição foi postulada pela Itália em virtude de condenação pela prática de homicídios qualificados naquele país.

Os Casos *Santobello x New York* (1971) e *Brady v. United States* (1970) da Suprema Corte americana foram lembrados no voto do Ministro Cezar Peluso quando ele discutia o instituto da delação premiada, anotando que a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu sua constitucionalidade, validade e eficiência como instrumento de política criminal e que o Supremo Tribunal Federal também lhe reconhece validade como expediente de investigação e até a condição de prova subsidiária.⁹²⁷

O Caso *Beschluss* (BVerfGE 66, 1996) foi referenciado no voto do Ministro Gilmar Mendes quando tratava da necessidade de diferenciação de regimes entre o crime político e o crime de opinião, afirmando que a jurisprudência internacional já havia pontuado a necessidade dessa diferenciação. No contexto desse mesmo argumento, porém de forma indireta pela voz de doutrinadores, foram também mencionados diversos precedentes da Suprema Corte Americana⁹²⁸, alguns deles referentes às atividades terroristas do Grupo IRA

⁹²⁶ EXT nº 1085/Itália, Relator Ministro Cezar Peluso, julgamento em 16/12/2009, DJ de 16/04/2009.

⁹²⁷ Cfr. voto do Ministro Cezar Peluso na EXT nº 1085/Itália, Relator Ministro Cezar Peluso, julgamento em 16/12/2009, DJ de 16/04/2009, p. 102-103.

⁹²⁸ São eles: McMullen case (1980); Eain case (1980); Re Piperno case (1980); US v. Mackin (1981); Government of Belgium v. Postlethwaite (1987); R. v. Chief Metropolitan Magistrate, ex parte Secretary of State for the Home Department (1988). Cfr. voto do Ministro Gilmar Mendes na EXT nº 1085/Itália, Relator Ministro Cezar Peluso, julgamento em 16/12/2009, DJ de 16/04/2009, p. 462.

(Irish Republican Army) e da jurisprudência inglesa⁹²⁹, sempre com o intuito de tentar uma caracterização específica para o crime político.

As discussões travadas no Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Extradicação de Cesare Battisti foram ricas e da maior relevância para a jurisprudência da Corte, porém os precedentes estrangeiros foram usados de forma ilustrativa e diletante pelos Ministros, de forma que não se apresentaram de forma destacada para o tema da transjursfundamentalidade.

A data de 05/05/2011 tornou-se histórica para o Supremo Tribunal Federal em virtude do julgamento da ADI nº 4277/DF e da ADPF nº 132/DF, ambas sob a relatoria do Ministro Ayres Britto. A discussão posta perante a Corte Suprema brasileira era a possibilidade, ou não, de equiparação das uniões estáveis homoafetivas às uniões estáveis entre homem e mulher.

O voto do Ministro Marco Aurélio registrou o Caso *Loayza Tamayo versus Peru*, o Caso *Cantoral Benavides versus Peru* e o Caso *Gutiérrez Soler versus Colômbia*, todos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para lembrar que é de ser reconhecida, como o faz a Corte Interamericana há muito tempo, proteção jurídica ao projeto de vida das pessoas, tendo em vista que este constitui uma parte essencial do conteúdo existencial da dignidade da pessoa humana⁹³⁰.

