



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas - FAJS
Programa de Iniciação Científica

Utilização do método comparativo nas decisões do Supremo Tribunal Federal

Bruno Neves do Nascimento
Lorena Pessoa Londe de Oliveira

Brasília – 2015



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas - FAJS
Programa de Iniciação Científica

Utilização do método comparativo nas decisões do Supremo Tribunal Federal

Relatório final apresentado à Assessoria
de Pós-Graduação e pesquisa pela
Faculdade de Ciências Jurídicas.

Bruno Neves do Nascimento
Lorena Pessoa Londe de Oliveira

Orientação: Prof. Dra. Christine Oliveira Peter da Silva

Brasília – 2015

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é investigar como tem ocorrido a utilização do método comparativo nas decisões do Supremo Tribunal Federal, especialmente nas decisões dos anos de 2013 e 2014, as quais cuidaram, dentre outras, da temática dos direitos fundamentais.

A pesquisa aqui desenvolvida insere-se no âmbito do Direito Constitucional, especialmente no capítulo da hermenêutica e concretização constitucionais, propondo reflexão e investigação sobre como tem ocorrido a prática discursiva dos ministros da Suprema Corte Brasileira, no que diz respeito à referenciação de decisões de cortes estrangeiras constitucionais e/ou internacionais nas decisões constitucionais brasileiras. Trata-se, portanto, de estudo que pretende verificar, por meio de pesquisa quantitativa e qualitativa, como têm ocorrido os diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais entre as decisões das Cortes Constitucionais e/ou Internacionais, dando continuidade à investigação proposta por Christine Peter, em sua tese de doutoramento, defendida em 2013, perante banca na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

A pesquisa se justifica pela constatação de que ainda não são abundantes as investigações acerca da utilização do método comparativo, no âmbito jurídico-constitucional, no Brasil. Ou seja, visto sob uma perspectiva pragmática, verifica-se a ausência de dados empíricos sobre a prática comparativa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o tribunal brasileiro responsável pelas decisões de cúpula sobre questões constitucionais.

A premissa central da pesquisa é o fato de os Estados Constitucionais, tal como concebidos pela contemporaneidade, especialmente pelos juristas e estudiosos dos séculos XVIII, XIX e XX, não mais oferecerem condições adequadas e suficientemente bem fundamentadas para a concretização de direitos fundamentais no contexto sócio-cultural do século XXI.

Nesse contexto, o método comparativo ganha força e preeminência, pois este é o meio pelo qual as diversas comunidades constitucionais nacionais e internacionais podem comunicarem-se entre si, a fim de conferir mais força à ideia de conformação de um tipo de Estado que ao mesmo tempo se revele constitucional e cooperativo.

A investigação apresentada como premissa teórica e metodológica possibilitou concluir que houve aumento significativo dos casos em que Supremo Tribunal Federal referenciou decisões de cortes estrangeiras constitucionais e/ou internacionais nas decisões constitucionais brasileiras. Contudo, ainda não se pode dizer que o Supremo Tribunal Federal é uma Corte Suprema comprometida com o Estado Constitucional comparativo e com a metódica de concretização dos direitos fundamentais fundada nos diálogos judiciais transnacionais, o que se confirma no presente trabalho em que as decisões dos anos de 2013 e 2014 foram analisadas.

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

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. DO ESTADO CONSTITUCIONAL AO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO	9
1.1. A visão de Estado de J. J. Gomes Canotilho	10
1.2. Do Estado de Direito Legal ao Estado de Direito Constitucional.....	11
1.2.1. Da supremacia da lei para a supremacia da Constituição	12
1.2.2. Da separação de funções do poder a interdependência entre as funções de poder	14
1.2.3. Da perspectiva jurídico-subjetiva para a perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais	16
1.3. Do Estado Constitucional ao Estado Constitucional cooperativo	20
1.4. O Estado Constitucional Cooperativo e seus aportes	20
1.5. Do Diálogo do Estado Constitucional com Transconstitucionalismo	24
1.6. Do Diálogo do Estado Constitucional com Interconstitucionalismo	27
1.7. Do Estado Constitucional ao diálogo jusfundamental	28
2. O MÉTODO COMPARATIVO	33
2.1. A comparação sob a perspectiva metodológica.....	33
2.2. A comparação jusfundamental e sua legitimação.....	35
2.3. Limites da comparação jusfundamental.....	37
2.4. Modelos de interpretação constitucional comparativa.....	37
2.5. Diálogos Judiciais Transnacionais	41
2.6. A Transjusfundamentalidade como metodologia	43
2.7. Da conclusão sobre a Transjusfundamentalidade	44
3. A TRANSJUSFUNDAMENTALIDADE NAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE 2013 E 2014.....	45
3.1. Resultados quantitativos referentes a 2013 e 2014	46
3.2. Análise das decisões de 2013	48
3.3. Análise das decisões de 2014	77
CONCLUSÃO.....	101
REFÊRENCIAS.....	103

INTRODUÇÃO

O problema enfrentado na presente pesquisa envolve a utilização do método comparativo no processo de tomada de decisões pelo Supremo Tribunal Federal. Desenvolvida no âmbito do Direito Constitucional, especialmente no capítulo da hermenêutica e concretização constitucionais, o trabalho propõe reflexão e investigação sobre como tem acontecido a prática discursiva dos ministros da Suprema Corte Brasileira, no que diz respeito à referenciação de decisões de cortes estrangeiras constitucionais e/ou internacionais nas decisões constitucionais brasileiras.

Pretende-se, portanto, verificar como têm ocorrido os diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais entre as decisões das Cortes Constitucionais e/ou Internacionais, num recorte temporal das decisões tomadas pela Suprema Corte Brasileira nos anos de 2013 e 2014.

A pesquisa se justifica pela constatação de que ainda não são abundantes as investigações acerca da utilização do método comparativo, no âmbito jurídico-constitucional, no Brasil. Ou seja, visto sob uma perspectiva pragmática, verifica-se a ausência de dados empíricos sobre a prática comparativa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A pesquisa tem como premissa o fato de os Estados Constitucionais, tal como concebidos pela contemporaneidade, especialmente pelos juristas e estudiosos dos séculos XVIII, XIX e XX, não mais oferecerem as condições para a concretização de direitos fundamentais de forma adequada para as necessidades do século XXI.

Nesse contexto, o método comparativo ganha força, pois este é o meio pelo qual as diversas comunidades constitucionais nacionais e internacionais podem comunicar entre si, a fim de conferir mais força a ideia de conformação de um tipo de Estado que ao mesmo tempo se revele constitucional e cooperativo.

O objetivo geral do trabalho é investigar, no plano quantitativo e qualitativo, as decisões do Supremo Tribunal Federal que fizeram referências expressas às decisões de cortes estrangeiras ou internacionais e descrever, por meio de relatório esquemático (pesquisa quantitativa) e relatório analítico (pesquisa qualitativa), os resultados

encontrados na base de dados disponíveis no sítio do Supremo Tribunal Federal para os anos de 2013 e 2014.

Quanto aos objetos específicos, busca-se dar continuidade à pesquisa iniciada por Christine Peter em sua tese de doutoramento, acerca da utilização do método comparativo pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal em suas decisões¹. Para isso a pesquisa irá registrar quais foram os precedentes do ano de 2013 e 2014 em que este fenômeno ocorreu. Completar a tabela de dados quantitativos das decisões do Supremo Tribunal Federal de 1961 a 2012. Atualizar o relatório analítico, que contém os resumos dos casos e argumentos do Supremo Tribunal Federal relacionados aos precedentes em que foram feitas referências expressas a decisões estrangeiras e/ou internacionais, publicado no terceiro capítulo da tese de doutorado da Professora Christine Peter, defendida em 2013.

Por se tratar de trabalho que visa a dar continuidade à pesquisa iniciada Christine, muitas das referências bibliográficas aqui explicitadas são compartilhadas de sua tese de doutorado.²

Desse modo, o principal marco teórico da presente obra é o professor Peter Häberle, na parte de sua doutrina em que se defende o método comparativo como quinto elemento de interpretação jurídica³, mas também serão abordados alguns pontos do Interconstitucionalismo proposta por J. J. Gomes Canotilho⁴, assim como a obra Transconstitucionalismo do professor Marcelo Neves⁵.

Dessa forma, a primeira parte da presente pesquisa irá conceituar o Estado Constitucional Cooperativo, como um dos modelos possíveis do Estado Constitucional Contemporâneo. O Estado Cooperativo apresenta-se como modelo alternativo, pluralista,

¹ Ver em: SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2015.

² SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2015.

³ HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 162.

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

⁵ Neves, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.

aberto e dinâmico de Estado Constitucional e servirá como referência teórica para a condução da teoria e metodologia a ser utilizada no presente trabalho.

A segunda parte será dedicada à metodologia comparativa entendida aqui como diálogos judiciais transnacionais. Trata-se do fenômeno da circulação e migração de ideias constitucionais, especificamente de princípios constitucionais e decisões sobre direitos humanos entre as Cortes Constitucionais e/ou Internacionais. Também aqui a intenção é apresentar uma síntese dos métodos comparativos apresentados na tese de doutorado, a qual serviu de base para a presente pesquisa.

Já a terceira parte, contendo análise inédita, tem como objetivo a entrega de resultados, apresentando uma lista comentada de decisões em que contém em maior ou menor grau diálogos judiciais transnacionais consubstanciados nos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, a presente obra tem o intuito de demonstrar que apesar de haver quantidade significativa de julgados em relação à pesquisa iniciada por Christine Peter, ainda há pouco comprometimento e abertura dos Ministros do Supremo Tribunal Federal para uma maior interação com a jurisprudência de Cortes constitucionais e/ou internacionais. Trata-se, na verdade, de um trabalho em devir, cujo principal objetivo é registrar como a jurisprudência jusfundamental do Supremo Tribunal Federal tem lidado com a utilização do método comparativo, especialmente com a referência de decisões estrangeiras na fundamentação dos casos jusfundamentais.

1. DO ESTADO CONSTITUCIONAL AO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO

A investigação sobre o método comparativo e sua utilização na argumentação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, especialmente quando estão a compor suas decisões sobre direitos fundamentais, implica uma gama de premissas teóricas que serão expostas nesta parte da pesquisa.

Diversos autores são estruturais para a construção de um pensamento fundado no modelo de Estado Constitucional e Cooperativo, ou como é preferível chamar: Estado Cooperativo de Direitos Fundamentais⁶. O Estado Constitucional cooperativo é aquele que contempla a abertura estrutural da própria noção de Estado de Direito à circulação de poder (no seu mais amplo sentido, inclusive, a ideia de poder como informação de todos os gêneros), o que somente pode ser alcançado com um modelo político permeável a mudanças.⁷

Nesse aspecto é importante assinalar que o Estado Constitucional constitui uma categoria jurídica de mais de dois séculos que tem sido compreendida a partir de um novo significado, o qual se refere, em uma das suas perspectivas, à noção de Estado Constitucional como paradigma alternativo ao Estado de Direito.

Já o chamado Estado Cooperativo de Direitos Fundamentais é aquele que propõe, no aspecto metodológico, que a concretização irradiadora dos direitos fundamentais ocorra por meio de uma metódica comparativa, cuja premissa institucional é a abertura das cortes supremas e constitucionais para o diálogo, mas também que a concretização dos direitos fundamentais possa ocorrer a partir de uma ideia dinâmica de alteridade recíproca.⁸

⁶ Sobre o significado dessa alternativa vide: SILVA, Christine O. Peter da. **Estado de Direitos Fundamentais & Cooperativo**. Curitiba: Editora CRV, 2014, no prelo. Vide também: SILVA, Christine O, Peter da. Concretização Cooperativa de Direitos Fundamentais. **Revista Consultor Jurídico**, 21/12/2013, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-21/observatorio-constitucional-concretizacao-cooperativa-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 04 abr. 2015.

⁷ Nesse sentido vide: Estado constitucional cooperativo: o futuro do Estado e da interpretação constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle. **Revista Jurídica/Presidência da República**, vol. 7, n. 72, maio 2005. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/ojs_saj/index.php/saj/article/view/450>. Acesso em: 04 abr. 2015.

⁸ Para um aprofundamento da temática vide: SILVA, Christine O. Peter da. **Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais**. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em

Desse modo, a pesquisa tem como premissa instigadora o fato de os Estados Constitucionais, tal como concebidos pela contemporaneidade (especialmente pelos juristas e estudiosos dos séculos XVIII, XIX e XX), não mais oferecerem condições que possibilite a concretização de direitos fundamentais de forma adequada para as necessidades do século XXI.⁹

1.1. A visão de Estado de J. J. Gomes Canotilho

De acordo com Canotilho, hoje vivencia-se a transformação do “Estado heróico intervencionista ao Estado heróico supervisor, podendo-se assim, também, falar numa transformação da Constituição”. Para ele, o direito constitucional e a jurisprudência estiveram muito tempo vinculado estritamente ao positivismo, resultando desse modo, na “marginalização da Constituição face aos Códigos”, situação corroborada pela utilização de vetustos métodos interpretativos.¹⁰

O eminente professor propõe a “libertação filosófica” do direito constitucional no sentido de exclusão, mas no sentido contrário do que possa, a primeira vista, parecer. Trata-se da volta do direito constitucional à filosofia.¹¹ Nesse sentido, Canotilho propõe a ideia 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.¹²

Desse modo, Canotilho defende que estas categorias jurídico-políticas, Estado e Constituição, formam no Estado Constitucional uma unidade específica e integral. Ou

<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2015.

⁹ Esta premissa também pode ser encontrada no primeiro capítulo da tese de doutorado defendida em 2013: SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015.

¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. Brancos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 162-164.

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Brancos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 163-164.

¹² CANOTILHO, J. J. Gomes. Brancos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 167-168.

seja, esses conceitos são inseparáveis, no entanto ele reconhece que o Estado não é fundado pela Constituição.¹³

Essas concepções se relacionam com o fato de que hoje “não mais se sustenta a ideia de Estado de Direito, tal como concebida nos séculos XVIII e XIX, de forma que o modelo de Estado Constitucional, proposto ao longo do século XX, apresenta-se como uma imperiosa necessidade do século XXI”¹⁴, visto que tal modelo é reconhecido como aberto e plural.

Na verdade, busca-se uma alternativa ao modelo de Estado de Direito que consiga lidar e adequar-se às necessidades de uma sociedade globalizada, complexa, plural, ou seja, uma alternativa para lidar com as mudanças sociais, políticas e econômicas do século XXI. O Direito é algo vivo, dinâmico, tem que estar apto a acompanhar as mudanças, às necessidades da sociedade contemporânea. Dessa forma, “nem em um normativismo cego ao Estado, nem em um decisionismo alheio à Constituição poderão servir de premissas teóricas ao estado constitucional moderno”.¹⁵

Canotilho afirma, de forma concludente, que o Estado Constitucional é uma versão do Estado que busca a sua legitimação por meio da dignidade da pessoa humana fundada na “democracia de antíteses”, na democracia de Hegel, pautada na dinamicidade, na provisoriedade, na alternatividade, na concorrência e na diversidade.¹⁶

1.2. Do Estado de Direito Legal ao Estado de Direito Constitucional

A questão que movimenta boa parte das questões jurídicas está relacionada à evidente concorrência entre os modelos legislativo e constitucional do Estado de Direito, fenômeno que pode ser chamado de atualização do Estado de direito legal para o Estado

¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 168-169.

¹⁴ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015

¹⁵ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p.28 apud CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p.172.

¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 172-180.

de Direito constitucional, o qual justifica a necessidade de se investigar a missão das Cortes Supremas e Constitucionais como garantes dos Direitos Fundamentais.¹⁷

Propõe-se, a partir dessa premissa, uma análise do Estado Constitucional, inserido num novo contexto doutrinário, a partir de três perspectivas: “da supremacia da lei para a supremacia da Constituição; da separação de funções do poder para a interdependência entre essas funções de poder; da visão subjetiva dos direitos fundamentais para uma visão objetiva desses direitos”.¹⁸

1.2.1. Da supremacia da lei para a supremacia da Constituição

O maior dogma do Estado de Direito era a concepção de supremacia da lei, como vontade máxima do Estado soberano, a qual estava assentada no topo hierárquico das demais fontes normativas. No entanto, nas últimas décadas surgiram diversos fatores que comprometeram tal supremacia.¹⁹ O Estado soberano, detentor do monopólio das fontes jurídicas, cedeu espaço para outros atores tanto no plano nacional quanto no internacional, ou seja, com normas supra e infra estatais.²⁰

No plano supra estatal o Estado reconhece a normatividade dos tratados e da atribuição de competências a organismos internacionais²¹. Nesse contexto é importante

¹⁷ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 31.

¹⁸ Para um aprofundamento da temática vide: SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 32.

¹⁹ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 32. Apud LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 62.

²⁰ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 32.

²¹ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em

dizer que vários tratados contemporâneos, como exemplo a Convenção Europeia de direitos humanos ("ECHR"), "tratam de questões que são muito mais "internas" do que "externas" e têm um impacto muito mais amplo sobre a relação entre o cidadão e o seu próprio Estado do que entre as relações entre os Estados"²², principalmente quando se trata de direitos fundamentais.

No plano infra estatal, o Estado se depara com uma imensa produção normativa formada por entidades intermediárias entre o Estado e o cidadão²³. De acordo com Pérez Luño esse fenômeno está manifestado no pluralismo das fontes jurídicas classificadas em *ratione loci* (em razão do domicílio ou do lugar da coisa), *ratione personae* (em razão da pessoa) e *ratione materiae* (em razão da matéria).²⁴

Desse modo, o pluralismo é outro fator que demonstra a insuficiência do Estado de direito, visto que há um progressivo processo de descodificação do direito e inserção de conceitos das "soft-laws" pelos grupos sociais.²⁵

Assim, conforme Cristine Peter, "a propagação do 'pluralismo jurídico' sobrepõe-se a ideia de hierarquia das leis, pois as diversas áreas e níveis jurídicos coexistem e inter-relacionam, simétrica e sistematicamente". Desse modo, a supremacia da Constituição e a superação do Estado de Direito em direção a um modelo de Estado Constitucional se

<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 32-33.

²² "Many contemporary treaties, such as the European Convention on Hungary Rights ("ECHR") deal with subjects that are much more "internal" than "external" and have a far more extensive impact on the relationship between a citizen and her own state than on relationships among states". Cfr. ROSENFELD, Michel. **Comparing Constitutional Review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court**. Cardozo Legal Studies Research Paper No. 157. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=917890>. Acessado em: 09 nov. 2014.

²³ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 33.

²⁴ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 63.