⁹²⁹ A lista de precedentes trazida pelo Ministro Gilmar Mendes nesse contexto é muito extensa, mas não foi considerada de forma qualitativa, de forma que não pode ser mencionada como relevante. A título de curiosidade ei-la: In re Castioni (1891) 1 QB 149; In re Meunier (1894) 2 QH 415; R. v. Governor of Brixton Prison, ex. p. Kolczynski (1955) 1 QB 540; Schtraks v. Government of Israel (1964) AC 556; ILR 33, 319; R. v. Governor of Brixton Prison, ex. p. Kotronis (1969) 3 All ER 304, 306-7, Lord Parker, CJ; Re Gross and Others (1968) 3 All ER 804, 807-10, Chapman, J.; Cheng v. Governor of Pentonville Prison (1973) AC 931, HL; R. v. Governor of Brixton Prison, ex. p. Keane (1971) 2 WLR 194, DC; (1971) 2 WLR 1243, HL; R. v. Governor of Winson Green Prison, ex. p. Littlejohn (1975) 1 WLR 893, DC; Gutteridge, 31 BY (1954), 430-6; Evans 57 AJ (1963), 1-24; Wortley, 45 BY (1971). 219-53; Hungarian Deserter case, ILR 28, 343; Algerian Irregular Army case, ILR 32, 294; Jimenez v. Aristeguieta, 311 F. 2d 547 (1963); ILR 33, 353; The State v. Schumann, ILR 39, 433; Public Prosecutor v. Sind, ILR 40, 214; Karadzole v. Artukovic, 247 F. 2d 198; ILR 24 (1957), 510; 170 F. Supp. 383, ILR 28, 326; In re Gonzalez, 217 F. Supp. 717; ILR 34, 139; Digest of US Practice (1975) 168-75; State of Japan v. Mitsuyo Kono, ILR 59, 472; Kroeger v. Swiss Federal Prosecutor's Office, ILR 72, 606; Watin v. Ministere Public Federal, *ibid.* 614; Della Savia v. Ministere Public, *ibid.* 619; T. v. Swiss Federal Prosecutor's Office, *ibid.* 632; In the Trial of F.E. Steiner, ILR 74, 478; Baader-Meinhof Group case, *ibid.* 493; Folkerts v. Public Prosecutor, *ibid.* 498; Croissant, *ibid.* 505; Yugoslav Terrorism case, *ibid.* 509; ILR, Vol. 79, index; Lujambio Galdeano, ILR 111, 505. Cfr. voto do Ministro Gilmar Mendes na EXT nº 1085/Itália, Relator Ministro Cezar Peluso, julgamento em 16/12/2009, DJ de 16/04/2009, p. 455-456.

⁹³⁰ Cfr. voto do Ministro Marco Aurélio na ADI nº 4277/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 05/05/2011, DJ de 14/10/2011, p. 818-819.

Já o voto do Ministro Celso de Mello fez apanhado da jurisprudência da Corte Suprema americana que reconhece o princípio constitucional implícito da busca da felicidade como um importante vetor hermenêutico relativo a temas de direitos fundamentais⁹³¹. Trata-se de mais um caso emblemático do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e do reconhecimento de isonomia às relações jurídicas afetivas. Precedente histórico que justifica a referência às decisões de outras Cortes, ainda que não seja referência específica, ou seja, a casos necessariamente idênticos aos submetidos à análise da Corte Suprema brasileira.

Desse relatório crítico foi possível constatar que o argumento transjusfundamental vem ganhando alguma consistência qualitativa e, principalmente, quantitativa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nos últimos anos, e que os Ministros mais novos na Corte têm estado mais atentos e comprometidos com a referência a precedentes estrangeiros como parte da fundamentação de seus votos.

Não se pode dizer, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal é uma Corte Suprema vinculada ao paradigma do Estado Constitucional comparativo, nem muito menos que tem consciência da transjusfundamentalidade como metódica adequada para a concretização dos direitos fundamentais.

O que se pode afirmar é que há um caminho trilhado e que resta aos profissionais, acadêmicos e sobretudo aos interlocutores mais diretos da Corte, sejam advogados públicos e privados, sejam membros do Ministério Público, ou mesmo a imprensa e sociedade civil organizada, chamarem a atenção para este fenômeno dos diálogos judiciais transnacionais que tem se destacado em Cortes de todo o mundo.

Observando-se, principalmente, as decisões do Supremo Tribunal Federal desses primeiros anos do século XXI, não há como negar que houve incremento tanto quantitativo quanto qualitativo em relação à transjusfundamentalidade. Não se constata, é verdade, tendência uniforme da Corte, como política institucional segura, para a abertura aos diálogos judiciais transnacionais, mas disponibilidade individual de alguns de seus Ministros à

⁹³¹ O mesmo argumento e os mesmos precedentes também podem ser encontrados nos votos do Ministro Celso de Mello na ADPF nº 132/RJ, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 05/05/2011, DJ de 14/10/2011, p. 252-253; e RE-AgR nº 477554/MG, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 16/08/2011, DJ de 26/08/2011, p. 308-309.

jurisprudência estrangeira como fundamento relevante na construção de seus argumentos jusfundamentantes.

Sendo as referências a precedentes estrangeiros apenas um dos possíveis indícios de transjusfundamentalidade, é importante também destacar que o fato de existir a marcação oficial disponibilizada no sítio da Corte, bem como um portal internacional com banco de decisões do Supremo Tribunal Federal traduzidas em linguas estrangeiras, além de banco com decisões de outras Cortes Constitucionais, assim como a participação do Supremo Tribunal Federal em diversos fóruns de Cortes destinados ao fim de intercâmbio entre magistrados, dentre os quais se destaca a Comissão de Veneza, reforça a conclusão de que há tendência, pelo menos instrumental, do Supremo Tribunal Federal à abertura aos diálogos judiciais transnacionais, ou seja, à transjusfundamentalidade.

BIBLIOGRAFIA

ACKERMAN, Bruce. The rise of world constitutionalism, in *Virginia Law Review*, v. 83, n. 4, p. 771-797, 1997.

ADLER, Matthew D. Can constitutional borrowing be justified? A comment on Tushnet, in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, v. 1, n. 2, p. 350-357, 1998, Disponível em: [https://www.law.upenn.edu/journals/conlaw/articles/volume1/issue2/Adler1U.Pa.J.Const.L.350\(1998\).pdf](https://www.law.upenn.edu/journals/conlaw/articles/volume1/issue2/Adler1U.Pa.J.Const.L.350(1998).pdf) Acessado em: fevereiro de 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo : Malheiros, 2008.

ALFORD, William P. On the limits of 'Grand Theory' in comparative law, in *Washington Law Review*, vol. 61, p. 945-952, 1986.

ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do Direito Comparado**, trad. Sérgio José Porto. Porto Alegre, Editora Fabris, 1980.

ARANHA, Márcio I. **Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais**. São Paulo : Editora Atlas, 1999.

BARTOLE, Sergio, Final Remarks: The Role of the Venice Commission, in: *Review of Central and East European Law* 26 (2000), 351 e ss.

BASILE, Juliano. Entrevista com Peter Haberle, in Valor Econômico – Suplemento Eu & Fim de Semana, 22/11/2008, in **Revista Eletrônica Conjur**, disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-nov-22/teses_alemao_peter_haberle_influenciam_supremo; acessado em 15/11/2011.

BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; LOIS, Cecilia Caballero. Beyond the borders of the constitution: cross-fertilization and global constitutionalism, *Paper presented at the annual meeting of the The Law and Society Association, Grand Hyatt, Denver, Colorado*, May 25, 2009 Disponível em: <http://www.allacademic.com/meta/p303141_index.html>; acessado em 02/11/12, p. 4-5.

BEATTY, David M. *Constitutional law in theory and practice*, 1 ed. University of Toronto Press, Scholarly Publishing Division, 1995.

BENTELE, Ursula. *Mining for gold: the constitutional court of South Africa's experience with comparative constitutional Law*. Disponível em: works.bepress.com/context/ursula_bentele/article/1014/type/native/viewcontent/; Acessado em 16/09/08.

BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos poderes na Constituição brasileira, in **Revista de Direito Público**, ano XIV, julho/dez 1981.

_____. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010.

CALSAMIGLIA, A. *Ensayo sobre Dworkin*. In DWORKIN, R. **Los derechos en serio**. Trad. Marta Guastavino. Barcelona : Editorial Ariel, 1989.

CANOTILHO, J. J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 1999.

_____. **Direito Constitucional**, Coimbra: Editora Almedina, 1991.

_____. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed., Coimbra : Almedina, 2008.

_____. Estado de Direito, in **Cadernos Democráticos**, vol. 7. Lisboa :Gradiva Publicações Ltda, 1999.

CAPPELETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre : Sergio Fabris Editor, 1993.

CARMERLENGO, Quirino. *Dialogue among courts: towards a cosmopolitan constitutional law*. Pavia : Pavia University Press, 2012.

CHAIMOVICH, Mariana Midea Cuccovi. **A utilização da jurisprudência estrangeira no Supremo Tribunal Federal**, Monografia SBDP (2006), Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/84_Mariana%20Chaimovich.pdf ; acessado em 02/11/2012.

CHOUDHRY, Sujit (org.). *The migration of constitutional ideas*. New York : Cambridge University Press, 2006.

CLEVE, Clemerson Merlin. **Desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais**. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=441; Acessado em em 09/11/10.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica - fragmentos**. São Paulo : IDP/Saraiva, 2010.

_____. et all. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília : Brasília Jurídica, 2000.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. O problema das excessivas citações doutrinárias no STF, in **Revista Conjur: Observatório da Jurisdição Constitucional**.