²⁵ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 35.

traduz numa possível solução para lidar com o fenômeno do enfraquecimento da supremacia da lei e evitar conflitos entre as fontes de direito.²⁶

1.2.2. Da separação de funções do poder a interdependência entre as funções de poder

O pilar do Estado de direito é o princípio da reserva de lei, assentado na teoria proposta por Montesquieu, segundo o qual caberia apenas ao Parlamento a elaboração de “normas abstratas e genéricas que seriam aplicadas aos casos concretos do cidadão”.²⁷

Todavia, esse modelo original sofreu diversas intervenções normativas, o que acarretou uma “hipertrofia legislativa”, ou seja, houve a sobreposição do Estado liberal ao Estado social, gerando assim desequilíbrio entre as funções dos Poderes Legislativo e Executivo²⁸.

A consequência dessa hipertrofia foi a rejeição pela estrutura formal das normas legais, excesso de produção, prolixidade e complexidade, o que dificulta o entendimento não só ao cidadão, mas também dos operadores do direito²⁹.

Ademais, nessa perspectiva, com o fenômeno denominado pela autora de subversão da hierarquia das fontes, de simples separação das funções de poder dentro de um mesmo espaço para a realização de competências que se superpõem e se auto ajustam,

²⁶ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 35-36, apud LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 66.

²⁷ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 41, apud LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 69.

²⁸ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 41, apud 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.

²⁹ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 41, apud LUÑO, Henrique Perez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. Pág. 70.

revela-se imperiosa a necessidade de recontextualização do princípio de separação das funções de poder.³⁰

O que se propõe com a passagem da “reserva da lei” para a “reserva da Constituição” é a atuação compartilhada entre as funções do poder Legislativo, Judiciário e Executivo para a concretização dos direitos fundamentais, visto que o Estado Constitucional também vincula o legislador.³¹

Não podem ser esquecidas as lições dos clássicos dos séculos XVII e XVIII, de John Locke e Montesquieu, mas que é preciso perceber que no século XX a divisão de poderes não era apenas separar os órgãos, mas dar a cada um de forma compartilhada e equilibrada condições para conter qualquer usurpação de funções uns dos outros. Este é o modelo conhecido como “freios e contrapesos” dos americanos³².

A proposta de interdependência dos poderes não é algo novo, o que propõe como novo é a metódica de interação entre estas funções, que tem na Constituição, especialmente nas normas constitucionais jusfundamentais, o seu elemento mediador³³. Portanto, nessa proposta, “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”.³⁴

³⁰ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 40-41.

³¹ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 42 apud LUÑO, Henrique Perez. La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional. Pág. 71.

³² SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 43, apud BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos poderes na Constituição brasileira, in Revista de Direito Público, ano XIV, julho/dez 1981, p. 121-122.

³³ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 43-44

³⁴ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em

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

Não se pode olvidar que umas das principais diferenças entre o Estado de direito e o Estado constitucional é a forma com que cada um concebe os direitos fundamentais³⁵. No passado a perspectiva jurídico-subjetiva representou um grande avanço para a proteção dos direitos fundamentais, com a passagem de direitos individuais e coletivos para direitos individuais homogêneos e difusos, entretanto essa posição jurídico-subjetiva se mostrou insuficiente para enfrentar as situações complexas apresentadas pela sociedade em rede e tecnológica dos últimos 25 anos do século XX.³⁶

Os métodos clássicos de resolução de conflitos já não se apresentam satisfatórios para resolver os casos difíceis de restrições e colisões de direitos fundamentais³⁷. Uma atualização urgente fazia-se necessária, a ponto de todo um regime político ter se curvado ao modelo humanista do Estado Constitucional Contemporâneo.

Nesse contexto, a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais é uma reação à situação complexa em que se encontra a sociedade contemporânea. De acordo com tal perspectiva, os direitos fundamentais “passaram a apresentar-se como um conjunto de valores objetivos fundamentais e fins diretivos de ação positiva dos poderes públicos e, não apenas como garantias negativas de interesses individuais”.³⁸

<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 44

³⁵ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 45

³⁶ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 45, 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*, op. cit., p. 140.

³⁷ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 46

³⁸ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em

A faceta objetiva dos direitos fundamentais, fundada num modelo de Estado Constitucional sustentado na supremacia da Constituição, foi criticada por Robert Alexy, que, diante dos mandamentos de otimização dos direitos fundamentais, via tal perspectiva como ameaça à autonomia do legislador. Para ele 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”.³⁹

Ressalta-se que a legalidade, no modelo de Estado constitucional, cede espaço para a constitucionalidade, do mesmo modo ocorre com a separação de poderes, pois ela “transmuda-se para uma interdependência entre as funções de Poder”. Nesse contexto a legitimidade democrática se abre para o pluralismo, para um “conceito de legitimidade pela visão cooperativa e coordenada de ações compartilhadas entre os diversos atores sociais, estatais nacionais e internacionais”.⁴⁰

O aspecto mais importante da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais talvez seja o fato dele servir como reforço e complementação da eficácia normativa de tais direitos⁴¹, assim:

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.⁴²

<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 46

³⁹ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 47-49, apud ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 579, Posfácio (2002).

⁴⁰ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 49

⁴¹ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 50.

⁴² SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em

Dessa forma, destaca-se, nesse contexto, a força jurídica autônoma dos direitos fundamentais, de modo que o caráter jusfundamental desses direitos não podem ser “reduzidos a uma dimensão meramente valorativa”.⁴³

Desdobra-se desse entendimento, da força jurídica autônoma dos direitos fundamentais, a eficácia irradiante desses direitos, ou seja, “os direitos fundamentais, na sua condição de direitos objetivos, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional”. Trata-se de uma interpretação que se assemelha à técnica da interpretação conforme a Constituição, chamada de interpretação conforme os direitos fundamentais.⁴⁴

Em consonância com essa eficácia irradiante, tem-se um segundo desdobramento, da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, os direitos fundamentais também se expandem para as relações privadas⁴⁵.

O último desdobramento dessa perspectiva trata-se da eficácia dirigente, ou seja, os direitos fundamentais também irradiam efeitos em relação aos órgãos estatais, gerando obrigação de realizar o seu papel essencial. Desse modo, o Estado tem missão proteger os direitos fundamentais, de modo positivo, contra os poderes públicos, contra as agressões de particulares e até mesmo de outros Estados.⁴⁶

<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 50.

⁴³ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 50.

⁴⁴ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 50-51.

⁴⁵ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 51.

⁴⁶ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 51.

Assim, tal efeito, vincula todos os poderes, ou seja, o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, de modo que os direitos fundamentais sejam concretizados por todos os agentes estatais. Tudo isso demonstra uma virada paradigmática, ou seja, a “clivagem do Estado de direito clássico para o Estado Constitucional contemporâneo”.⁴⁷

Não se pode perder de vista que as garantias institucionais também são “exemplos dos efeitos irradiante, horizontal e dirigente dos direitos fundamentais no âmbito das instituições”, constituindo-se assim em garantias jusfundamentais.⁴⁸ Elas são direitos de defesa e “estão postas ao lado dos direitos-garantias e não entre os direitos a prestações”. Desse modo, a sua principal função, segundo Ingo Sarlet, é “reforçar a proteção de determinadas intuições contra a erosão que posa vir do legislador ordinário”, ressaltando, assim a sua dimensão defensiva.⁴⁹

Ressalte-se, todavia, que também existe uma dimensão positiva que exige a “atuação do Estado em direção a estas garantias institucionais”. É nesse contexto que se observa a aplicação dos direitos fundamentais na criação de normas procedimentais e estruturação de organizações ou instituições estatais, de modo que estes auxiliem na efetivação da proteção aos direitos fundamentais. Portanto, tais direitos passam a “atuar sobre o direito procedimental e as estruturas organizacionais”.⁵⁰

⁴⁷ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 51-52.

⁴⁸ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 52.

⁴⁹ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 52-53, apud, SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 185.

⁵⁰ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 53.

1.3. Do Estado Constitucional ao Estado Constitucional cooperativo

Todos os indivíduos e inclusive o Estado juntamente com as instituições que exercem autoridade pública devem obediência ao Direito. Essa ideia decorre da própria concepção moderna de Estado. Desse modo, diante da teoria clássica, pela qual o Estado é formado pelos elementos povo, território e soberania, deve-se conceber tais elementos sempre conformados e limitados pelas normas jurídicas. Desses elementos, aquele que mais sofreu transformações foi a soberania, pois desde do século XVIII o modelo federal de Estado tem sido reformulado.⁵¹

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, os Estados Nacionais passaram a vivenciar uma nova perspectiva, a dos blocos e comunidades transnacionais, os quais se formaram em busca de uma maior força por alianças econômicas, políticas e até culturais.⁵²

No contexto da teoria constitucional o que se demonstra é que há novos questionamentos para plano do Direito interno, diante desse novo tipo de Estado Constitucional de perspectiva transnacional⁵³.

1.4. O Estado Constitucional Cooperativo e seus aportes

Segundo Peter Häberle, o Estado Constitucional Cooperativo é uma forma necessária de estabilidade legítima do amanhã e não uma possível forma futura de desenvolvimento do Estado Constitucional, visto que já assumiu, no presente,

⁵¹ SILVA, Christine O. Peter da. Estado constitucional cooperativo: o futuro do Estado e da interpretação constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle. **Revista Jurídica/Presidência da República**, vol. 7, n. 72, maio 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Christine_rev72.htm>. Acesso em: 30 out. 2014, p. 2.

⁵² SILVA, Christine O. Peter da. Estado constitucional cooperativo: o futuro do Estado e da interpretação constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle. **Revista Jurídica/Presidência da República**, vol. 7, n. 72, maio 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Christine_rev72.htm>. Acesso em: 30 out. 2014, p. 2.

⁵³ SILVA, Christine O. Peter da. Estado constitucional cooperativo: o futuro do Estado e da interpretação constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle. **Revista Jurídica/Presidência da República**, vol. 7, n. 72, maio 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Christine_rev72.htm>. Acesso em: 30 out. 2014, p. 3.

conformação na realidade, refletindo assim, não apenas o real, mas a capacidade de processar possíveis desdobramentos futuros.⁵⁴

O “Estado Constitucional” é aquele em que o “poder público é juridicamente constituído e limitado por meio de princípios constitucionais materiais e formais”. Ele é o tipo ideal de Estado da “Sociedade aberta”. A responsabilidade faz parte dessa abertura tanto na dimensão internacional quanto na supranacional.⁵⁵

Já o Estado Constitucional Cooperativo “corresponde” a desenvolvimento de um “Direito Internacional cooperativo” ao tratar da questão de outros Estados, de instituições internacionais e supranacionais e dos cidadãos “estrangeiros”⁵⁶.

Para compreender o Estado Constitucional Cooperativo é necessário ter em mente o direito constitucional comum europeu. Conforme Peter Häberle, a ‘europeização’ do Direito em geral já é algo comum, pois a “(...) *la cultura y el derecho “hacen” la cultura del dercho de Europa*”.⁵⁷

Häberle afirma que se observarmos as constituições europeias e outras, além destas, verificasse uma mudança de tendência de muitos Estados (constitucionais) para a cooperação internacional, também se verifica essa tendência em algumas Constituições de países subdesenvolvidos⁵⁸. Desse modo, o autor afirma que há nas constituições mais recentes um aumento da cooperação regional e global.⁵⁹

⁵⁴ HÄBERLE, Peter. Estado Constitucional Cooperativo. Tradução: Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 5.

⁵⁵ HÄBERLE, Peter. Estado Constitucional Cooperativo. Tradução: Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.6

⁵⁶ HÄBERLE, Peter. Estado Constitucional Cooperativo. Tradução: Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.6-7

⁵⁷ HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 66, *apud* SILVA, Christine O. Peter da. Estado Constitucional Cooperativo: O futuro do Estado e da Interpretação Constitucional sob a ótica da Doutrina de Peter Haberle. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Christine_rev72.htm>. Acesso em: 08 jul. 2015, p. 4.

⁵⁸ HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Tradução: Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 52.

⁵⁹ HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Tradução: Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.52

Nesse sentido é possível identificar dois aspectos importantes para a conformação do Estado Constitucional Cooperativo e para o Estado Europeu, trata-se do aspecto sociológico-econômico e o ideal-moral⁶⁰.

O primeiro se realiza por meio das inter-relações econômicas dos Estados Constitucionais. Já os pressupostos ideais-morais são resultados da construção realizada por meio dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. Nesse sentido, “Direitos Fundamentais e Humanos remetem o Estado e “seus” cidadãos ao “outro”, ou seja, a outros Estados com suas sociedades ou cidadãos estrangeiros”. Assim, a sociedade aberta adquire esse predicado somente quando também for uma sociedade aberta internacionalmente.⁶¹

Para Häberle, no âmbito internacional, a cooperação entre os Estados dá lugar a coordenação, apenas delimitando as soberanias nacionais. Já no âmbito do direito constitucional nacional pode-se verificar de algum modo o enfraquecimento dos limites entre o interno e externo, ou seja, a prevalência do direito comunitário sobre o direito interno.⁶²

Um dos aportes do Estado Constitucional é a teoria da Constituição como ciência da cultura. Para Häberle, tal conceito é tido de forma ampla congregando dados sociológicos e antropológico, levando em consideração não apenas educação, ciência e arte, mas a todos os conhecimentos, costumes, crenças, artes, moral e leis de uma determinada sociedade.⁶³

⁶⁰ HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 68, *apud* SILVA, Christine O. Peter da. Estado Constitucional Cooperativo: O futuro do Estado e da Interpretação Constitucional sob a ótica da Doutrina de Peter Haberle. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Christine_rev72.htm>. Acesso em: 08/06/2015, p. 4.

⁶¹ HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Tradução: Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 18-19.

⁶² HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 74, *apud* SILVA, Christine O. Peter da. Estado Constitucional Cooperativo: O futuro do Estado e da Interpretação Constitucional sob a ótica da Doutrina de Peter Haberle. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Christine_rev72.htm>. Acesso em: 08 jul. 2015, p. 4.

⁶³ SILVA, Christine O. Peter da. Estado Constitucional Cooperativo: O futuro do Estado e da Interpretação Constitucional sob a ótica da Doutrina de Peter Haberle. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Christine_rev72.htm>. Acesso em: 08/06/2015, p 6, *apud* HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Tradução de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000, p. 24.

Para o professor basta observamos as constituições contemporâneas para perceber a afinidade entre Constituição e cultura, tendo em vista, por exemplo, o seu conteúdo sobre liberdades culturais.⁶⁴

A teoria da Constituição como ciência da cultura aparece como uma alternativa para a concretização do Estado Constitucional e como forma de interpretação, visto que a partir das cristalizações culturais é que se forma a sociedade aberta dos intérpretes e políticos constitucionais.⁶⁵

Dessa forma, o pluralismo de Peter Häberle está pautado no Estado do futuro, na concepção de tolerância e aceitação do outro como princípio de um novo paradigma científico e cultural. Fatores considerados por ele como essenciais a uma Constituição verdadeiramente democrática.⁶⁶

Contudo é importante ressaltar que esse caráter considerado por muitos como utópico tem respaldo em procedimentos concretos acordados previamente no âmbito das culturas constitucionais existentes. Trata-se do modo como Estados Constitucionais protegem os princípios fundamentais.⁶⁷

Nesse sentido ressalta-se a principal tese da teoria de Häberle sobre interpretação constitucional, na qual estão vinculados todos os órgãos estatais, todos os cidadãos e

⁶⁴ SILVA, Christine O. Peter da. Estado Constitucional Cooperativo: O futuro do Estado e da Interpretação Constitucional sob a ótica da Doutrina de Peter Haberle. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Christine_rev72.htm>. Acesso em: 08/06/2015, p 6, apud HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Tradução de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000, p. 159.

⁶⁵ SILVA, Christine O. Peter da. Estado Constitucional Cooperativo: O futuro do Estado e da Interpretação Constitucional sob a ótica da Doutrina de Peter Haberle. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Christine_rev72.htm>. Acesso em: 08/06/2015, p 6, apud HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Tradução de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000, p. 159 e 161.

⁶⁶ SEGADO, Francisco Fernández, in HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Tradução de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003. Estudio preliminar, p. xxv, apud SILVA, Christine O. Peter da. Estado Constitucional Cooperativo: O futuro do Estado e da Interpretação Constitucional sob a ótica da Doutrina de Peter Häberle. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Christine_rev72.htm>. Acesso em: 08 jul. 2015, p. 7.

⁶⁷ SEGADO, Francisco Fernández, in HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Tradução de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Editorial Dykinson, 2003. Estudio preliminar, p. xxix. A ideia original encontra-se em: HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*. Tradução de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2002, p. 107, apud SILVA, Christine O. Peter da. Estado Constitucional Cooperativo: O futuro do Estado e da Interpretação Constitucional sob a ótica da Doutrina de Peter Haberle. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Christine_rev72.htm>. Acesso em: 08 jul. 2015, p. 7.

demais intérpretes, qual seja, a passagem de uma sociedade fechada dos intérpretes da Constituição para uma interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta.⁶⁸

Segundo Häberle há uma relação de proteção da teoria democrática com a teoria da interpretação, visto que todo aquele que vive a norma a interpreta ou indiretamente a co-interpreta.⁶⁹ Portanto, a Constituição deve ser vista como processo público, que não apenas os órgãos estatais devem atuar na sua interpretação, mas todos aqueles que estão subordinados a esta Constituição e que a vivência.

A teoria da sociedade aberta de intérpretes da Constituição é instrumento viabilizador do Estado Constitucional Cooperativo. Nesse sentido a teoria interpretativa, assentada na democracia pluralista, deve ser sempre garantida, tanto no plano interno – procedimento aberto, quanto no plano internacional – cooperativo aberto.⁷⁰

Por fim, nota-se que a noção de cooperação entre os Estados já não é distante, que a norma programática, vista antes como algo romântico e utópico, já faz parte de considerações acadêmicas mais realistas. Tudo isso indica um maior engajamento dos indivíduos pela concretização da Constituição e tão logo tais normas comporá a realidade dos indivíduos e nações do mundo inteiro.⁷¹

1.5. Do Diálogo do Estado Constitucional com Transconstitucionalismo

O diálogo entre a ideia de Estado Constitucional como o fenômeno denominado por Marcelo Neves de transconstitucionalismo pode ser evidenciado pelo fato de que, quanto ao método de a migração e circulação de ideias jusfundamentais, é preciso

⁶⁸ 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, p. 12-13.

⁶⁹ 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, p. 13-14.

⁷⁰ SILVA, Christine O. Peter da. Estado constitucional cooperativo: o futuro do Estado e da interpretação constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle. *Revista Jurídica/Presidência da República*, vol. 7, n. 72, maio 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Christine_rev72.htm>. Acesso em: 30 out. 2014, p. 8.

⁷¹ SILVA, Christine O. Peter da. Estado constitucional cooperativo: o futuro do Estado e da interpretação constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle. *Revista Jurídica/Presidência da República*, vol. 7, n. 72, maio 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Christine_rev72.htm>. Acesso em: 30 out. 2014, p. 9.

reconhecer a necessidade de uma visão dialógica entre as diversas ordens constitucionais estatais, tal como proposta no transconstitucionalismo de Marcelo Neves.⁷²

A vinculação às ideias centrais do transconstitucionalismo, aqui neste trabalho, deve-se principalmente pela adesão às ideias de racionalidade transversal que implica aprendizado recíproco e intercâmbio criativo.⁷³ Ora, se o transconstitucionalismo implica a permanente necessidade de reconhecimento recíproco entre as diversas ordens⁷⁴, sua maior novidade é a proposta de interação dinâmica e circular entre as ordens estatal e transnacional.⁷⁵

Para Marcelo Neves, a Constituição é o fundamento normativo do Estado. Desse modo ao reconhecer a importância dos níveis entrelaçados de fundamentação das decisões internas e externas do Estado, a Constituição nacional não deixa de ter importância para a resolução dos problemas fundamentais. No entanto é necessário reconhecer que ela se envolve com outros níveis decisórios.⁷⁶

Anote-se que “no plano do transconstitucionalismo não há apenas referências ou invocação de precedentes jurídico-constitucionais de outras ordens jurídicas, mas também

⁷² SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 53.

⁷³ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 55.

⁷⁴ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 55.

⁷⁵ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 60.

⁷⁶ Neves, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009, p. 295, *apud* SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 61.

a avaliação prática dos juízes e tribunais de outros países”. Estas preocupações são encontradas no segundo capítulo da obra *transjusfundamentalidade*.⁷⁷

O diálogo proposto pelo transconstitucionalismo não deve ser confundido com a convergência entre sistemas similares ou diversos. Nesse sentido, Marcelo Neves propõe como alternativa aos modelos de resistência e de convergência o modelo de articulação, de Vicki C. Jackson, entre o direito interno e as fontes de direito externas.⁷⁸

Não se pode perder de vista que os direitos fundamentais, o transconstitucionalismo, como direito constitucional do futuro, exige interdisciplinaridade e metodologia específica. Desse modo, a contenção se apresenta como primeiro passo do método transconstitucional, “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.” Já 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”.⁷⁹

É preciso reconhecer, portanto, que o método exposto conduz 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”.⁸⁰

⁷⁷ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 62

⁷⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009, p. 259, *apud* SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 64.

⁷⁹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009, p. 275-277, *apud* SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 65.

⁸⁰ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009, p. 276-277, *apud* SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 66.

1.6. Do Diálogo do Estado Constitucional com Interconstitucionalismo

Para Canotilho da mesma forma que vivenciamos o momento de transformação da Constituição, do “Estado heróico para o Estado heróico supervisor”, pode-se dizer que estamos assistindo à transformação do direito constitucional de uma disciplina dirigente a disciplina dirigida.⁸¹

Desse modo, não mais se sustenta o modelo clássico de direito constitucional, que compreendia e tratava o direito um sistema legislativo e “a constituição como um estatuto jurídico do político”.⁸²

Nesse contexto, Canotilho ressalta que o problema que se coloca à Constituição e ao direito constitucional é “o problema de saber se podemos continuar a considerar operativo um conceito de Constituição entendido como ‘horizonte de sentido dotado de instrução para uso suficiente de prática’”. Assegura, dessa forma, que não há como disfarçar que a Constituição não representa mais o estatuto jurídico do político. Por fim, para o professor, mesmo que houvesse um direito constitucional global, a Constituição seria ainda assim um texto útil para direitos e políticas simbólicas.⁸³

Embora seja perceptível que as constituições “desceram do castelo para a rede”, não houve mudança ontológica no próprio conceito de constituição.⁸⁴ Desse modo a interconstitucionalidade para fazer face a esse desafio se apoia em conceitos paralelos tal como a interculturalidade⁸⁵, ponto de convergência entre o modelo cooperativo de Estado

⁸¹ Disciplina dirigida é aquela que se estrutura por meio de transferências paradigmáticas e conceituais. Disciplina dirigente é aquela que se desenvolve autonomamente seus paradigmas, conceitos, teorias e teoremas. Ou seja, estas seguem um processo de autocriação enquanto aquelas seguem o processo de autocriação derivada. Significa dizer que o direito constitucional não gravita mais sobre si próprio, mas sobre outros astros como satélite artificial, perdendo assim sua centralidade jurídico-política. Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brancosos e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 167-168.

⁸² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brancosos e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 188-189.

⁸³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brancosos e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 190, *apud* SILVA, Christine O. Peter da. **Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais**. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 66.

⁸⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brancosos e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 269.

⁸⁵ “A ideia de interconstitucionalidade associada à 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’, incluindo-se também a ação dos

proposto por Peter Häberle e a teoria de Canotilho. Demonstrando, assim, que a teoria da interconstitucionalidade tem o desafio de articular as diversas ordens constitucionais e as diferentes constituições.⁸⁶

De fato, não seria possível conceber a tese sobre a transjusfundamentalidade sem a noção, da teoria de Canotilho, “de que as redes do direito 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”.⁸⁷

1.7. Do Estado Constitucional ao diálogo jusfundamental

O Estado Constitucional Cooperativo é o ambiente próprio para o desenvolvimento dos diálogos jusfundamentais, assim nominados na obra *Transjusfundamentalidade* multicitada.

Para Peter Häberle o modelo de Estado Cooperativo está associado a ideia de comunidade universal dos Estados Constitucionais, na qual os Estados não existem para si mesmos, mas como referência para os outros Estados membros⁸⁸, o que está sujeito a críticas, conforme, o próprio professor.

Uma possível solução para contornar as críticas ao Estado Constitucional Cooperativo é assumir que este Estado deve ter como base o modelo de concretização da Constituição, tanto no plano da jurisdição constitucional quanto no processo legislativo e

órgãos de Estado que se ocupam da concretização da Constituição, entendida, nesse contexto, como processo público”. Cfr. SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 72, in CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brancos e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 272-273.

⁸⁶ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 71.

⁸⁷ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 74

⁸⁸ HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 75-77, apud SILVA, Christine O. Peter da. *Estado Constitucional Cooperativo: O futuro do Estado e da Interpretação Constitucional sob a ótica da Doutrina de Peter Haberle*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Christine_rev72.htm>. Acesso em: 08/06/2015, p. 4.

político, que esteja em sintonia com os aportes das decisões estrangeiras (Direito Constitucional Comparado) e principalmente com as decisões das Cortes Internacionais.⁸⁹

Entende-se por diálogos transjufundamentais “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”.⁹⁰

Nesse sentido, a expressão ‘diálogos’ significa estar aberto ao outro e não necessariamente à comunicação ou vinculação. Essa é uma das ideias base de Peter Häberle acerca da sociedade aberta e pluralista de interpretação constitucional, ponto de partida metodológico da Transjufundamentalidade.⁹¹

Além disso, outro ponto de partida metodológico para o desenvolvimento da transjufundamentalidade é a teoria possibilista:

O pensamento possibilista significa pensar sobre e a partir de outras alternativas. [...] Esta forma de pensar por alternativas elege o rol de possíveis soluções que um problema transjufundamental pode ter, de forma que se qualifica como metódica adequada para os diálogos transjufundamentais.⁹²

O Estado constitucional da nova etapa evolutiva da comparação dos direitos fundamentais se converte em “quinto” e indispensável método de interpretação⁹³. Desse

⁸⁹ SILVA, Christine O. Peter da. Estado constitucional cooperativo: o futuro do Estado e da interpretação constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle. **Revista Jurídica/Presidência da República**, vol. 7, n. 72, maio 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Christine_rev72.htm>. Acesso em: 30 out. 2014.

⁹⁰ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjufundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 80

⁹¹ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjufundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 82-83.

⁹² SILVA, Christine O. Peter da. *Transjufundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015. P. 85.

⁹³ HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*, trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 162-163

modo, o método comparativo é uma consequência doutrinária da interpretação jurídica. Assim como o método histórico teve destaque na Escola Histórica do Direito, da mesma forma está o método comparativo para a teoria do Estado Constitucional, pois tal método se “constitui a via pela qual as diversas constituições nacionais podem comunicar entre si, a fim de conferir mais força à ideia de conformação de um tipo único de Estado Constitucional”⁹⁴.

Tal método, considerado como categoria epistemológica, não é novo nem inédito no processo de tomada de decisões jurídicas. E se for ampliado o universo epistemológico, é preciso constatar que desde os estudos clássicos do século XIX⁹⁵, tanto no campo da Sociologia⁹⁶ e da História⁹⁷, há uma imensa gama de trabalhos científicos que utilizam da metodologia comparativa para instrumentalizar e, de alguma forma, legitimar o processo de tomada de decisões, especialmente as decisões constitucionais.⁹⁸

Os questionamentos acerca da conveniência e oportunidade para a utilização do método comparativo em Direito são derivados de algo que se pode conceber como 'angústia da complexidade', vivenciada pelos juristas do mundo inteiro desde a segunda metade do século XX (especialmente no segundo pós-guerra).

⁹⁴ SEGADO, Francisco Fernández, in HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Tradução de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003. Estudio preliminar, p. 164, apud SILVA, Christine O. Peter da. Estado Constitucional Cooperativo: O futuro do Estado e da Interpretação Constitucional sob a ótica da Doutrina de Peter Haberle. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Christine_rev72.htm>. Acesso em: 08/06/2015, p. 10.

⁹⁵ 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>>. Acesso em: 12 ago. 2015.

⁹⁶ Nesse sentido é preciso anotar, a partir das reflexões dos professores Sérgio Schneider e Claudia Schimitt que: “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. 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.

⁹⁷ 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.

⁹⁸ Esta é uma observação que também se encontra em: SILVA, Christine O. Peter da. *Transjursfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015.

Aquilo que para a maior parte dos pesquisadores e estudiosos do Direito era considerado apenas sob a perspectiva diletante de um mero complemento da dogmática jurídica nacional, ou como uma curiosidade advinda da classe intelectual mais culta, ou ainda como uma preocupação dos pragmáticos mais sensíveis às mudanças no plano geopolítico de uma sociedade globalizada, transformou-se, em pouco tempo e sem maiores reflexões, numa óbvia necessidade, em algo naturalmente imprescindível, sem que isso tenha sido acompanhado de um reflexão epistemológica e metodológicas adequadas.⁹⁹

Marc Ancel oferece, neste particular, importante contribuição, sistematizando algumas causas e consequências para tal fenômeno.¹⁰⁰ As causas, segundo Ancel, podem ser associadas ao fato de que o mundo atual é um mundo em que as pessoas, as instituições, os Estados, as comunidades presentes na sociedade civil organizada, enfim, todos os protagonistas na vida social não podem se fechar em si mesmos, nem se recusarem às trocas.

Isso significa que já não é mais possível evitar ou negligenciar o conhecimento do outro e pelo outro. A consequência mais evidente, portanto, é a de que o direito comparado, torna-se, então, uma realidade viva, que pode ser constatada na prática do exercício de poder das sociedades contemporâneas.¹⁰¹

Para o âmbito da dogmática e da metódica jurídica, a imprescindibilidade do método comparativo deve-se, em parte, ao que se tem identificado como casos difíceis. É exatamente nas situações que envolvem conflitos entre direitos fundamentais, os quais não admitem anulação ou substituição definitiva de um pelo outro, que a busca por novas fórmulas metódicas ganha maior e mais evidente espaço. Isso porque as decisões, nestas circunstâncias, não mais encontram amparo na fórmula tradicional da subsunção tal qual proposta pelos juristas dos séculos XVIII e XIX.

⁹⁹ Vide também: SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015.

¹⁰⁰ ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do direito comparado**. Tradução: Prof. Sergio José Porto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980, p. 128-129.

¹⁰¹ Esta é uma observação que também é compartilhada na tese de doutorado defendida no ano de 2013: ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do direito comparado**. Tradução: Prof. Sergio José Porto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980, p. 128.

Nesse contexto, apresenta-se o constante confronto do intérprete com outras realidades (sejam estrangeiras, sejam internacionais), considerando que as situações humanas cada vez mais se reproduzem, se interpenetram e se embaralham nos contextos culturais mediados por uma comunicação efetivamente sem fronteiras.

Desse modo o que se espera nessa nova conjuntura é que as experiências de decisões de poder sirvam de pontos de diálogos interpretativos entre os países que se reconhecem como parceiros na construção de comunidades interdependentes.¹⁰²

Assim sendo, conforme já anotado:

“se já não mais se duvida da interdependência econômica entre os Estados, 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 cidadãos”.¹⁰³

Essa é proposta da transjusfundamentalidade, que a partir de análise quantitativa e qualitativa, estudou os diálogos jusfundamentais da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “no que diz respeito às referências cruzadas utilizadas como elementos de fundamentação das decisões que concretizaram direitos fundamentais pela Corte Suprema brasileira”.¹⁰⁴

¹⁰² SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015. p. 86-87

¹⁰³ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015. P. 87-88.

¹⁰⁴ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 87.

2. O MÉTODO COMPARATIVO

A investigação sobre o método comparativo e sua utilização na argumentação dos ministros do Supremo Tribunal Federal, especialmente quando estão a compor suas decisões sobre direitos fundamentais, implica uma gama de premissas metodológicas que serão expostas nesta parte da pesquisa.

2.1. A comparação sob a perspectiva metodológica

O Direito Comparado moderno, segundo Marc Ancel, teve origem em 1900 e que logo em seguida passou por três fases. A primeira seria a fase constitutiva da ciência jurídica comparativa, a segunda compreendida entre o período entre as duas guerras e a terceira após a segunda guerra.¹⁰⁵

A prática comparativista, no entanto, só se consolidou com o fim da Segunda Guerra Mundial e com a criação da Comunidade Europeia (Tratado de Roma de 1957) e não menos importante com o surgimento do Direito Comunitário.¹⁰⁶

Marc Ancel aponta a existência de três tendências metodológicas para o direito comparado, tal qual foi se desenvolvendo na primeira metade do século XX: abordagem sociológica; abordagem normativa e a abordagem cooperativa.

A abordagem sociológica propõe como fórmula comparativa uma aproximação com a sociologia jurídica, de forma que o direito comparativo se propõe a estudar o conjunto dos direitos positivos em sua evolução e realidade efetiva.

Já a tendência normativa se volta para a construção de um direito comparado mais normativo. Para essa tendência é possível chegar a princípios comuns compartilhados pelas nações civilizadas por meio da confrontação de conceitos jurídicos. Dessa maneira, essa etapa pressupõe a ideia de uma ciência universal do Direito, mas também a de que existe um ideal comum de Justiça a ser perseguido por todos.

¹⁰⁵ ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do direito comparado**. Trad. Sergio José Porto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980, p. 29.

¹⁰⁶ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 91.

Por fim, a terceira tendência indica que para a construção (que rejeita a ideia de revelação, tal qual proposto pelos adeptos da segunda abordagem) de um sistema jurídico universal é imprescindível superar os particularismos nacionais. Desse modo, ela tem como finalidade a criação de um clima de cooperação internacional/nacional, que possa ser mediado pelo direito comparado.¹⁰⁷

Para Marc Ancel, o direito comparado é uma ciência, “mesmo nos seus aspectos modernos mais concretos”. Primeiro, porque, ao analisar a história das instituições ou dos sistemas jurídicos em vigor “os colocando lado ou em face de sistemas diferentes” nada mais o faz do que traçar um paralelo geográfico, uma comparação. Em segundo lugar, o método comparativo se constitui em “[...] método de uma ciência que, mesmo 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”. Dessa maneira ao empregar o método comparado se fará, assim, um conteúdo científico novo.¹⁰⁸

Nesse contexto, é preciso reconhecer que se trata de uma disciplina científico-metodológica diferente das demais disciplinas jurídicas, pois aquela tem caráter informativo e estas têm caráter funcional. Ou seja, a comparação jurídica “tem como objetivo estabelecer a sistematização dos estudos jurídicos no plano comparativo, revelando-se como uma disciplina formativa”, distinta das demais.¹⁰⁹

Por fim, sendo o Direito indubitavelmente parte do universo do que se chama de ciências sociais, não é demais afirmar que a comparação jurisprudencial se revela como meio hábil e legítimo para se descobrir as regularidades, peculiaridades, deslocamentos e transformações de seu objeto e de suas matizes.¹¹⁰

¹⁰⁷ Vide: ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do direito comparado**. Trad. Sergio José Porto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980.

¹⁰⁸ ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do direito comparado**. Trad. Sergio José Porto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980, p. 50-51.

¹⁰⁹ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 93.

¹¹⁰ Aqui é preciso compartilhar as lições de Sérgio Schneider e Claudia Schimitt, referências metodológicas centrais para a presente pesquisa: “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

2.2. A comparação jusfundamental e sua legitimação

A comparação jusfundamental embora ainda não seja farta e sistematizada em doutrinas a sua prática tem “gerado pouca resistência entre os constitucionalistas brasileiros”. A professora ainda afirma que, “mesmo aqueles que têm 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”.¹¹¹

O primeiro passo para construção de sua legitimidade está inserido no contexto de Estado Constitucional Cooperativo. Ou seja, o processo de elaboração dos precedentes deve ser aberto, de modo que se vinculem aos precedentes estrangeiros.¹¹² Desse modo se abre ao intérprete novos argumentos que antes ficariam ocultos.

Entretanto, mesmo tendo uma gama de fundamentos a sua disposição, tal intérprete terá que justificar suas escolhas, sob pena de as decisões não serem reconhecidas como legítimas. Nesse contexto, é necessário dizer que o processo de aceitação/rejeição dialógica das decisões constitui-se pela construção cooperativa, tendo na comparação jusfundamental um elemento estrutural legitimador da atuação das Cortes de onde são provenientes:¹¹³

“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

previamente escolhidos.” Cfr. 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.

¹¹¹ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 98.

¹¹² SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 98.

¹¹³ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 98.

Cooperativo, o qual, a partir dessa prática, encontrará nas Cortes Supremas e Constitucionais contexto institucional adequado”.¹¹⁴

A utilização do método comparado em direito constitucional produz consequências em diversos âmbitos, mas os mais visíveis estão no plano da exegese das normas constitucionais de conteúdo semântico aberto e de concretização indeterminada, o que facilmente pode ser exemplificada pelas normas constitucionais que declaram e/ou instituem direitos fundamentais.