Disponível: <http://www.conjur.com.br/2012-set-15/observatorio-constitucional-problema-citacoes-doutrinas-stf>; Acessado em 02/11/2012.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo : Martins Fontes, 2004.

DESPOUY, Leandro O. Perspectives on Judicial Dialogue and Cooperation: Keynote Address, in *Harvard International Law Journal*, v. 48, p. 48-53, 2007, p. 53. Disponível em: <http://www.harvardilj.org/online/107>; acessado em novembro/2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, Introdução. Trad. Nelson Boeira. São Paulo Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo Martins Fontes, 2000.

EWALD, William. *Comparative jurisprudence (II): The logic of legal transplants*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 43, p. 489-506, 1995.

FERRAJOLI, Luigi; MANERO, Juan Ruiz. *Dos modelos de constitucionalismo*. Madrid : Editorial Trotta, 2012.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **A ciência do Direito**, 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1980.

FIX-ZAMUDIO, Hector. Tendencias actuales del derecho comparado, Disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1793/5.pdf>, Acessado em 18/09/2012.

FLETCHER, George P. Comparative law as a subversive discipline, in *The American Journal of comparative law*, v. 46, n. 4, p.683-700, 1998.

FONTANA, David, *The Next Generation of Transnational/Domestic Constitutional Law Scholarship: A Reply to Professor Tushnet*, 38 Loy. L.A. L. Rev. 445 (2004). Disponível em: <http://digitalcommons.lmu.edu/ljr/vol38/iss1/8>; Acessado em 02/11/12.

FRANKENBERG, Günter. Critical comparisons: re-thinking comparative law, in *Harvard International Law Journal*, v. 26, p. 411-455, 1985.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O realismo jurídico norte-americano, a tese de Charles Beard e a experiência constitucional internacional contemporânea. **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 12](#), [n. 1629](#), [17 dez. 2007](#) . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/10771>>. Acesso em: 19/ fev/2013.

GROVE, Tara Leigh. The international judicial dialogue: when domestic Constitutional Courts join the conversation, in *Faculty Publications*, paper nº 1226, 2001. Disponível em: <http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/1226> Acessado em fevereiro de 2013.

HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*, trad. Hector Fix-Fierro. México : Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

_____. **Hermenêutica Constitucional.** A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Brasil: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____. *La Constitución como cultura*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, v. 6, ano 2002, Madrid : Centro de Estudios Políticos y constitucionales, p. 177-198.

_____. *Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, trad. Emilio Mikunda. Madri : Editorial Tecnos, 2002.

_____. **Sociedade aberta de intérpretes da Constituição**, Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Editora Fabris, 1997.

_____. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Trad. Emilia Mikunda. Madrid : Tecnos, 2000.

_____. KOTZUR, Markus. **De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano**, Trad. Héctor Fix-Fierro. Mexico : Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003.

Haidar, Rodrigo. Acesso à Justiça não é só o direito de ajuizar ações. Entrevista com Marcelo Neves, in **Revista Eletrônica Conjur**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jul-12/fimde-entrevista-marcelo-neves-professor-conselheiro-cnj> Acessado em 25/09/2011.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**, tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas/SP : Ed. Russel, 2003.

HESSE, Konrad. **Força normativa da Constituição**, tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sérgio Fabris Editor, 1998.

_____. **Temas fundamentais do Direito Constitucional: Conceito e peculiaridade da Constituição**, tradução Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: IDP/Saraiva : 2009.

HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**, trad. Marcio Suzuki. Aparecida/SP : Ideias & Letras, 2006.

JACKSON, V.; TUSHNET, M. (org.). *Defining the field of comparative constitutional law*. Westport: Fraeger, 2002.

_____. Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement. In: **Harvard Law Review**, v. 119, p. 109-128;

_____. **Narratives of federalism: of continuities and comparative constitutional experience.** Disponível em <<http://www.law.duke.edu/journals/dlj/articles/dlj51p223.htm>> . Acesso em: 16 mar. 2006.

_____. **Yes please, I'd Love to Talk With You: the court has learned from the rest from the world before. It should continue to do so.** Disponível em: <<http://www.legalaffairs.org/printerfriendly.msp?id=588>>. Acesso em: 11 out. 2005.