Também é preciso reconhecer que a velocidade com que as relações sociais têm produzido modificações na realidade circundante ao Direito exige, cada vez mais, que o intérprete constitucional (principalmente quando no exercício do poder constituinte difuso) busque alternativas metodológicas para legitimar o seu processo de tomada de decisões.¹¹⁵ O fato de que a comparação jurídica se apresenta como o quinto método de interpretação, no contexto do Estado Constitucional, revela-se, nesse contexto, como uma consequência da história das exigências, cada vez mais complexas, de legitimação da própria interpretação jurídica.¹¹⁶

O argumento central é o de que, se na metódica proposta por Savigny (fundador da Escola Histórica do Direito no século XIX) havia lugar de destaque para o método histórico de interpretação, tem-se que, no paradigma cooperativo do Estado, o método comparativo ganha preeminência, pois esta é a via pela qual as diversas comunidades constitucionais nacionais e internacionais podem comunicar entre si, a fim de conferir mais força à ideia de conformação de um tipo de Estado que ao mesmo tempo se revele constitucional e cooperativo.¹¹⁷

¹¹⁴ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 99.

¹¹⁵ Essa é uma referência já mencionada em: 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.

¹¹⁶ Sobre o método comparativo como quinto elemento de interpretação constitucional vide: SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado constitucional cooperativo: o futuro do Estado e da interpretação constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle. **Revista Jurídica/Presidência da República**, vol. 7, n. 72, maio 2005 [internet] disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica.htm>. Acesso em: 22 mar. 2015.

¹¹⁷ HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*, trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 164.

2.3. Limites da comparação jusfundamental

Os limites e as possibilidades da comparação jusfundamental dependerão de cada ordenamento no qual os direitos fundamentais estão inseridos, mas também de outros fatores, como o momento histórico, a forma como tais direitos estão postos no texto constituição (se objetivo ou subjetivo) e o âmbito de sua proteção.¹¹⁸

Desse modo, não há como listar quais são as vantagens e desvantagem do método comparativista. O que se pode afirmar, no entanto, é que no contexto do Estado Constitucional, aberto, plural é 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.”¹¹⁹

2.4. Modelos de interpretação constitucional comparativa

Os professores Theda Skocpol e Margaret Somers, em seu trabalho “The use of comparative history in macro-social inquiry”¹²⁰ afirmam que é possível identificar três modelos de análise comparativa.

Primeiramente, há o modelo em que os estudos se dedicam, de forma sistemática, à variação entre casos, tendo como principal objetivo identificar e controlar as hipóteses formuladas. O segundo modelo propõe demonstração paralela, ou seja, que os diferentes casos sejam analisados por meio de um conjunto de conceitos e categorias comuns ou mesmo por um método concreto que envolva procedimentos comuns de análise dos fenômenos semelhantes/diferentes. Em terceiro lugar, o último modelo, talvez o mais difundido de todos, é o que preconiza a comparação de dois ou mais casos com a

¹¹⁸ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 108.

¹¹⁹ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 108.

¹²⁰ 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>>. Acesso em: 22 mar. 2015.

finalidade de evidenciar as suas diferenças recíprocas e eventuais semelhanças, para o que dá o nome de “contraste de contextos”.¹²¹

A demonstração paralela é o modelo que melhor enfrenta a questão da utilização, ou não, dos argumentos e fundamentos de decisões estrangeiras e/ou internacionais nas decisões constitucionais da Suprema Corte brasileira. Isso porque o método comparativo, proposto como caminho metodológico para a concretização das constituições, neste século XXI, não implica que se abra mão das particularidades regionais em prol de uma ordem universal, de modo que é preciso considerar as variáveis de cada decisão e compará-las entre si para chegar a alguma consideração consistente. É preciso contemplar o Estado cooperativo de Direitos Fundamentais como estado flexível o suficiente para dar conta das interferências de outras ordens normativas sem precisar ceder frente a elas.

A busca, de forma aberta e sensível, de uma nova forma de lidar com as complexas relações entre normatividades provenientes de ordens distintas, exige reflexões a partir de novos paradigmas, como o transconstitucionalismo¹²² e a interconstitucionalidade¹²³, confirmando-se a ideia de que se aproxima o tempo de uma maior relação entre as culturas, o que somente pode ter êxito a partir do método comparativo.¹²⁴

Existem pelo menos três métodos de procedimento no que diz respeito à interpretação constitucional comparativa: o universalista, o dialógico e o genealógico.¹²⁵

¹²¹ 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>>. Acesso em: 22 mar. 2015. Este também é o modelo que serviu de base para as reflexões da pesquisa iniciada pela Professora Christine Peter, registrada em sua tese de doutorado, defendida em 2013: SILVA, Christine O. Peter da. **Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais**. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf. Acesso em: 10 mar. 2015.

¹²² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.

¹²³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2008.

¹²⁴ HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**, trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 164-165.

¹²⁵ Tais modelos são anotados, indicando como referência compilatória a obra de CHOUDHRY, Sujit (org.). **The migration of constitutional ideas**. New York: Cambridge University Press, 2006. Vide também: SILVA, Christine O. Peter da. **Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais**. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2015.

A premissa universalista é aquela segundo a qual os diferentes sistemas jurídicos encontram soluções semelhantes para resolver problemas similares, mesmo diante das diferenças históricas, conceituais ou procedimentais. Neste caso, quaisquer diferenças são meramente acidentais, de forma que se revela adequado criar uma gramática e um dicionário comum para utilizar a comparação constitucional. Nesse contexto, a sua proposta é “criar um conjunto de princípios universais de justificação e limitação de sua atividade”.¹²⁶

Nesse contexto, a utilização do método comparativo ganha objetivo universal, “no sentido de que os direitos fundamentais em espécie - liberdade de expressão, liberdade religiosa, liberdade de associação, etc - serão concretizados por meio da referência recíproca a princípios”.

Já a interpretação dialógica é aquela que valoriza as diferenças, apresentando-se comprometida com o diálogo e a posição de estranhamento causada pelo outro. O objetivo mais imediato dessa metódica é a consideração e compreensão do outro como importante elemento da construção dos discursos, ou seja, é o procedimento que prestigia a alteridade e disponibilidade entre sistemas dogmático-constitucionais à abertura recíproca e ao constante enfrentamento¹²⁷. Essa interpretação, portanto, rejeita a perspectiva universalista, mas estimula a interpretação por meio de diálogo com as decisões estrangeiras.

Verifica-se que a interpretação divide-se em três momentos: “identificação das premissas factuais e normativas do caso; comparação das premissas do caso estrangeiro com o caso doméstico; e momento das escolhas interpretativas”.¹²⁸

¹²⁶ Cfr. CHOUDHRY, Sujit (org.). **The migration of constitutional ideas**. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 819-892. Vide também: SILVA, Christine O. Peter da. **Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais**. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2015.

¹²⁷ Cfr. CHOUDHRY, Sujit (org.). **The migration of constitutional ideas**. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 819-892. Vide também: SILVA, Christine O. Peter da. **Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais**. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2015.

¹²⁸ 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:

No primeiro momento, há o questionamento das “premissas factuais e normativas do caso estrangeiro”, no qual o intérprete questiona a sua própria ordem diante de outras ordens constitucionais. Já no segundo realiza-se a comparação em si, em que o intérprete confronta as premissas do caso doméstico com a do caso estrangeiro sob comparação. O terceiro momento é aquele que o intérprete reflete sobre as semelhanças e diferenças entre os casos decidindo se deverá ou não referenciar o precedente estrangeiro em seu próprio precedente.¹²⁹

Por fim, a interpretação genealógica pressupõe que as influências recíprocas nos processos constituintes levam a textos constitucionais pertencentes a determinadas famílias, em virtude de suas origens comuns. Sendo assim, esta metódica defende somente ser possível a comparação onde houver contextos históricos e culturais favoráveis. Desenvolve-se, a partir desse modelo metodológico, uma ideia de famílias jurídicas, ou de famílias constitucionais¹³⁰.

Não se pode deixar de fazer menção aqui que a metodologia de “migração de ideias constitucionais” tem produzido resultados instigantes.¹³¹ O ponto central da

<http://ssrn.com/abstract=1624070>; Acessado em 02/11/12, p. 858, apud SILVA, Christine O. Peter da. *Transjurfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 116.

¹²⁹ 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, apud SILVA, Christine O. Peter da. *Transjurfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 116.

¹³⁰ CHOUDHRY, Sujit (org.). *The migration of constitutional ideas*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 819-892. Vide também: SILVA, Christine O. Peter da. *Transjurfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2015.

¹³¹ Tal metodologia foi desenvolvida há uma década pela Escola Internacional de Direito Constitucional. A referida Escola está sediada em Nova York, onde a Cardoso Law School e a New York University institucionalizam as publicações no *International Journal of Constitutional Law- IJCL*, publicando textos sobre Direito Constitucional Comparado desde o ano 2000.

reflexão, a partir do paradigma da migração, é o de que há diferentes possibilidades para o uso da comparação nas ciências sociais e o Direito não foge dessa realidade.¹³²

A migração de ideias constitucionais aparece como metáfora para explicar as transferências recíprocas de ideias entre os diversos sistemas constitucionais. Vista sob ótica da interpretação dialógica, ela se apresenta como recurso comparativista a ser utilizado pelas Cortes Supremas e Constitucionais. Tudo isso para que as instituições se aproximem de forma segura de seus próprios argumentos.¹³³

Tal proposta, metáfora de migração de ideias constitucionais, é uma alternativa a outras classificações e abordagens propostas por diversos autores interessados na metódica comparativa. São elas: a fertilização cruzada, transplantes constitucionais, empréstimos constitucionais e diálogos judiciais transnacionais.¹³⁴

2.5. Diálogos Judiciais Transnacionais

Entendemos que o termo diálogos judiciais transnacionais é o mais adequado para representar o método composto por interações horizontais entre os juízes das mais altas cortes nacionais.¹³⁵ Tais interações acontecem de diversas formas e que se caracterizam pela ideia de alteridade, ou seja, de disponibilidade e abertura para outro.

“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

¹³² 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.

¹³³ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 120.

¹³⁴ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 119.

¹³⁵ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 138.

no campo do Direito Constitucional, mais especialmente da teoria, prática e dogmática dos direitos fundamentais”.¹³⁶

Trata-se, de uma tendência mundial, que no processo de tomada de decisão tem causado diversas consequências quando o assunto envolve a concretização de direitos fundamentais.¹³⁷

Conforme a professora tem ocorrido uma maior aproximação dos magistrados de diversas Cortes Supremas e Constitucionais no que se refere à utilização de jurisprudência internacional e estrangeira sobre direitos humanos e fundamentais por meio do fenômeno dos empréstimos, transplantes, fertilizações cruzadas entre outros.¹³⁸

Por fim, existem várias razões para justificar a escolha das Cortes a utilizar tais diálogos judiciais:

“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 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”.¹³⁹

¹³⁶ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 138.

¹³⁷ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 139.

¹³⁸ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 140.

¹³⁹ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 143-144.

2.6. A Transjusfundamentalidade como metodologia

Estamos seguros de que 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”.¹⁴⁰

Nesse sentido, a comparação paralela é a escolha metodológica para realizar tal desafio. Desse modo, “o método comparativo implica uma série de passos que se articulam de forma diferenciada segundo diferentes orientações teóricas e etimológicas”.¹⁴¹ Portanto, conforme os resultados obtidos já na primeira fase da pesquisa apresentada por ocasião da tese de doutoramento, é possível afirmar que “a opção por uma forma ou outra de lidar com a comparação como metódica científica”, revela apenas uma escolha de acompanhar tais resultados.¹⁴²

Desse modo, conforme a professora, o primeiro passo para realização desse modelo metodológico consiste no recorte dos fenômenos efetivamente comparáveis. A professora salienta que se deve aplicar rigorosamente “os 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”. O segundo passo sugerido relaciona-se com a definição dos elementos a serem comparados.¹⁴³

¹⁴⁰ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 156.

¹⁴¹ 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, apud SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 159.

¹⁴² SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 159-160.

¹⁴³ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 160.

Por fim, o terceiro 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).¹⁴⁴

2.7. Da conclusão sobre a Transjusfundamentalidade

Não há como negar que, nos últimos anos, o argumento transjusfundamental adquiriu certa consistência qualitativa e, principalmente, quantitativa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e que alguns Ministros “têm estado mais atentos e comprometidos com referência a precedentes estrangeiros como parte da fundamentação de seus votos”.¹⁴⁵

No entanto, não se pode dizer, por outro lado, que o Supremo Tribunal Federal tem consciência da transjusfundamentalidade como metódica adequada para a concretização dos direitos fundamentais e tampouco está vinculada ao paradigma do Estado Constitucional comparativo. Para ela, 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 a sociedade civil organizada -, chamarem a atenção para este fenômeno dos diálogos judiciais transnacionais que tem se destacado em Cortes de todo o mundo”.¹⁴⁶

¹⁴⁴ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 160.

¹⁴⁵ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 240.

¹⁴⁶ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 240.

3. A TRANSJUSFUNDAMENTALIDADE NAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE 2013 E 2014

O resultado a ser apresentado é decorrente da busca por precedentes do Supremo Tribunal Federal com referências a decisões de cortes estrangeiras constitucionais e/ou internacionais.

Para isso, foram combinadas as técnicas de pesquisa, tanto a bibliográfica (documentação indireta) quanto a documental (documentação direta), uma vez que se trata de tema que não tem vasta bibliografia pátria. Desse modo foi necessária uma séria e ampla abordagem documental (análise dos precedentes das Supremas Cortes que fizeram referência expressa a decisões de cortes estrangeiras e/ou internacionais), além da sistematização e revisão da bibliografia correlata, em sua grande maioria estrangeira.

Foram analisados todos os precedentes, de 1º de janeiro de 2013 até 21 de dezembro de 2014, marcados com o termo de referência <decisão estrangeira> no sítio da Corte Suprema Brasileira. Do universo explorado foram encontrados 53 decisões em 2013 e 26 decisões em 2014, que constituiu um grupo total de 79 julgados analisados.

Desse conjunto de decisões, após análise de seus conteúdos, foi excluída 1 decisão do ano de 2014, pois não constava nenhum precedente estrangeiro citado nos votos dos Ministros, aparentemente se trata de uma indexação errada¹⁴⁷.

As decisões foram analisadas sob o enfoque da metodologia comparativa. Destaca-se que a comparação aqui não é feita no sentido de comparação entre países ou sistemas, mas sim no sentido de comparação paralela de dados referentes a um universo de decisões de uma mesma Corte Suprema – o Supremo Tribunal Federal.

Registra-se que os dados obtidos foram sistematizados a partir dos seguintes critérios: o cronológico; o do Ministro que fez a referência; o tema do caso e o argumento específico em que a referência cruzada foi utilizada.

¹⁴⁷ Trata-se do RE 598085/SC, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 06/11/2014, DJ 09/02/2015

3.1. Resultados quantitativos referentes a 2013 e 2014

No ano de 2013 foram catalogadas 53 decisões do Supremo Tribunal Federal com referência expressa a precedentes estrangeiros que serviram como argumentos para os votos dos Ministros.

Ao todo foram referenciadas 5 Cortes Supremas e/ou Constitucionais estrangeiras, 1 Corte Interamericana, 3 Tribunais Constitucionais e outros 6 Tribunais diversos. A *Court of Common Pleas* foi a corte mais referenciada nos votos, seguida pela Suprema Corte dos Estados Unidos, pela Corte Constitucional alemã e por fim pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Entre os Tribunais, aquele que conteve mais referências foi o Superior Tribunal de Justiça Português, seguido pelo Tribunal Constitucional Espanhol.

A Ministra Rosa Weber (25 casos), Gilmar Mendes (11 casos), Luis Fux (7 casos) e Celso de Mello (7 casos) foram os que mais referenciaram decisões de Cortes estrangeiras em seus votos. Seguidos pelos Ministros Ricardo Lewandowski (5 casos), Ayres Britto (4 casos), Joaquim Barbosa (1 caso) e Cezar Peluso (1 caso) que também fizeram menção a precedentes de outras Cortes em seus votos julgados em 2013.

Os *habeas corpus* representam mais da metade dos casos analisados em 2013, com 57 por cento das decisões (30 casos), compondo a classe que mais se constata referências cruzadas. Em segundo lugar encontrar-se as Ações de Inconstitucionalidade e os Recursos Extraordinários, representados, respectivamente, com 9 por cento das decisões que continham referências a precedentes estrangeiros.

O precedente do *Acórdão de 26.04.1989, processo 10/89, BMJ 386, p. 422*, do Superior Tribunal de Justiça português foi registrado como precedente estrangeiro mencionado em 21 processos do Supremo Tribunal Federal em 2013. Seguido pelo *James Somerset da King's Bench* e *Buschel's Case*, de 1670, da *Court of Common Pleas*, tendo sido referenciados, respectivamente, em 19 processos. Também merece destaque os casos *McCulloch v. Maryland (1819)* da Suprema Corte norte-americana, presentes em 7 processos; *BVerfGE 70, 288-293* da Corte Constitucional alemã, presentes em 4 processos.

Por fim, os casos *Palamara Iribarne vs. Chile*, da Corte Interamericana de Direitos Humanos e *Ex Parte Milligan (71 U.S. 1)* de 1866 da Suprema Corte dos Estados

Unidos da América estão presentes, respectivamente, em 3 acórdãos do Supremo Tribunal Federal.

No ano de 2014 foram catalogadas 25 decisões do Supremo Tribunal Federal com referência expressa a precedentes estrangeiros que serviram como argumentos para os votos dos Ministros. As informações coletadas no sítio eletrônico da Suprema Corte brasileira permitiram verificar, em dados quantitativos, que houve uma baixa em relação ao ano anterior.

Ao todo foram referenciadas 5 Cortes Supremas e/ou Constitucionais estrangeiras, 1 Corte Internacional, 2 Tribunais Constitucionais e outros 2 Tribunais diversos. A Suprema Corte dos Estados Unidos foi a mais referenciada nos votos, seguida pelo Tribunal Constitucional Português e pela Corte Constitucional da Alemanha.

Os Ministros Celso de Mello (11 casos), Gilmar Mendes (5 casos) e Rosa Weber (3 casos) foram os que mais referenciaram decisões de Cortes estrangeiras em seus votos. Seguidos pelos Ministros Marco Aurélio (2 casos) e Luis Fux (2 casos) que também fizeram menção a precedentes de outras Cortes em seus votos. Já os Ministros Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Joaquim Barbosa fizeram referências apenas uma vez em 2014.

Os Recursos Extraordinários representam mais de 28 por cento das decisões (7 casos), classe em que mais foram constatadas as referências cruzadas, seguida dos AREs que somaram mais de 24 por cento (6 casos). Por fim, os *Habeas Corpus* tiveram 16 por cento do total (4 casos) de decisões que continham referências a precedentes estrangeiros.