JACOBS, Francis G., Judicial dialogue and the cross-fertilization of legal systems: the European Court of Justice, in *Texas International Law Journal*, vol. 38, p. 547-556, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Desenvolvimento, tarefas e métodos do direito penal comparado.** Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre : Editora Sergio Fabris, 2006.

JOWELL, Jeffrey. *The Venice Commission - Disseminating Democracy through Law*, in *Public Law 2001*. Disponível em: www.venice.coe.int/site/articles/articles.asp Acessado em 12/10/2010.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo.** São Paulo : Almedina Brasil, 2011.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição, in **Jurisdição Constitucional**, trad. Alexandre Krug; Eduardo Brandão; Maria Emantina Galvão. São Paulo : Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria Pura do Direito**, Trad. João Baptista Machado. São Paulo : Martins Fontes, 2003.

KNIGHT, Jack; EPSTEIN, Lee. Constitutional borrowing and nonborrowing, in *I.Con – Oxford University Press and New York University School of Law*, v. 1, n. 2, p.196-223, 2003. Disponível em: <http://epstein.law.northwestern.edu/research/conborrow.pdf> Acessado em: novembro de 2012.

KNOP, Karen. Here and There: International Law in Domestic Courts, in *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 32, ano 2000.

LAMBERT, Helene. Transnational judicial dialogue, harmonization and the common european asylum, in *International & Comparative Law Quarterly*, v. 58, p. 519-543, 2009. Disponível em: http://www.academia.edu/174436/Transnational_Judicial_Dialogue_Harmonization_and_the_Common_European_Asylum_System Acessado em: fevereiro de 2013.

LAW, David S.; CHANG, Wen-Chen. The limits of global judicial dialogue, in *Washington Law Review Association*, v. 86, p.523-577, 2011, p. 524. Disponível em:

<https://digital.lib.washington.edu/dspace-law/handle/1773.1/1061> Acessado em fevereiro de 2012.

LEGRAND, Pierre. *The impossibility of legal transplants*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 4, ano 1997, p. 111-124.

L'HEUREUX-DUBÉ, Claire. The importance of dialogue: globalization and the international impact of the Rehnquist Court, in *Tulsa Law Journal*, v. 34, n. 15, p. 15-ss, 1998.

LITTLEPAGE, Kelley. Transnational judicial dialogue and evolving jurisprudence in the process of european legal integration (Draft). European Union Studies Association: Twelfth Biennial International Conference, 2011, Boston Massachusetts. Disponível em: http://euce.org/eusa/2011/papers/9b_littlepage.pdf Acessado em dezembro de 2012.

LLOYD, David G.; SCHOEN, Daniel J. Self- and Cross-Fertilization in Plants: functional dimensions, in *International Journal of Plant Sciences*, vol. 153, n. 3, p. 358-369 September 1992. Disponível em: <http://biology.mcgill.ca/faculty/schoen/Reproductive%20System%20Evolution%20Pubs/LloydandSchoen.pdf> Acessado em Janeiro de 2013.

MARRAMAIO, Giacomo. O mundo e o ocidente hoje – O problema de uma esfera pública global. Texto apresentado no Seminário “Direito, política e tempo na era global”, promovido pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas, nos dias 06 e 07 de junho de 2007. Traduzido pela Professora Flaviane de Magalhães Barros.

MCCRUDDEN, Christopher. A common law of human rights? transnational judicial conversations on constitutional rights, in *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 20, n. 4, p. 499-532, 2000.

MENEZES, Wagner (coord). **Estudos de direito internacional**, vol XXI, Anais do 9º Congresso Brasileiro de Direito Internacional/2011, Curitiba : Juruá, 2011.

MICHAELS, Ralf. *The Functionalist Method of Comparative Law*, in REIMANN, Mathias & ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford handbook of comparative law*, Oxford: Oxford University Press, 2006.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

NELKEN, David; FEEST, Johannes (org.). *Adapting Legal Cultures*. Hart Publishing (Oñati International Series in Law & Society, vol. 5), 2001.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009.

OLIVEIRA, Maria Ângela Jardim de Santa Cruz. Judicial diplomacy: the role of the

Supreme Courts in Mercosur legal integration, in *Harvard International Law Journal*, v. 48, 2007, p. 93-94. Disponível em: <http://www.harvardilj.org/online/114>; acessado em novembro/2012.