Os precedentes do Acórdão 39/84 do Tribunal Constitucional Português foram registrados como precedentes estrangeiros mencionados em 5 processos do Supremo Tribunal Federal, esse foi o precedente mais utilizados no ano de 2014. Seguido pelo Caso *Panhandle Oil Co. vs. State of Mississippi Ex Rel. Knox* (277 U.S. 218) da Suprema Corte dos Estados Unidos, referenciado em 4 processos. Também merece destaque os casos *Brown VS. Board of Education* da Suprema Corte americana e *Buschel* (1670) da *Court of Common Pleas* inglesa, mencionados em 2 processos cada.

Por fim, registra-se que 74 por cento dos casos (39 acórdãos) analisados em 2013 e 72 por cento (18 acórdãos) em 2014 trataram da temática específica dos direitos

fundamentais. Referente a questões tributárias foram 7 por cento (3 acórdãos) em 2013 e 32 por cento (8 acórdãos) em 2014. Quanto as questões atinentes ao processo constitucional, 9 por cento (5 acórdãos) em 2013 para apenas um caso em 2014. Por fim, quanto as competências do Supremo Tribunal Federal, 9 por cento (5 acórdãos) em 2013 para apenas um caso em 2014 e um caso de competência do Ministério Público em 2013 e 2014 respectivamente.

3.2. Análise das decisões de 2013

A primeira decisão analisada na presente pesquisa foi a ADI 1842/RJ proposta pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT com objetivo de verificar se alguns dispositivos da Lei complementar nº 87/1997 e da Lei nº 2.869/1997, todas editadas pelo Estado do Rio de Janeiro, são compatíveis com a ordem constitucional vigente. Em suma, alegam os requerentes da ADI que haveria violação da autonomia dos municípios, ao princípio da não-intervenção dos estados nos municípios, entre outros princípios, caso ocorresse a transferência prevista nas normas impugnadas ao Estado do Rio de Janeiro de funções e serviços de competência municipal, especialmente quanto ao serviço público de saneamento básico.

Constata-se na fundamentação do voto-vista do Ministro Gilmar Mendes modelos do direito comparado de como ocorre a integração das funções públicas, notadamente a de saneamento público entre os entes federados. Esses modelos estrangeiros foram mencionados e analisados com objetivo de verificar como outros países tem lidado com esse problema que é comum e, a partir dessa análise, decidir qual a melhor solução a ser implementada no Brasil.

Nota-se que foram utilizados exemplos de países diversificados para a abordagem comparativa como, por exemplo, a área metropolitana de Nova Iorque, do modelo dos Kreise na Alemanha, da região metropolitana de Bilbao na Espanha, modelos da Índia, da França, da Inglaterra, verificando-se uma preocupação de ampliar os horizontes do debate.

Após esse diálogo com o direito comparado, o Ministro Gilmar Mendes conclui que o modelo que mais seria compatível com a Constituição Federal e se adequaria à realidade histórica do nosso país seria o modelo alemão. Ou seja, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes:

“[...] a solução parece residir no reconhecimento de sistema semelhante aos Kreise alemães, em que o Agrupamento de municípios junto com o estado federado detenha a titularidade e o poder concedente, ou seja, o colegiado formado pelos municípios mais o estado federado decida como integrar e atender adequadamente à função de saneamento básico”.¹⁴⁸

Assim, percebe-se que a abordagem dialógica e analítica do direito comparado serviu como ponto de partida para as conclusões do Ministro Gilmar Mendes no caso brasileiro, mas não constituiu único fundamento. Também, é importante ressaltar que, o Ministro Gilmar Mendes ao concluir que o modelo alemão seria o mais compatível com a realidade brasileira, explicou com consideráveis detalhes o porquê que o modelo alemão é o mais compatível com a Constituição Federal de 1988.¹⁴⁹

Nesse ponto, o Ministro Ricardo Lewandowski trava um pequeno debate com o Ministro Gilmar Mendes, concordando com a sua tese e mencionando a referência feita no seu voto do modelo alemão Kreis, trazendo à tona o exemplo da União Europeia, que assim como o modelo alemão caracteriza-se, segundo o Ministro Ricardo Lewandowski, mais um modelo do direito comparado de gestão compartilhada entre Estados e municípios.

A referência ao direito comparado também está presente na fundamentação do voto da Ministra Rosa Weber. Com efeito, antes de determinar como deve ser distribuída, no caso concreto, as competências dos Estados e dos Municípios, a Ministra Rosa Weber faz uma sucinta análise genérica das funções políticas que esses entes exercem no Brasil e no

¹⁴⁸ Cfr. ADI 1842/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, julgamento: 06/03/2013, DJ 16/09/2013, p. 181

¹⁴⁹ Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, “de acordo com o ordenamento constitucional, não é razoável a manutenção do poder concedente em cada município participante, sob pena de esvaziar o conteúdo do art. 25, § 3º, da Constituição Federal e a própria instituição de região metropolitana, microrregião ou aglomeração urbana, além de inviabilizar a prestação integrada e o adequado atendimento do interesse comum. [...] A inadequação da prestação da função de saneamento básico em um único município pode inviabilizar todo o esforço coletivo e afetar vários municípios próximos. Assim, o interesse comum é muito mais que a soma de cada interesse local envolvido, pois a má condução da função de saneamento básico por apenas um Município pode colocar em risco todo o esforço do conjunto, além das conseqüências para a saúde pública de toda a região. A solução parece residir no reconhecimento de sistema semelhante aos Kreise alemães [...]”

direito comparado¹⁵⁰, mencionando, mais especificamente as funções desses entes no federalismo dos Estados Unidos¹⁵¹ e no contexto da Inglaterra.¹⁵²

Além disso, o Ministro Gilmar Mendes ao proferir a sua decisão trouxe à tona a necessidade da modulação dos efeitos da decisão que declararia inconstitucional alguns dispositivos da norma impugnada no caso em apreço, sob o argumento de que:

“[...] a declaração de inconstitucionalidade sem efeitos modulados acarretaria a imediata interrupção da prestação dessa função pública, por absoluto vício nos instrumentos de concessão e na regulação que dispõe sobre as formas e tarifas da prestação da mencionada função pública”.¹⁵³

Devido a necessidade de modulação dos efeitos da decisão, uma vez que sem essa modulação a continuidade da prestação do serviço público de saneamento básico restaria prejudicada, o Ministro Gilmar Mendes, com o intuito de reforçar a tese da possibilidade de modulação de efeitos das decisões no âmbito do controle de constitucionalidade valeu-se de legislações, de precedentes estrangeiros: Caso *Markx*, de 13 de junho de 1979, do

¹⁵⁰ Veja a reflexão da Ministra Rosa Weber sobre o direito comparado em seu voto: “O Município brasileiro é uma inovação constitucional importante, pois, no direito comparado, as entidades equivalentes são, geralmente, detentoras apenas de autonomia administrativa. Já o Município brasileiro compõe a plenitude do sistema federativo, inclusive com toda estrutura da separação de poderes e organização político-administrativa. Nessas circunstâncias, caso a Constituição não declarasse explicitamente a sua autonomia plena, tal característica do Município igualmente decorreria do texto constitucional, p. 286

¹⁵¹ Por exemplo, como se verifica no seguinte trecho: “A competência residual do Estado é de fácil compreensão a partir de uma rápida retomada do início do federalismo nos Estados Unidos da América. [...] Apesar de não ter previsão constitucional e, portanto, não ser modelo político obrigatório de governo local, os governos municipais são expressões de tradição americana da autodeterminação política das comunidades, de acordo com os interesses e necessidades locais, o que dá concretude à convivência pública comunitária. [...] o federalismo brasileiro formalizou o Município como parte da Federação, como entidade não apenas administrativamente autônoma, mas também politicamente, sem deixar margem à dúvida do papel do poder local tal como ocorre nos Estados Unidos”, p. 288/290.

¹⁵² Por exemplo, como se verifica no seguinte trecho: “Essa mesma percepção sobre a questão da importância do poder local está presente na discussão sobre a autonomia dos governos locais na Inglaterra, em que se tem discutido políticas nacionais para a efetivação da democracia local como forma de dar respostas mais imediatas à população sobre decisões a respeito da prestação de serviços que afetam o seu bem-estar, costumes e particularidades econômicas e sociais. apud Essa visão está presente em BAILEY, Stephen and ELLIOTT, Mark. Taking local government seriously: democracy, autonomy and the Constitution. Cambridge Law Journal, vol. 68(2), July 2009, p. 436-472.”, p. 291

¹⁵³ Cfr. ADI 1842/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, julgamento: 06/03/2013, DJ 16/09/2013

Tribunal Europeu de Direitos Humanos¹⁵⁴ e *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965)¹⁵⁵, bem como procedeu a uma análise do tema no direito comparado.¹⁵⁶

Verifica-se extensas referências às legislações e jurisprudências estrangeiras, constituindo importante julgado para o estudo da abordagem comparativa, uma vez que os diálogos com o direito estrangeiro e as análises foram feitas com profundidade. Também, conforme explicitado acima, um debate, ainda que sucinto entre os Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandoski, demonstrando uma abertura para o exercício comparativo, principalmente do Ministro Gilmar Mendes.

As ações diretas de inconstitucionalidade autuadas sob o número ADI 4425/DF, ADI 4357/DF, ADI 4400/DF e ADI 4372/DF, todas sob relatoria do Ministro Ayres Britto, foram ajuizadas com o objetivo de discutir a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 62, de 9 de dezembro de 2009, que modificou o regime jurídico dos precatórios devidos pela Fazenda Pública alterando o art. 100 da Constituição e inserindo o art. 97 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

A referência ao precedente estrangeiro, o Caso *Hornsbyv.s* Grécia da Corte Europeia de Direitos Humanos, foi feita pelo Ministro Ayres Britto na fundamentação do

¹⁵⁴ Trecho em que foi mencionado as legislações estrangeiras e o Caso Markx, de 13 de junho de 1979, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos: “De fato, série expressiva de Cortes Constitucionais e Cortes Supremas adota a técnica da limitação de efeitos, v. g. a 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), a Corte Constitucional portuguesa (Constituição, art. 282, n. 4), o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia (art.174, 2 do Tratado de Roma), o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (caso Markx, de 13 de junho de 1979), entre outras [Cf. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. "Da Declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das Leis n. 9.868 e 9.882/99". In: SARMENTO, Daniel (org.). O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001].”

¹⁵⁵ Trecho em que foi mencionado o precedente *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965): “O precedente da Suprema Corte norte-americana, o caso *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965), foi mencionado indiretamente por das palavras de Laurence Tribe: Sobre o tema, afirma Tribe: "No caso *Linkletter v. Walker*, a Corte rejeitou ambos os extremos: 'a Constituição nem proíbe nem exige efeito retroativo.' Parafrazeando o Justice Cardozo pela assertiva de que 'a constituição federal nada diz sobre o assunto', a Corte de *Linkletter* tratou da questão da retroatividade como um assunto puramente de política (política judiciária), a ser decidido novamente em cada caso. A Suprema Corte codificou a abordagem de *Linkletter* no caso *Stovall v. Denno*: 'Os critérios condutores da solução da questão implicam (a) o uso a ser servido pelos novos padrões, (b) a extensão da dependência das autoridades responsáveis pelo cumprimento da lei com relação aos antigos padrões, e (c) o efeito sobre a administração da justiça de uma aplicação retroativa dos novos padrões". (TRIBE, Laurence. *The American Constitutional Law*. New York: The Foundation Press, 1988)”

¹⁵⁶ Um dos trechos em que faz análise do tema no direito comparado: “[...] as técnicas inovadoras de controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral têm sido cada vez mais comuns na realidade do direito comparado, na qual os tribunais não estão mais afeitos às soluções ortodoxas da declaração de nulidade total ou de mera decisão de improcedência da ação com a consequente declaração de constitucionalidade.”, p. 195

seu voto em todas as ações diretas de inconstitucionalidade mencionadas acima, no contexto em que discutia vícios de constitucionalidade material do § 15, art. 100 acrescentado pela EC nº 62/2009.

O art. 100, § 15º versava sobre a possibilidade de o legislador complementar estabelecer um “regime especial” para pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, dispondo sobre vinculações da receita líquida, forma e prazo de liquidação. Esse regime especial, na ausência de lei complementar, foi instituído pelo art. 97 da ADCT, dispondo, por exemplo, que o Poder Público poderá estender por até quinze anos a execução das sentenças judiciais referentes a precatórios (parte final do § 14º do art. 97 da ADCT).

O voto do Ministro Ayres Britto foi no sentido de declarar tais dispositivos inconstitucionais, utilizando entre outros, o argumento de que a execução da sentença judicial e a consequente entrega, a quem de direito, do bem jurídico objeto da demanda integra o próprio núcleo de garantia do livre e eficaz acesso ao Poder Judiciário. A referência à jurisprudência estrangeira veio reforçar esse argumento de que a execução da sentença judicial integra o direito fundamental à entrega da prestação jurisdicional eficaz e efetiva.¹⁵⁷

Ademais, nas ADI 4400/DF e ADI 4357/DF, bem como na ADI 4425/DF além da referência ao Caso *Hornsbyv.s Grécia* da Corte Europeia de Direitos Humanos, também foi mencionado o caso *McCulloch v. Maryland* (1819) da Suprema Corte norte-americana. A referência a esse célebre precedente veio na parte da fundamentação do voto-vista do Ministro Luiz Fux em que verificava a existência de vícios formais de inconstitucionalidade na EC nº 62/2009 para lembrar a advertência feita pelo Chief Justice Marshall, quando do julgamento do referido caso, de que "We must never forget that is the constitution we are expounding".

¹⁵⁷Trecho do voto do Ministro Ayres Britto que faz referência ao precedente estrangeiro: “Não por outro motivo é que a Corte Europeia de Direitos Humanos, já em 19/03/1997, ao julgar o caso *Hornsby x Grécia*, assentou que “a execução de uma sentença, qualquer que seja o órgão jurisdicional, deve ser considerada como parte integrante do processo”. Pelo que, “se a Administração se recusa ou se omite a executar [a sentença], ou ainda se demora a fazê-lo, as garantias do artigo 6º [da Convenção Europeia de Direitos Humanos], das quais se beneficia o demandante durante a fase judicial do processo, perderiam qualquer razão de ser.”

Segundo o Ministro Fux, era necessário ter em mente essa advertência, pois ao declarar a inconstitucionalidade formal da EC nº 62/2009, o Poder Judiciário estaria interferindo no processo político e correndo o risco de, “[...] sufocar e de engessar a dinâmica própria aos agentes políticos eleitos, aprisionando-a por força externa em fórmulas rígidas que não se ajustam bem à cambiante necessidade de acomodar uma ampla gama de anseios sociais divergentes no Parlamento [...]”¹⁵⁸ e, conseqüentemente, a Suprema Corte estaria 'expondo' a Constituição que, nas suas palavras trata-se de “[...] documento que se situa na fronteira entre a política e o Direito, e que corporifica difícil pretensão de conter e racionalizar o fenômeno político [...]”.¹⁵⁹

No entanto, as referências a jurisprudências estrangeiras não foram determinantes para o desfecho do caso concreto. Em primeiro lugar, porque as ADIs 4372/DF e 4400/DF foram extintas sem resolução de mérito por falta de legitimidade *ad causam*, restando prejudicada a discussão sobre a constitucionalidade da EC nº 62/2009. Em segundo lugar, porque mesmo nas ações em que não foi acolhida a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam*, os precedentes não assumiram um papel de destaque na fundamentação dos votos em que foram mencionados, nem foram objeto de debate entre os demais Ministros.

A Rcl 4374/PE, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes, foi ajuizada pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) contra decisão que concedeu judicialmente o benefício assistencial previsto no art. 203, inciso V da Constituição Federal de 1988 sem observar o requisito legal objetivo expresso no § 3º do art. 20 da Lei 8.742/1993 (Lei de Organização da Assistência Social - LOAS) cuja constitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232/DF.

Na fundamentação do seu voto, o Ministro Gilmar Mendes, relator do feito, realizou no âmbito da reclamação o juízo de constitucionalidade das normas já declaradas constitucionais na ADI 1.232, uma vez que, segundo o seu entendimento, em sede de reclamação, também seria possível fazer um juízo de constitucionalidade e modificar a decisão apontada como violada. Para justificar a possibilidade desse novo juízo de constitucionalidade, o Ministro Gilmar Mendes fez referência à jurisprudência da Corte

¹⁵⁸ Cfr. ADI 4400/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento 06/13/2013, DJ 03/10/2013; e ADI 4357/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento: 14/03/2013, DJ 26/09/2014; ADI 4425/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento: 14/03/2013, DJ 19/12/2013

¹⁵⁹ Cfr. ADI 4400/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento 06/13/2013, DJ 03/10/2013; e ADI 4357/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento: 14/03/2013, DJ 26/09/2014; ADI 4425/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento: 14/03/2013, DJ 19/12/2013

Constitucional Alemã para invocar uma exceção à regra da inadmissibilidade de novo juízo de constitucionalidade de norma já declarada constitucional.¹⁶⁰

Sendo assim, após ter invocado a possibilidade de rever a interpretação no controle de constitucionalidade e ter apresentado as razões que justificaram essa modificação no entendimento¹⁶¹, o Ministro Gilmar Mendes se lembrou de um precedente alemão semelhante ao enfrentado pelo Supremo no caso *sub judice*, o caso *Hartz IV* do Tribunal Constitucional Federal alemão, e fez as seguintes considerações:

“Após muito refletir sobre o problema posto no presente processo, creio que seria o caso de se adotar uma decisão parecida com a que o Tribunal Constitucional Federal alemão proferiu no caso *Hartz IV*, em nove de fevereiro de 2010, declarando a inconstitucionalidade da lei que instituiu novos benefícios sociais, mas mantendo-a válida até o final do ano seguinte, tempo suficiente para que os Poderes Executivo e Legislativo refizessem os cálculos orçamentários e construíssem novos critérios”.¹⁶²

Para o Ministro Gilmar Mendes, esse precedente estrangeiro cujo tema central também diz respeito à concessão de benefício assistencial poderia trazer novas perspectivas para a decisão no caso em apreço, principalmente no que tange ao lapso temporal concedido ao legislador para o estabelecimento de uma legislação, de um novo procedimento. Com efeito, nas palavras do Ministro Gilmar.

“[...] esses aspectos da Lei do Hartz IV foram declarados inconstitucionais pelo Tribunal, que entendeu, entretanto, que sua pronúncia de nulidade poderia gerar uma situação pior da que a já vigente. Ao seguir o princípio de que o estabelecimento do benefício é atribuição do legislador, [...] decidi que estes dispositivos, ainda que inconstitucionais, deveriam permanecer aplicáveis até que a nova legislação fosse elaborada. Para isso, foi fixado um prazo ao legislador estabelecer um novo procedimento”.¹⁶³

¹⁶⁰ Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes que referencia a jurisprudência alemã: “Em síntese, declarada a constitucionalidade de uma lei, ter-se-á de concluir pela inadmissibilidade de que o Tribunal se ocupe uma vez mais da aferição de sua legitimidade, salvo no caso de significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes. [*BVerfGE 33/199 e 39/169*]”, p. 27.

¹⁶¹ Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, “a seguir apresento as razões que, reveladoras de um processo de evolução interpretativa no controle de constitucionalidade, podem justificar a completa superação da decisão na ADI 1.232: a) a possível omissão inconstitucional parcial em relação ao dever constitucional de efetivar a norma do art. 203, V, da Constituição; b) o processo de inconstitucionalização do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93”, p. 31

¹⁶² Cfr. Rcl 4374/PE, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento: 18/04/2013, DJ 04/09/2013, p. 41

¹⁶³ Cfr. Rcl 4374/PE, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento: 18/04/2013, DJ 04/09/2013, p. 43

Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal chegou à conclusão, por maioria, pela improcedência da reclamação, não sendo acatado pelos demais Ministros os argumentos do Ministro Gilmar Mendes no sentido de declarar inconstitucional o art. 20, § 3º da LOAS, sem pronúncia de nulidade e com a concessão de prazo (até 31 de dezembro de 2014) para que o legislador estabelecesse um novo procedimento para regulamentar o tema em questão.

Dessa forma, verifica-se que restou prejudicada as teses que os precedentes estrangeiros davam suporte. Ademais, apesar de trechos da decisão do caso *Hartz IV* ter sido transcrita, bem como ter tido diversos aspectos analisados, esse precedente estrangeiro, bem como os demais que foram mencionados no presente julgado, não foram objeto de debates entre os demais Ministros.

No RE 630733/DF, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes, a discussão central era se avaliou se a existência de norma editalícia – a qual previa a impossibilidade de remarcação de teste físico para data diversa da original prevista no edital de certame, em virtude de alterações pessoais orgânicas e/ou fisiológicas temporárias do candidato – viola o postulado da isonomia.

No desfecho do caso, por maioria dos votos, chegou-se à conclusão de que não haveria afronta ao princípio da isonomia, mas para isso foi necessário alterar a jurisprudência adotada pelo Supremo Tribunal Federal e com base em razões de segurança jurídica modular os efeitos da decisão.

A referência aos precedentes estrangeiros¹⁶⁴ foi mencionada pelo Ministro Gilmar Mendes para ilustrar esse fenômeno de mudança de jurisprudência decorrente de nova interpretação do texto constitucional. Entre os casos célebres em que ocorreu o fenômeno da mutação constitucional, foram citados a mudança de jurisprudência do caso *Plessy v. Ferguson* (1896) pelo caso *Brown v. Board of Education* (1954), bem como a superação de entendimento do caso *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949) pelo caso *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), todos da Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

¹⁶⁴ São eles: *Plessy v. Ferguson* (1896), *Brown v. Board of Education* (1954), *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965) e *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949), da Suprema Corte dos Estados Unidos da América; BVerfGE 33, 1 (12) da Corte Constitucional alemã.

Ademais, o caso *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965) da Suprema Corte norte-americana e o caso *BVerfGE 33, 1 (12)* da Corte Constitucional alemã, foram mencionados no voto do Ministro relator para dar sustentação à tese de que em razão da ocorrência de mutação constitucional era possível e necessário a modulação dos efeitos da decisão.

Verifica-se, portanto, que os precedentes estrangeiros foram citados com o intuito de dar mais consistência aos argumentos do Ministro relator, não ocorrendo debate entre os ministros acerca dos precedentes estrangeiros mencionados.

No HC 110185/SP e HC 110237/PA, bem como no HC 112936/RJ, todos sob relatoria do Ministro Celso de Mello, a discussão cingia-se aos elementos que caracterizam o delito praticado no caso concreto para fins de definição de qual o juízo competente para processar e julgá-lo em observância ao princípio do juiz natural: se a competência penal era da Justiça Militar ou da Justiça Comum Estadual.

Ressalta-se que já na ementa do julgado há a referência explícita de que o tema ora discutido também é regulado no âmbito do direito comparado.

A referência aos precedentes estrangeiros¹⁶⁵ foram feitas no voto do Ministro Celso de Mello, relator do feito, na discussão central sobre a competência jurisdicional para o caso concreto. O primeiro precedente estrangeiro citado foi o *Caso PalamaraIribarne vs. Chile*, de 2005 da Corte Interamericana de Direitos, com o objetivo de dar sustentação à tese do Ministro relator de que a competência penal da Justiça Militar deve ser excepcional.¹⁶⁶

O segundo precedente estrangeiro citado foi da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, o Caso *ExParte Milligan*, 71 U.S.1 (1866). Foi transcrita uma parte significativa dessa decisão na fundamentação do voto, sendo objeto de considerações por

¹⁶⁵ São eles: Caso *PalamaraIribarne vs. Chile*, de 2005 da Corte Interamericana de Direitos Humanos e Caso *Ex Parte Milligan*, 71 U.S.1 (1866) "landmarkruling" da Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

¹⁶⁶ Segundo o Ministro Celso de Mello, "[...] cabe registrar importantíssima decisão proferida pela Corte Interamericana de Direito Humanos, em 22/11/2005, no julgamento do caso "Caso *PalamaraIribarne vs. Chile*", em que se determinou à República do Chile, entre outras providências, que ajustasse, em prazo razoável, o seu ordenamento interno aos padrões internacionais sobre jurisdição penal militar, de forma tal que, se se considerasse necessária a existência (ou subsistência) de uma jurisdição penal militar, fosse essa limitada, unicamente, ao conhecimento de delitos funcionais cometidos por militares em serviço ativo." Cfr. HC 110185/SP, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento: 14/05/2015, DJ 30/10/2014; e HC 110237/PA, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento: 19/02/2013, DJ 04/03/2013; HC 112936/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento: 05/02/2013, DJ 17/05/2013.

parte do Ministro Celso de Mello no que tange ao contexto em que tal decisão foi proferida, bem como serviu de respaldo para a seguinte conclusão: “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”.¹⁶⁷

Sendo assim, em resumo, verifica-se que os precedentes estrangeiros foram mencionados e analisados com o objetivo de reforçar os argumentos acerca do caráter excepcional da competência penal da Justiça Militar e demonstrar a essencialidade do princípio do juiz natural.

Ademais, apesar da jurisprudência estrangeira não ter sido debatida entre os Ministros, tratou-se de decisão em que os precedentes estrangeiros foram analisados com mais profundidade. No entanto, ainda não se pode concluir que a citação de precedente estrangeiro foi baseada na metódica da transjurfundamentalidade.

O MS 32033/DF, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes, foi impetrado com o objetivo de obstar a tramitação no Senado Federal do Projeto de Lei 4.470/2012 que já foi aprovado na Câmara dos Deputados, sob a alegação, em suma, de que esse projeto ao estabelecer regras para a migração partidária ocorrida durante a legislatura determinando que esta não importará a transferência de recursos do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral para outra agremiação política, ofenderia aos princípios da livre criação de novos partidos, do pluralismo político, bem como o postulado da isonomia de chances entre as agremiações partidárias.

O Ministro Gilmar ao defender a sua tese sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade prévio dos atos legislativos que afrontem cláusulas pétreas e a legitimidade ativa dos parlamentares para provocar esse controle por meio do mandado de segurança, fez uso de extensa jurisprudência estrangeira, notadamente a da Corte Constitucional alemã.

¹⁶⁷ Cfr. HC 110185/SP, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento: 14/05/2015, DJ 30/10/2014; e HC 110237/PA, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento: 19/02/2013, DJ 04/03/2013; HC 112936/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento: 05/02/2013, DJ 17/05/2013.

A primeira referência da jurisprudência alemã¹⁶⁸ no voto do Ministro Gilmar Mendes, juntamente com a citação de trecho da obra de Konrad Hesse, foi feita com o objetivo de esclarecer a função e o conteúdo das cláusulas pétreas, no contexto em que discutia a possibilidade de previsão constitucional dessas cláusulas no ordenamento jurídico brasileiro. Posteriormente, mencionou jurisprudência da Corte Constitucional alemã¹⁶⁹ que enfrentou controvérsia semelhante daquela debatida no caso *sub examine*, isto é, com a função e possibilidade de previsão no ordenamento jurídico de limites materiais (cláusulas pétreas) à modificação da ordem constitucional vigente.

Após ter sustentado a tese a favor da possibilidade de previsão constitucional das cláusulas pétreas no ordenamento jurídico brasileiro, o Ministro Gilmar Mendes passou a defender o argumento de que os direitos políticos como, por exemplo, o direito à igualdade de chances no processo de concorrência democrática, são considerados cláusulas pétreas da Constituição Federal de 1988, bem como levantou o argumento da possibilidade e legitimidade da gradação do princípio da “igualdade de chances”. Para apoiar esses argumentos e demonstrar que outros sistemas constitucionais também entendem da mesma forma, o Ministro Gilmar Mendes valeu-se da jurisprudência estrangeira tanto de forma genérica¹⁷⁰ quanto de forma específica ao citar julgados do Tribunal Federal Constitucional Alemão.¹⁷¹

¹⁶⁸ Trecho do voto Ministro Gilmar Mendes: Tais cláusulas devem impedir, todavia, não só a supressão da ordem constitucional [BVerfGE, 30:1(24), mas também qualquer reforma que altere os elementos fundamentais de sua identidade histórica (HESSE, Konrad. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1982, cit., p. 262). P. 68

¹⁶⁹ Trecho do voto Ministro Gilmar Mendes: Nessa decisão do Bundesverfassungsgericht, de 1970, sustentou-se que a disposição contida no art. 79, III, da Lei Fundamental visa a impedir que "a ordem constitucional vigente seja destruída, na sua substância ou nos seus fundamentos, mediante a utilização de mecanismos formais, permitindo a posterior legalização de regime totalitário" (BVerfGE, 30:1(24); BVerfGE, 34:9(19); HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts, cit., p. 262-4).

¹⁷⁰ Como, por exemplo, ocorre no seguinte trecho: "Já tive a oportunidade de anotar que alguns sistemas constitucionais, como o alemão, lograram formular o princípio da igualdade de chances, entre os partidos políticos, como autêntico direito fundamental, assentando seus fundamentos, dentre outros, no postulado geral da igualdade (Lei Fundamental, art. 3º, I). Tais elementos serviram de base para o desenvolvimento da construção jurisprudencial iniciada pelo "Bundesverfassungsgericht" em 1952." Ou ainda no seguinte trecho: P. 85 "Uma radical gradação do direito de igualdade de chances acabaria por converter-se em autêntica garantia do status quo. Daí ter-se consolidado na Jurisprudência constitucional alemã orientação que assegura a todos os partícipes do prélio eleitoral, pelo menos, uma "adequada e eficaz propaganda" ("angemessene und wirksame Wahlpropaganda")." p. 80

¹⁷¹ Como, por exemplo, ocorre no seguinte trecho: "O princípio da igualdade de chances deve imperar não apenas durante o processo eleitoral, mas já antes dele, na preparação das eleições. A democracia não tem como ser exitosa no momento em que partidos políticos ingressam na campanha eleitoral em diferentes condições (BVerfGE 82, 322; 44, 125). No direito alemão, consagra-se que o partido político que não obtiver 5% (cinco por cento) dos votos na votação proporcional, ou pelo menos três mandatos diretos, não obterá mandato algum, também na eleição para o chamado primeiro voto. Nesse caso, despreza-se a votação dada ao partido. Tal cláusula de barreira (Sperrklausel) faz parte do sistema eleitoral germânico desde 1975.

Após esse diálogo com a jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, o Ministro Gilmar Mendes passou a “[...] indagar se princípio da igualdade de chances, tal como desenvolvido pela doutrina e jurisprudência alemãs, afigura-se compatível com o ordenamento constitucional brasileiro.”¹⁷² E conclui que:

“[...] a concorrência entre os partidos, inerente ao próprio modelo democrático e representativo, tem como pressuposto inarredável o princípio de igualdade de chances. Assim, tal princípio constitui cláusula pétrea da Constituição de 1988 e pilar do próprio regime democrático brasileiro.”¹⁷³

Além disso, o Ministro Gilmar Mendes, fez referência na fundamentação do seu voto à análise feita por *Klaus Stüwe* da jurisprudência do Tribunal Alemão¹⁷⁴, com o intuito de salientar o papel que as minorias exercem no controle dos atos praticados pelos órgãos representativos da Alemanha, demonstrando que a previsão dos direitos de minoria em face dos direitos da maioria também encontra respaldo no direito comparado.

A tese apoiada pela jurisprudência estrangeira e defendida pelo Ministro Gilmar Mendes não foi a vencedora no caso concreto, restando prejudicada pelo argumento vencedor levantado pela maioria dos demais Ministros no sentido da impossibilidade de se efetuar controle preventivo material de constitucionalidade, pois, ao agir dessa forma, estaria o Poder Judiciário agindo dentro da competência de atuação constitucionalmente prevista para o Poder Legislativo.

Em 1990, o Tribunal Constitucional Federal alemão foi demandado a apreciar a constitucionalidade dessa cláusula para as eleições, para o Bundestag, de 1990, as primeiras a serem realizadas após a Reunificação [BVerfGE 82, 322]. Ao considerar o excepcional momento histórico vivido na Alemanha, a Corte utilizou-se do princípio da *Chancengleichheit* [da igualdade de chances] para justificar que a cláusula de barreira não seria aplicada aos Estados da antiga República Democrática da Alemanha. Entendeu que os novos partidos surgidos nesse antigo território comunista não teriam condições de se estruturar em tempo hábil de competir em igualdade de chances com as agremiações já constituídas na República Federal da Alemanha. [BVerfGE 82, 322]. Além de assegurar que tratamentos diferenciados a partidos políticos são aceitáveis apenas quando apresentarem forte e legítima justificativa para tanto, a jurisprudência da Corte é firme no sentido de que o campo de atuação (*Spielraum*) do legislador nessa matéria é extremamente reduzido. [BVerfGE 82, 322].”p. 86/87

¹⁷² MS 32033/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento: 20/06/2013, DJ 20/06/2013. P. 87

¹⁷³ MS 32033/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento: 20/06/2013, DJ 20/06/2013. P. 92

¹⁷⁴ Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes: “Na experiência do direito comparado, Klaus Stüwe realiza profunda análise sobre a jurisprudência do Tribunal Alemão desde o seu surgimento (1951) até os dias atuais. O jurista alemão afirma que, na repartição das funções do Estado de Direito, o controle das instituições democráticas é exercido, de forma compartilhada, entre a “oposição parlamentar” e a “jurisdição constitucional”. [...] Nesse particular, o próprio Klaus Stüwe realça o papel desempenhado pelos controles derivados dos direitos da minoria, os quais são importantes, sobretudo, nas hipóteses em que tais prerrogativas sejam “absolutas”, ou seja, independam da vontade da maioria. Como algumas categorias desses importantes controles, Stüwe destaca dois exemplos da Lei Fundamental alemã [...]. p. 99/100

Verifica-se que esse argumento sobre a impossibilidade de controle preventivo de constitucionalidade foi levantado no voto de diversos Ministros. Teori Zavascki¹⁷⁵, Rosa Weber e Joaquim Barbosa¹⁷⁶ trouxeram em suas fundamentações exemplos de direito comparado como reforço argumentativo.

Ademais, nota-se que enquanto a referência ao direito comparado no voto do Ministro Teori Zavascki e do Ministro Joaquim Barbosa foi feita de maneira superficial, no voto da Ministra Rosa Weber o direito estrangeiro mencionado foi objeto de profundas considerações, sendo analisado os modelos de controle de constitucionalidade de diversos países como, por exemplo, os da França¹⁷⁷ e os da Espanha¹⁷⁸, verificando-se na análise como o direito estrangeiro lida com esse problema que é comum ao Brasil.

No Edcl Ext 1064 extensão-terceira-ED foi julgado o embargo de declaração nos pedidos de extensão na extradição 1064. O impetrante opôs embargos de declaração contra o acórdão que deferiu três pedidos de extensão da extradição que visa à submissão do Extraditado a diversos processos penais por crimes de peculato e de abuso de confiança agravado perante as Cortes Portuguesas. O desfecho do caso foi no sentido da inexistência de omissão, uma vez que o tema foi devidamente enfrentado no acórdão embargado.

Dentre os vícios apontados pelo impetrante no acórdão que deferiu três pedidos de extensão da extradição, estava a omissão do julgado quanto às datas dos crimes inseridos nos pedidos de extensão, a impossibilitar a verificação do prazo prescricional.

¹⁷⁵ Trecho do voto do Ministro Teori Zavascki: “Tal elastério – que consagraria um modelo de controle jurisdicional preventivo sem similar no direito comparado, porque direcionado a meros projetos, antes mesmo de qualquer deliberação definitiva do Legislador a respeito (o exemplo, sempre referido de controle preventivo, exercido pelo Conselho Constitucional na França, tem por objeto leis ainda não promulgadas, mas já aprovadas pelo Parlamento) - certamente ultrapassa os limites constitucionais da intervenção do Judiciário no processo de formação das leis, judicializando-o excessiva e injustificadamente”. p. 144/145.

¹⁷⁶ Trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa: “Pude apurar que até mesmo na França não se tem registro de sustação preventiva de deliberação de projeto de lei, ainda que o Conselho constitucional tenha, em pelo menos uma oportunidade, decretado a inconstitucionalidade de dispositivo legal que reproduzira conteúdo de diploma anterior, ainda que de forma mais “suave” (Decisão 89-258 DC, de 8 de julho de 1989).”p. 300

¹⁷⁷ Segundo a Ministra Rosa Weber, “no modelo preventivo de controle de constitucionalidade praticado na França desde 1958, a guarda da Constituição é exercida por um órgão – o Conseil Constitutionnel – de feição marcadamente política, pois diretamente vinculado ao Poder Legislativo. No singular modelo francês, de fato, a guarda da Constituição foi confiada a instituição outra que não o Poder Judiciário: trata-se de mecanismo de controle de constitucionalidade que não ostenta natureza jurisdicional. Mesmo em tal modelo, impende destacar que somente após “exauridas todas as fases do Processo Legislativo, o projeto de lei pode ser encaminhado ou não ao Conselho Constitucional para receber manifestações sobre sua possível constitucionalidade”, p. 154.

¹⁷⁸ Segundo a Ministra Rosa Weber, “a Espanha suprimiu do seu ordenamento jurídico, desde 1985, a possibilidade de controle preventivo, no curso do processo legislativo, da constitucionalidade de leis orgânicas.”, p. 155.