ÖRÜCÜ, Esin. Critical comparative law: considering paradoxes for legal systems in transition, in *Electronic Journal of Comparative Law*, v. 41, 2000. Disponível em: <http://www.ejcl.org/41/abs41-1.html> Acessado em: fevereiro de 2013.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**, tradução Maria Luisa Ribeiro Ferreira. Lisboa : Edições 70, 2006.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional**. Série de Teoria Jurídica y Filosofía del derecho, n. 23, Bogotá/Colombia, 2002.

PERJU, Vlad. *Constitutional transplants, borrowing, and migrations*, in *Boston College Law School Papers*, paper n° 360, ano 2012. Disponível em: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/lspf/360>; acessado em 04/11/2012.

PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao Direito Constitucional europeu**. Coimbra : Almedina, 1997.

POPPER, Karl Raimund. **Textos escolhidos**, trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro : Contraponto – Ed. Puc-Rio, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial - parâmetros dogmáticos**. São Paulo : Saraiva, 2010.

ROSENFELD, Michel (ed). *Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy: theoretical perspectives*. Durham; London: Duke University Press, 1994.
ROSENKRANTZ, Carlos F. Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law, in *International Journal of Constitutional Law*, v. 1, n. 2, p. 269-295, 2003.

SACCO, Rodolfo. *Legal formants: a dynamic approach to comparative law*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 39, p. 1-34, 1991.

SARLET, Ingo W. **Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria dos Advogados, 1998.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Metodologia jurídica**, trad. Hebe Marengo. Campinas/SP : Edicamp, 2001.

SCHAUER, Frederick. On the migration of constitutional ideas, in *Connecticut Law Review*, v. 37, p. 907 e ss, 2005.

SCHEECK, Laurent. *Constitutional activism and fundamental rights in Europe: common interests through transnational socialisation*. Disponível em: www.polilexes.com/.../constitutional_activism.pd... Acessado em: fevereiro de 2013.

_____. *The Socialization of the Judges of Supranational Courts in Europe and its Effects on Regional Integration* Disponível em: www.garnet.sciencespobordeaux.fr/.../SCHEEK... Acessado em: fevereiro de 2013.

SCHENEIDER, Sergio; SCHIMITT, Claudia Job. O uso do método comparativo nas ciências sociais, in **Cadernos de Sociologia**, Porto Alegre, v. 09, p. 49-87, 1998.

SCHIMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid : Alianza, s.d.

_____. **O guardião da Constituição**, Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte : Editora Del Rey, 2007.

SEGADO, Francisco Fernández. A obsolência da bipolaridade tradicional (modelo americano-modelo europeu-kelseniano) dos sistemas de justiça constitucional. Tradução: Pedro Buck Avelino. **Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos**, São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Dogmática Constitucional: perspectivas da técnica jurídica para estudo e pesquisa do Direito Constitucional no século XXI, in **Direito Público**, ano V, nº 17, jul/set 2007, p. 85-112.

_____. Estado constitucional cooperativo: o futuro do Estado e da interpretação constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle, in **Revista Jurídica/Presidência da República**, vol. 7, n. 72, maio 2005 [internet] disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica.htm Acessado em 30/10/11;

_____. Interpretação constitucional à luz da comunidade de princípios, in **Estado de Direitos Fundamentais** – Livro em homenagem aos 10 anos do Núcleo de Estudos Constitucionais - NEC, no prelo.

_____. Tensões entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional: uma necessária revisitação do conceito de Soberania, in MENEZES, Wagner (coord). **Estudos de direito internacional**, vol XXI, Anais do 9º Congresso Brasileiro de Direito Internacional/2011. Curitiba : Juruá, 2011, p. 450 e ss.

_____. A interpretação constitucional e a doutrina de Ronald Dworkin, in **Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal**, nº 06, dez/2001, p. 167-180.

_____. Do Estado de Direito ao Estado Constitucional: por um novo-velho paradigma de Estado, in sítio do **Núcleo de Estudos Constitucionais**. Disponível em: <http://necbrasil.com.br/?p=484>; Acessado em 03/11/2012.;

_____. Estado constitucional cooperativo: o futuro do Estado e da interpretação constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle, in **Revista Jurídica/Presidência da República**, vol. 7, n. 72, maio 2005 [internet] disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica.htm Acessado em 25/07/05.

_____. Função da Jurisdição no Estado Constitucional Brasileiro, in **Observatório da Jurisdição Constitucional**, v. 4, p. 1-27, 2010.