A Ministra Rosa Weber, relatora do feito, ao verificar a alegada omissão transcreveu em seu voto um trecho do voto condutor do acórdão embargado que continha decisões estrangeiras (decisões e número dos processos em que o extraditado era arguido em Portugal).

Dessa forma, verifica-se que as referências ao precedente estrangeiro não fizeram parte da argumentação dos Ministros, nem mesmo da Ministra relatora Rosa Weber. Elas referiam-se a processos em que o extraditado era arguido perante as Cortes Portuguesas, sendo citados apenas para a verificação da alegada omissão, no caso concreto, pela inexistência da data dos crimes inseridos nos pedidos de extensão.

No RHC 106012/SP, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes, discutia-se as alegações de inépcia da denúncia e de ilicitude das interceptações telefônicas. No que diz respeito à licitude das interceptações telefônicas, o núcleo da controvérsia consiste no argumento de que a ilicitude da prova advém da inobservância do juízo natural, em decorrência da incompetência do juízo que determinou a realização da interceptação telefônica.

Ao discutir a licitude da interceptação telefônica, no caso concreto, veio à tona o tema sobre a possibilidade de utilização da prova ilicitamente obtida para fins de instrução penal. Sobre o tema, o Ministro Gilmar Mendes, mencionou o precedente da Suprema Corte norte-americana¹⁷⁹ para invocar a “exceção de boa-fé” à regra “*Exclusionary Rule*”¹⁸⁰, que parte da premissa de que a “*Exclusionary Rule*” foi concebida para deter as ações policiais ilegais e não punir os erros dos magistrados.

Com efeito, verifica-se que a invocação do precedente estrangeiro foi feita para invocar a “exceção de boa-fé” a condutas não policiais, como sejam, no caso concreto, o erro do magistrado que deferiu a realização da interceptação telefônica, devido a sua incompetência. Dessa forma, a referência a precedente estrangeiro, juntamente com

¹⁷⁹ Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes que menciona o precedente da Suprema Corte norte-americana: Não é por outra razão, por exemplo, que a Suprema Corte norte-americana desenvolveu a good faith exception to the exclusionary rule was designed to deter unlawful Police action, not punish the errors of magistrates (Leon vs. US, 468). Esse argumento e precedente da Suprema corte norte-americana também pode ser encontrado no HC 110496/RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes, Julgamento: 09/04/2013, DJ 04/12/2013

¹⁸⁰ Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes que menciona a Exclusionary Rule e faz referência à jurisprudência norte-americana: Não é por outra razão, por exemplo, que a Suprema Corte Americana desenvolveu a good faith exception to the exclusionary rule, que parte da premissa de que the exclusionary rule was designed to deter unlawful Police action, not punish the errors of magistrates (Leon vs. US, 468).

referências a doutrina estrangeira e nacional, serviu de sustentação a argumento do Ministro Gilmar Mendes sobre a possibilidade de distinção dos efeitos das provas dependendo dos seus vícios.

No desfecho desse caso, a tese vencedora foi no sentido de que mesmo que a prova seja ilícita, pois eivada de vício sobre a autoridade que a deferiu, é possível atribuir significado a essa prova, ela pode ser utilizada para fins de condenação criminal, uma vez que não houve abuso estatal nessa conduta, mas apenas um erro procedimental.

É importante registrar que não houve discussão sobre a metódica comparativista, a jurisprudência norte-americana foi referenciada de maneira superficial, servindo apenas como apoio argumentativo.

No RE 548181/PR, a questão posta para debate era se o condicionamento da ação penal à identificação e à persecução concomitante da pessoa física encontra amparo na Constituição Federal de 1988. O voto da Ministra Rosa Weber, relatora do feito, fez referência a precedentes norte-americanos¹⁸¹ e a um precedente da Corte inglesa¹⁸² durante uma digressão a respeito do tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

O objetivo das referências era ilustrar, devido ao caráter polêmico que ostenta o tema da responsabilidade penal, como a Corte de outros países o enfrentam, isto é, se reconhecem, ou não, a possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas por crime praticado por seus dirigentes ou empregados.

A questão da possibilidade de responsabilidade penal das pessoas jurídicas não era a questão central do acórdão, uma vez que esta possibilidade já está reconhecida no art. 225, § 3º da Constituição Federal brasileira de 1988, sendo discutida apenas como uma introdução para o tema principal da necessidade de condicionar a persecução penal da pessoa jurídica à identificação e à persecução penal da pessoa física responsável da empresa pelo delito.

Dessa forma, a referência à jurisprudência estrangeira foi feita em uma discussão secundária, com o objetivo de exemplificar uma tendência mundial de responsabilização

¹⁸¹São eles: Caso New York Central & Hudson River R.R v. US, 212 U.S 481, 1901, da Suprema Corte norte-americana; caso US v. Bank of New England, 821 F.2d 844, da Primeira Corte de Apelações Federais dos Estados Unidos.

¹⁸²Jurisprudência da Corte Inglesa: Birmingham and Gloucester Railway Co. 1842 3 QB 223, 114 ER 492

das pessoas jurídicas em algumas matérias, não sendo decisiva para sustentar a decisão a que se chegou ao caso concreto. O desfecho acabou sendo pelo reconhecimento da possibilidade de a denúncia por crime ambiental contra a pessoa jurídica não abranger, necessariamente, a atribuição criminal do fato também à pessoa física, determinando o prosseguimento da ação penal contra a Petrobras.

No RHC 116345/SC, sob a relatoria da Ministra Rosa Weber, julgado em 13 de agosto de 2013, a discussão cingia-se à presença, ou não, no caso concreto em que havia a discussão sobre o crime de tráfico de drogas, dos pressupostos e fundamentos da prisão preventiva.

A Ministra Rosa Weber, no caso em análise, para sustentar a existência de risco à ordem pública, isto é, a presença de um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva, utilizou-se do argumento de que “o flagrante no crime de tráfico de drogas revela apenas uma pequena porção da atividade legislativa, sabido que os elevados lucros obtidos levaram à sua dominação por grupos comumente complexos e que atuam de forma empresarial”.¹⁸³

A jurisprudência norte-americana¹⁸⁴ foi utilizada com o objetivo de reforçar esse argumento. No entanto, na fundamentação do voto, a referência ao precedente estrangeiro foi utilizada como mais um, entre diversos outros fundamentos de jurisprudência nacionais.

Ademais, nos HC 115045/SP e no HC 114996/RS, a Ministra Rosa Weber também invocou o Caso *US v. Russell* (1973) da Suprema Corte norte-americana como um argumento de reforço para a sua afirmação de que o crime de tráfico de drogas não ocorre de forma eventual e isolada e, conseqüentemente, representaria risco à ordem pública ensejando a decretação e manutenção da prisão preventiva.

A discussão central na fundamentação do voto da Ministra Rosa Weber, no julgamento de ambos os habeas corpus, era sobre a possibilidade de utilização do habeas corpus como substitutivo de recurso constitucional, sendo que a discussão sobre a

¹⁸³ Cfr. RHC 116345/SC, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento 13/08/2013, DJ 04/09/2013.

¹⁸⁴ Trecho do voto da Ministra Rosa Weber que menciona a jurisprudência norte-americana: Repetindo a Suprema Corte norte-americana, “a produção ilícita de entorpecentes não é um incidente esporádico ou isolado, mas uma contínua, apesar de ilegal, empresa de negócios”. (*US v. Russell* 411 U.S 423, 93 S.Ct. 1637, 36 L.Ed.2d 366 1973 da Suprema Corte americana).

presença dos fundamentos e pressupostos da prisão preventiva no crime de tráfico de drogas, no caso concreto, ocorreu em um segundo momento. Isso ocorreu, pois havia a possibilidade da concessão de habeas corpus de ofício diante da ilegalidade ou arbitrariedade, mesmo que o habeas corpus não tenha sido admitido como substitutivo do recurso ordinário constitucional.

Em uma série de habeas corpus¹⁸⁵, todos sob a relatoria da Ministra Rosa Weber, a questão central posta para debate era se o habeas corpus pode ser utilizado como substitutivo do recurso ordinário.

Em alguns desses habeas corpus, os recorrentes impetraram habeas corpus contra decisão denegatória de habeas corpus. Já em outros desses julgados, os recorrentes impetraram habeas corpus contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que concedeu a ordem contida no HC em menor extensão.

Ao enfrentar a questão central desses acórdãos, a Ministra Rosa Weber fez referência à jurisprudência inglesa¹⁸⁶ e à jurisprudência portuguesa¹⁸⁷ para dar exemplos

¹⁸⁵ São eles: HC 117148/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento: 03/09/2013, DJ 17/09/2013; HC 115199/MS, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento: 18/06/2013, DJ 01/07/2013; HC 114982/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento: 28/05/2013, DJ 11/06/2013; HC 114472/ES, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento: 21/05/2013, DJ 05/06/2013; HC 116462/DF, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento: 21/05/2013, DJ 05/06/2013; HC 114246/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento: 14/05/2013, DJ 03/06/2013; HC 114074/SC, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento: 07/05/2013, DJ 27/05/2013; HC 114579/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento: 23/04/2013, DJ 14/05/2013; HC 114580/MS, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento: 23/04/2013, DJ 17/05/2013; HC 115045/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento: 23/04/2013, DJ 20/05/2013; HC 114235/MG, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento: 16/04/2013, DJ 30/04/2013; HC 111904/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento: 09/04/2013, DJ 25/04/2013; HC 114500/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento: 09/04/2013, DJ 25/04/2013; HC 114996/RS, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento: 09/04/2013, DJ 03/05/2013; HC 106454/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento: 02/04/2013, DJ 17/04/2013; HC 106456/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento: 02/04/2013, DJ 17/04/2013; HC 114711/MT, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento: 19/03/2013, DJ 19/04/2013; HC 113735/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento: 05/03/2013, DJ 07/06/2013; HC 114455/MS, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento: 26/02/2013, DJ 12/04/2013; HC 109713/RJ, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento: 19/02/2013, DJ 06/03/2013; HC 112392/MS, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento: 19/02/2013, DJ 21/03/2013; HC 109364/ES, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento: 05/02/2013, DJ 15/03/2013.

¹⁸⁶ 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).

¹⁸⁷ Trecho do voto Ministra Rosa Weber que menciona a jurisprudência de Portugal: Como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça Português, "a providência de habeas corpus destina-se tão só a controlar a legalidade da prisão no momento em que se decide, tendo como finalidade verificar a legalidade das prisões a que os cidadãos estão sujeitos, nela não se incluindo a verificação de qualquer ilegalidade que possa ter sido cometida no processo, seja criminal ou disciplinar, nem qualquer medida contra os responsáveis por tais ilegalidades." (Acórdão de 26.4.1989, processo 10/89, BMJ 386, p. 422)

do direito comparado como apoio a sua tese de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso no processo penal, pois “o habeas corpus é garantia fundamental que não pode ser vulgarizada, sob pena de descaracterização como remédio heroico, e seu emprego não pode servir a escamotear o instituto recursal previsto no texto da constituição”.¹⁸⁸

É importante registrar que a Ministra Rosa Weber ao chegar à conclusão, nesses casos, no sentido do reconhecimento da inadequação do habeas corpus como substitutivo do recurso constitucional faz referência à jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal em todos os julgados, diferentemente da jurisprudência inglesa, que está presente apenas em alguns desses habeas corpus.¹⁸⁹

Em 05 de setembro de 2013, foi julgado os EDj-décimos sétimo/MG na AP 470, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, foram debatidas e resolvidas várias questões: desde discussões sobre omissões e contradições nas discussões sobre a desproporcionalidade, ou não, da dosimetria da pena até questões sobre o cancelamento de votos e notas taquigráficas e da não identificação de voto.

A questão principal debatida, no referido processo, era sobre a desproporcionalidade na adoção de frações de acréscimo a título de continuidade delitiva diferentes para corréus no crime de lavagem de dinheiro: 2/3 para o embargante e 1/3 para os demais corréus parlamentares, a despeito da conduta do embargante na ação criminosa ter sido classificada como intermediária, subordinada em relação à participação dos demais corréus parlamentares, cuja ação delituosa teve um desvalor maior.

¹⁸⁸ Cfr. HC 117148/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento: 03/09/2013, DJ 17/09/2013

¹⁸⁹ Julgados que possuem referência à jurisprudência inglesa além da jurisprudência portuguesa: HC 114074/SC, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento: 07/05/2013, DJ 27/05/2013; HC 114579/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento: 23/04/2013, DJ 14/05/2013; HC 114580/MS, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento: 23/04/2013, DJ 17/05/2013; HC 115045/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento: 23/04/2013, DJ 20/05/2013; HC 114235/MG, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento: 16/04/2013, DJ 30/04/2013; HC 111904/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento: 09/04/2013, DJ 25/04/2013; HC 114500/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento: 09/04/2013, DJ 25/04/2013; HC 114996/RS, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento: 09/04/2013, DJ 03/05/2013; HC 106454/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento: 02/04/2013, DJ 17/04/2013; HC 106456/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento: 02/04/2013, DJ 17/04/2013; HC 114711/MT, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento: 19/03/2013, DJ 19/04/2013; HC 113735/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento: 05/03/2013, DJ 07/06/2013; HC 114455/MS, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento: 26/02/2013, DJ 12/04/2013; HC 109713/RJ, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento: 19/02/2013, DJ 06/03/2013; ; HC 112392/MS, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento: 19/02/2013, DJ 21/03/2013; HC 109364/ES, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento: 05/02/2013, DJ 15/03/2013.

Ao decidir a respeito da questão mencionada acima o Ministro Luiz Fux teve que enfrentar o argumento levantado pelos embargantes de que a desproporcionalidade referenciada acima na dosimetria da pena ofenderia o princípio da isonomia. Para isso, o Ministro Fux fez uso da jurisprudência estrangeira¹⁹⁰ do Tribunal Superior de Direito Administrativo da Alemanha para invocar a tese da proibição de repetição de uma manifestação estatal incompatível com o ordenamento jurídico com esteio no princípio da isonomia.¹⁹¹

A referência ao direito estrangeiro foi importante, mas não constituiu o único fundamento que deu respaldo à conclusão Ministro Fux no que se refere ao não acolhimento da alegada contradição suscitada nos embargos declaratórios. No entanto, a tese do Ministro Fux não foi a vencedora no caso concreto. Ademais, apesar do precedente estrangeiro não ter sido objeto de debates entre os demais Ministros, ele foi analisado com acuidade pelo Ministro Luiz Fux, o responsável por referenciá-lo.

O julgamento da AP 470, sob relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, foi histórico, com especial relevância, uma vez que várias questões de direito material, bem como de direito processual penal foram objeto de debate. Entre os questionamentos apreciados pelo Supremo Tribunal Federal estavam os que se fundavam na admissibilidade, ou não, de embargos infringentes nas ações penais originárias da competência da Suprema Corte.

Essa questão sobre a admissibilidade dos embargos infringentes nas ações penais originárias, foi objeto de três¹⁹² agravos regimentais na AP 470. No julgamento desses agravos regimentais, é o Ministro Luiz Fux quem primeiro faz referência à jurisprudência estrangeira.¹⁹³

¹⁹⁰ São eles: BVerwG, Urteilvom 6. Juni 1975, Az. II C 68.73, BverwGE 47, 330-379, Tribunal Superior de Direito Administrativo da Alemanha.

¹⁹¹ Trata-se do argumento de que, segundo o Ministro Fux, é vedada "[...] a utilização do princípio da isonomia para obrigar o Estado a repetir um ilícito. É o que os alemães denominam de vedação ao GleichbehandlungimUnrecht (tratamento igualitário diante de um ato estatal equivocado)." Cfr. AP 470 EDj-décimos sétimo/MG, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento 05/09/2013, DJ 10/10/2013.

¹⁹² São eles: AP 470 AgR-vigésimo quinto/MG, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento: 18/09/2013, DJ 17/02/2014; AP 470 AgR-vigésimo sexto/MG, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento: 18/09/2013, DJ 17/02/2014; AP 470 AgR-vigésimo sétimo/MG, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento: 18/09/2013, DJ 17/02/2014.

¹⁹³ São elas: Sentença 51 de 1985 e Sentença n. 66 de 2001 do Tribunal Constitucional espanhol; Sentença C-142 de 1993, Sentença C-650 de 2001, Sentença C-934 de 2006 e Sentença C-545 de 2008 da Corte Constitucional colombiana; Decisão de 27 de agosto de 2002, caso "Didier contra França", da Corte Europeia de Direitos Humanos; Sentença de 17 de novembro de 2009, caso "Barreto Leiva contra Venezuela", da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O Ministro Luiz Fux, ao defender a sua tese sobre a inadmissibilidade dos embargos infringentes, teve que enfrentar o argumento que os agravantes trouxeram à tona de que a não admissibilidade dos embargos infringentes nas ações penais originárias nas quais o foro competente para o julgamento decorre do foro por prerrogativa de função (*ratione muneris*) limitaria ilegitimamente o princípio do duplo grau de jurisdição.

Para isso, na fundamentação do seu voto vogal em todos os agravos regimentais, juntamente com a citação de jurisprudências nacionais utilizou-se de paradigmas da jurisprudência estrangeira, demonstrando a orientação prevalecente no direito comparado que considera que o foro por prerrogativa de função é compatível com o princípio do duplo grau de jurisdição, concluindo que os embargos infringentes não se prestam a garantir o direito alegado pelo agravante.

Por outro lado, com apoio no precedente Barreto Leiva contra Venezuela julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos por meio da Sentença de 17 de novembro de 2009, que foi mencionado pelo Ministro Luiz Fux e serviu de respaldo, juntamente com outros precedentes estrangeiros, para a sua conclusão mencionada acima no caso *sub judice*, o Ministro Celso de Mello e o Ministro Ricardo Lewandowski, curiosamente, utilizando-se desse mesmo precedente estrangeiro, chegaram a conclusões opostas das encontradas pelo Ministro Luiz Fux.