_____. **Hermenêutica de direitos fundamentais**. Brasília : Brasília Jurídica, 2005.

_____. Supremo Tribunal de direitos fundamentais: papel do STF no Estado Constitucional brasileiro, *in* sítio do **Núcleo de Estudos Constitucionais**. Disponível em: <http://necbrasil.com.br/?p=623&print=1>; Acessado em 03/11/2012.

_____. Vinte anos da Comissão de Veneza: a cooperação judiciária na experiência europeia de democracia através do Direito, *in* **Observatório da Jurisdição Constitucional**, ano 4, 2010-2011. Disponível em: www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/issue/.../3... Acessado em: novembro de 2012.

_____. CARNEIRO, Gustavo (coord). **Controle de constitucionalidade & direitos fundamentais**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010.

SITARAMAN, Ganesh. The use and abuse of foreign law in constitutional interpretation, *in* **Harvard Law Journal of Law & Public Policy**, v. 32, n. 02, p. 653-693, 2009. Disponível em: www.harvard-jlpp.com/wp.../sitaraman_final.pdf - Acessado em: fevereiro de 2013.

SKOCPOL, Theda; SOMERS, Margaret. The uses of comparative history in macrosocial inquiry. *In* **Comparative studies in Society and History**, vol. 22, n° 2 (Apr. 1980), p. 174-197. Disponível em: <http://homepages.wmich.edu/~plambert/comp/skocpol-somers.pdf> Acessado em 28/10/2011.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts, *in* **Harvard International Law Journal**, v. 44, p. 191-219, 2003, p. 195. Disponível em: <http://www.princeton.edu/~slaught/articles.html>. acessado em outubro/2012.

SMALL, Richard. *Towards a theory of contextual transplants*, *in* **Emory International Law Review**, vol. 19, p. 1432-1433, 2005.

SMEND, Rudolf. **Constitucion y Derecho Constitucional**, Trad. José Maria Beneyto Pérez. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SMITH, Carsten. The Supreme Court in present-day society, *in* **The Supreme Court of Norway** 96, Stephan Tschudi-Madsen ed, 1998.

SOUZA, José Guilherme. **A criação judicial do Direito**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1991.

STARCK, Christian (org.) **Constitutionalism, universalism and democracy: a comparative analysis**. Baden-Badens: Nomos Verlagsgesellschaft, p. 71-134, 1999.

SUNSTEIN, Cass. R. **One case a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

SUTO, Ryan. *Judicial Diplomacy: The International Impact of the Supreme Court*, JURIST - Dateline, July 15, 2011. Disponível em: <http://jurist.org/dateline/2011/07/ryan-suto-judicial-diplomacy.php>. Acessado em: fevereiro de 2013.

TEBBE, Nelson; TSAI, Robert L. Constitutional Borrowing, in *Michigan Law Review*, v. 108, p. 459-522, 2010, p. 463. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1392122 Acessado em: fevereiro de 2013.

TUSHNET, Mark V. *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, in *The Yale Law Journal*, vol. 108, n. 6, p. 1225-1310, 1999.

_____. Returning with interest: observations on some putative benefits of studying comparative constitutional law, in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, v. 1, n. 2, p. 325-349, 1998. Disponível em: [https://www.law.upenn.edu/journals/conlaw/articles/volume1/issue2/Tushnet1U.Pa.J.Const.L.325\(1998\).pdf](https://www.law.upenn.edu/journals/conlaw/articles/volume1/issue2/Tushnet1U.Pa.J.Const.L.325(1998).pdf) Acessado em novembro de 2012.

_____. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton : Princeton University Press, 1999.

VALADÉS, Diego (org.). *Conversas acadêmicas com Peter Haberle*, trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo : Saraiva, 2009.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra : Almedina, 1987.

VIEIRA, José Ribas (org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Editora Juruá, 2009.

_____. (Org.). *Teoria constitucional norte-americana contemporânea*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011.

VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review*, in *Yale Law Journal*, 115, p. 1346-1406, 2006.

WATSON, Alan. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. 1st Edition, Edinburgh, 1974; Second Edition, Athens, Georgia: The University of Georgia Press, 1993.

ZWEIGERT, Konrad & KÖTZ, Hein. *Introduction to comparative law*, 3d ed, New York: Oxford University Press, 1998.