Com efeito, o Ministro Luiz Fux mencionou trechos¹⁹⁴ do caso *Barreto Leiva v. Venezuela* que confirmaram a sua tese acerca da compatibilidade do foro por prerrogativa de função com o princípio do duplo grau de jurisdição e da impropriedade dos embargos

¹⁹⁴ Trecho do voto do Ministro Luiz Fux que menciona o precedente Caso Barreto Leiva v. Venezuela: Nem se pode invocar, como precedente favorável ao agravante, o caso “Barreto Leiva contra Venezuela”, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos mediante a Sentença de 17 de novembro de 2009. Frise-se, de plano, que no referido caso a Corte Interamericana reconheceu diversas violações do Pacto de San José que não se verificam no caso *sub judice*, como a inobservância dos direitos à comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada (art. 8º, 2, ‘b’), à concessão do tempo e dos meios necessários à preparação da defesa (art. 8º, 2, ‘c’), à possibilidade de o acusado ser assistido por um defensor de sua escolha (art. 8º, 2, ‘d’), dentre outros. **A respeito do foro por prerrogativa de função, a mencionada Corte internacional ressaltou que a sua finalidade, de proteger a integridade da função estatal, é compatível com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos**, bem como que o julgamento de outras pessoas por conexão evita a proliferação de decisões contraditórias e homenageia a economia processual, o que também está de acordo com a Convenção (§ 74 [1] [1]). Destacou-se, em seguida, que o julgamento em foro por prerrogativa de função pode garantir ao acusado o direito de recurso quando estabelecido que o primeiro grau de jurisdição ficará a cargo de um órgão fracionário, enquanto que o conhecimento da impugnação corresponderia ao Plenário, “**com exclusão daqueles que já se pronunciaram sobre o caso**” (§ 90 [2] [2]). “ (grifos nossos)

infringentes para garantir tal princípio, uma vez que no julgamento dos embargos infringentes não haveria exclusão dos Ministros que já se pronunciaram sobre o caso.

Em sentido oposto, o Ministro Celso de Mello¹⁹⁵ (no AgR-vigésimo quinto/MG e no AgR- vigésimo sexto/MG, ambos na AP 470) e o Ministro Ricardo Lewandowski¹⁹⁶ (apenas no AgR- vigésimo sexto/MG), com apoio na mesma jurisprudência estrangeira, a respeito do duplo grau de jurisdição no sistema interamericano de direitos humanos, ambos valendo-se das palavras de Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuolo, concluíram pela incompatibilidade do foro por prerrogativa de função com o princípio do duplo grau de jurisdição.

Diante disso, é importante salientar um dos problemas levantados pelos críticos da abordagem comparativa: o problema do "cherry picking" que se refere a citação seletiva de precedentes estrangeiros. Ou seja, "[...] rather than canvassing the whole field and honestly describing the state of the law in foreign jurisdictions, justices actually make their selections bases purely on their initial subjective conclusions on the matter, using foreign authority to bolster a decision when in fact other authority would have led them to the opposite result".¹⁹⁷

¹⁹⁵ Trecho do voto do Ministro Celso de Mello que menciona o precedente Barreto Leiva: "É importante ter presente, no ponto, o magistério, sempre autorizado , dos eminentes Professores LUIZ FLÁVIO GOMES e VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, cuja lição, no tema, a propósito do duplo grau de jurisdição no sistema interamericano de direitos humanos, notadamente após a Sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Barreto Leiva vs. Venezuela, vale rememorar: As duas exceções ao direito ao duplo grau, que vêm sendo reconhecidas no âmbito dos órgãos jurisdicionais europeus [europeus!], são as seguintes: (a) caso de condenação imposta em razão de recurso contra sentença absolutória; (b) condenação imposta pelo tribunal máximo do país. ([1]) Mas a sistemática do direito e da jurisprudência interamericana é distinta. Diferentemente do que se passa com o sistema europeu, vem o sistema interamericano afirmando que o respeito ao duplo grau de jurisdição é absolutamente indispensável, mesmo que se trate de condenação pelo órgão máximo do país. Não existem ressalvas no sistema interamericano em relação ao duplo grau de jurisdição [...]No caso 'Barreto Leiva contra Venezuela', a Corte, em sua decisão de 17.11.09, apresentou duas surpresas: a primeira é que fez valer em toda a sua integralidade o direito ao duplo grau de jurisdição (direito de ser julgado duas vezes, de forma ampla e ilimitada) e a segunda é que deixou claro que esse direito vale para todos os réus, inclusive os julgados pelo Tribunal máximo do país, em razão do foro especial por prerrogativa de função ou de conexão com quem desfruta dessa prerrogativa."

¹⁹⁶ Trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski que menciona o precedente Barreto Leiva: "No caso Barreto Leiva contra Venezuela a Corte [Interamericana de Direitos Humanos], em sua decisão de 17.11.09, apresentou duas surpresas: a primeira é que fez valer em toda a sua integralidade o direito ao duplo grau de jurisdição (direito de ser julgado duas vezes, de forma ampla e ilimitada) e a segunda é que deixou claro que esse direito vale para todos os réus, inclusive os julgados pelo Tribunal máximo do país, em razão do foro especial por prerrogativa de função ou de conexão com quem desfruta dessa prerrogativa".(lfg.jusbrasil.com.br/noticias/100676955/artigo-prof-luiz-flavio-gomesmensalaoembargos-infringentes-e-duplo-grau-de-jurisdicao. Acessado em 10/9/2013.)

¹⁹⁷ "[...] ao invés de investigar todo o campo e honestamente descrever o estado da lei e das jurisdições estrangeiras, os juízes fazem as suas escolhas baseadas puramente em suas conclusões subjetivas iniciais

Posteriormente, é o Ministro Gilmar Mendes quem, na fundamentação do seu voto vogal de todos os agravos regimentais mencionados acima da AP 470, faz reflexão sobre a admissibilidade dos embargos infringentes no direito comparado¹⁹⁸. Ademais, no voto do Ministro Gilmar Mendes na parte em que discutia a respeito da revogação de dispositivos do regimento interno do STF pela Lei 8.038/1990, foi mencionado o caso *Marbury v. Madison*, mas a referência à decisão estrangeira ocorreu de forma indireta por meio da citação da doutrina de Lênio Luiz Streck.¹⁹⁹

Reflexão semelhante sobre a admissibilidade dos embargos no direito comparado é realizada pelo Ministro Luis Roberto Barroso apenas no julgamento do AgR-vigésimo sexto/ MG na AP 470, julgada em 18 de agosto de 2013. Nesse sentido, nas palavras do Ministro:

“Os embargos infringentes têm origem no direito português, destinando-se à revisão de determinadas decisões não unânimes proferidas por tribunais. [...] Vale notar que o mecanismo há muito tempo já foi abolido em Portugal, seu país de origem, e tampouco encontra paralelo em outros sistemas de que se tenha notícia no direito comparado”.²⁰⁰

Outro precedente estrangeiro que também foi citado, bem como teve trechos da própria decisão descritas, foi o Caso Mohamed vs. Argentina (Sentença de 23 de novembro de 2012) no AgR- vigésimo sexto/ MG na AP 470. Ele foi mencionado pelo Ministro Teori Zavascki como reforço argumentativo à sua tese de que a admissibilidade

sobre o assunto, usando a autoridade estrangeira para sustentar uma decisão, quando na verdade outra autoridade teria levado a um resultado oposto” (Tradução nossa). 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: 28 ago. 2014. p. 14.

¹⁹⁸ Para essa reflexão, o Ministro Gilmar Mendes valeu-se das seguintes palavras de Egaz Dirceu Moniz de Aragão: “[...] não há similar, no direito comparado, de recurso dirigido ao próprio órgão julgador para nova apreciação de causa já decidida. Tampouco se verifica no direito comparado, recurso cujo fundamento seja a existência de divergência em órgão colegiado.” cf. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. *Embargos Infringentes*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 63 e 71.

¹⁹⁹ Trecho voto Ministro Gilmar que cita Lênio Streck e menciona o caso *Marbury v. Madison*: “[...] Desde o caso *Marbury v. Madison*, tem-se a tese da rigidez Constitucional. Isso quer dizer que não é qualquer legislação que pode alterar a Constituição. E tampouco leis ordinárias podem ser alteradas por Regimentos internos. [...]” (STRECK, Lênio Luiz. ‘Não Cabem Embargos Infringentes no Supremo’. Consultor Jurídico, 13.8.2012, disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-ago-13/mensalao-nao-cabemembargos-infringentes-supremo>)

²⁰⁰ Cfr. AP 470 AgR-vigésimo sexto/MG, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento: 18/09/2013, DJ 17/02/2014

dos embargos infringentes seria necessária para se assegurar o princípio do duplo grau de jurisdição.²⁰¹

O desfecho do AgR-Vigésimo quinto e do AgR-Vigésimo sexto na AP 470 foi pelo provimento, por maioria, do agravo regimental e admissão dos embargos infringentes. No entanto, o AgR-Vigésimo sétimo na AP 470 não foi provido, pois a análise da tese central acerca da admissibilidade dos embargos infringentes em ações originárias no Supremo restou prejudicada, uma vez que nem mesmo o requisito de cabimento do infringentes estavam presentes, qual seja, existência de, no mínimo, quatro votos divergentes.

Verifica-se, portanto, que o julgamento desses agravos regimentais na AP 470 caracteriza-se pela extensa utilização do direito estrangeiro, os quais tiveram papel de relevância na discussão sobre a temática do postulado do duplo grau de jurisdição. Também foi importante na medida em que, apesar de não ter ocorrido debates sobre o método comparativo entre os Ministros, permitiu uma reflexão a respeito das críticas dirigidas à abordagem comparativista como, por exemplo, o “cherry picking”.

No RE 583523/RS, o Ministro Gilmar Mendes, relator do feito, antes de enfrentar a questão central da presente ação sobre a recepção, ou não, do art. 25 da Lei de Contravenções Penais pela Constituição Federal de 1988, fez algumas considerações a favor da possibilidade de controle de constitucionalidade das leis penais.

²⁰¹ Trecho do voto do Ministro Teori Zavascki que menciona o precedente estrangeiro: “Na interpretação que lhe confere a Corte Interamericana de Derechos Humanos, recientemente reafirmada em sentença de 23 de novembro de 2013 (caso Mohamed vs. Argentina), essa garantia tem o alcance normativo de assegurar o direito a recurso até mesmo em casos em que a condenação penal seja imposta por um tribunal, provocando recurso contra anterior sentença absolutória. Diz a sentença, a esse propósito: “Sobre este aspecto del derecho a recurrir del fallo, tanto la Comisión como los representantes (supra párrs. 65 y 67) entienden que es una garantía establecida a favor del acusado y que, con independencia de que la sentencia condenatoria hubiere sido impuesta en única, primera o segunda instancia, debe garantizarse el derecho de revisión de esa decisión por medio de un recurso que cumpla con los estándares desarrollados por la Corte en su jurisprudencia. (...) 92. Teniendo en cuenta que las garantías judiciales buscan que quien esté incurso en un proceso no sea sometido a decisiones arbitrarias, la Corte interpreta que el derecho a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado. Resulta contrario al propósito de ese derecho específico que no se garantizado frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria. Interpretar lo contrario, implicaría dejar al condenado desprovisto de un recurso contra la condena. Se trata de una garantía del individuo frente al Estado y no solamente una guía que orienta el diseño de los sistemas de impugnación en los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes de la Convención)”.

A extensa referência à doutrina e à jurisprudência da Corte Constitucional alemã²⁰² foi utilizada na construção da argumentação do Ministro relator Gilmar Mendes, com o objetivo de justificar a análise da questão posta em debate, isto é, de sustentar a tese da possibilidade de fiscalização da constitucionalidade pelo Poder Judiciário da atividade legislativa em matéria penal.

A doutrina e jurisprudência extensa da Corte Constitucional alemã mencionada na fundamentação do voto do Ministro relator para sustentar a tese de que é tarefa do da Corte Constitucional fiscalizar a legitimidade da atividade legislativa em matéria penal, com observância do princípio da proporcionalidade, tiveram um papel central em sua decisão. No entanto, não houve debate entre os demais magistrados sobre a jurisprudência comparada.

No AgR RE 581352/AM foram discutidas duas questões centrais. Na primeira foi discutida a legitimidade ativa “*ad causam*” do Ministério Público para propor ação civil pública visando à defesa do direito à saúde e, em segundo lugar. Já na segunda discutiu-se sobre a possibilidade de o Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas.

A tese defendida pelo Ministro Celso de Mello, em relação à segunda questão enfrentada pela Corte nessa ação, era a de que a intervenção do Poder Judiciário para determinar a implementação de políticas públicas é legítima quando justificada pela ocorrência arbitrária de recusa governamental em conferir significado a alguns

²⁰² Exemplos de precedentes da Corte Constitucional alemã referenciados para sustentar a tese a favor do controle de constitucionalidade das leis penais: 1) A Jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar o entendimento no sentido de que o significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito da proteção desses direitos, mas também de proteger tais direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros (BVerfGE, 39, 1 e s.; 46, 160 (164); 49, 89 (140 e s.); 53, 50 (57 e s.); 56, 54 (78); 66, 39 (61); 77, 170 (229 s.); 77, 381 (402 e s.) da Corte Constitucional alemã); 2) Discutiu-se intensamente se haveria direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional alemã acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental. (BVerfGE 77, 170 (214) da Corte Constitucional alemã)) 3) Se é certo, por um lado, que a Constituição confere ao legislador uma margem discricionária de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico penal, e, por outro, que a mesma Constituição também impõe ao legislador limites do dever de respeito ao princípio da proporcionalidade, é possível concluir pela viabilidade da fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa. O Tribunal está incumbido de examinar se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais. (BVerfGE 88, 203, 1993, da Corte Constitucional alemã).

parâmetros constitucionais (Proibição do Retrocesso Social, Vedação da Proteção Insuficiente e Proibição do excesso).

A referência ao precedente do Tribunal Constitucional Português, *Acórdão 39/84*,²⁰³ foi feita pelo Ministro Celso de Mello, relator do feito, como um argumento de reforço. Seu intuito foi demonstrar que o parâmetro constitucional da proibição do retrocesso também está presente em outras Constituições, isto é, trata-se de um parâmetro consagrado em outros ordenamentos jurídicos e que quando não observado pelo Estado legitima o controle judicial dos atos da administração pública.

Dessa forma, a referência ao precedente estrangeiro não foi determinante para as conclusões da Corte, não foi objeto de debate entre os Ministros. Foi utilizado como um argumento de reforço, apenas para apoiar e reforçar o voto do Ministro Celso de Mello, que foi acompanhado à unanimidade pelos demais magistrados.

No HC 118423/RS, sob relatoria do Ministro Teori Zavascki, discutia a nulidade de interrogatório realizado em data anterior à Lei nº 10.792/2003 sem a presença de defensor do réu. A tese vencedora considerou que a presença de defensor do réu no interrogatório se faz necessária apenas após a entrada em vigor da Lei nº 10.792/2003 e como o interrogatório objeto da análise da Corte no presente feito ocorreu em 28 de fevereiro de 2001, a ordem foi denegada.

Apesar do desfecho do caso em análise ter sido desfavorável ao réu, o Ministro Celso de Mello em seu voto fez várias observações a respeito dos direitos e garantias do réu. Ao comentar as observações realizadas pelo Ministro Celso de Mello, o Ministro Ricardo Lewandowski, de forma exemplificativa e acidental, mencionou o precedente *Miranda v. Arizona* (1966) que, em seguida, foi elucidado com mais detalhes pelo Ministro Celso de Mello.

O Ministro Celso de Mello citou esse precedente da Suprema Corte americana, apenas para lembrar a importância que tal precedente teve em assegurar expressivos direitos em favor do réu ou de qualquer outra pessoa presa ou sob investigação policial. Além disso, também mencionou a decisão *Escobedo v. Illinois* (1964), que ampliou o

²⁰³ Trecho do voto do Ministro Celso de Mello que faz referência ao precedente estrangeiro: "Bem por isso, o Tribunal Constitucional Português (*Acórdão nº 39/84*), ao invocar a cláusula da proibição do retrocesso, reconheceu a inconstitucionalidade".

alcance da decisão proferida no precedente *Miranda v. Arizona*, e o precedente *Salinas v. Texas*, que representou uma restrição ao alcance dos “*Miranda Rights*”.

Os precedentes citados não foram importantes para as conclusões da Corte, eles foram citados de forma exemplificativa e superficial, apenas para ilustrar as observações acerca dos direitos e garantias do réu na persecução penal.

No RE 434826/MG se discutiu a possibilidade de abrangência normativa, ou não, da imunidade tributária a que se refere o art. 150, VI, 'd', CF aos serviços de composição gráfica realizados por terceiros. A referência a decisão estrangeira *Mc Culloch v. Maryland (1819)* não foi citada no corpo da fundamentação do voto do Ministro Cezar Peluso, mas foi inserida em seu voto apenas como uma nota de rodapé para ilustrar as consequências do uso excessivo do poder de tributar.²⁰⁴

O precedente estrangeiro *McCulloch v. Maryland (1819)* também foi mencionado em outras ações que tinham como tema central questões tributárias. Com efeito, foram mencionados na fundamentação do voto do Ministro Celso de Mello no AgR RE 754554/GO, processo em que era relator, e em seu voto vogal no RE 550769/RJ.

No AgR RE 754554/GO, no qual o Ministro Celso de Mello foi relator, discutiram sobre a violação ao art. 150, inciso IV, da Constituição federal devido ao caráter supostamente confiscatório de multa tributária aplicada à empresa COMERCIAL DE ALIMENTOS MALAGONI LTDA. A multa fiscal em virtude de inadimplemento aplicada à empresa ora recorrida em percentual de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor da mercadoria. A decisão colegiada do Supremo Tribunal Federal considerou que a multa aplicada à empresa não era razoável, configurando o caráter confiscatório da penalidade pecuniária.

Já no RE 550769/RJ, o impetrante postulava o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 2º, II, do Decreto-lei 1.593/1977, pois seria uma sanção política não recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Alegou, em suma, que a Constituição de 1988 não permite que o Estado adote medidas que impliquem embaraço

²⁰⁴ Nota de rodapé que cita a decisão estrangeira: "That the power to tax involves the power to destroy; that the power to destroy may defeat and render useless the power to create. MARSHALL. *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S 316, 431 (1819). Cf. COTTON, Jr., Joseph P. (ed.). *The Constitutional decisions of John Marshall*."

ou a vedação do exercício profissional como instrumentos para coagir o sujeito passivo à observância de obrigações tributárias.

A referência ao precedente estrangeiro *McCulloch v. Maryland* (1819) nesses acórdãos foi feita de forma indireta. O Ministro Celso de Mello, em ambos os votos, ao defender a sua tese, valeu-se das palavras do ex-magistrado do Supremo Tribunal Federal Orosimbo Nonato consubstanciada em acórdão no qual ressaltou as palavras do *Chief Justice John Marshall* do caso *McCulloch v. Maryland* (1819) segundo as quais “o poder de tributar não pode chegar à desmedida do poder de destruir”.²⁰⁵

Ademais, tanto no RE 550769/RJ quanto no AgR RE 754554/GO, o caso *McCulloch v. Maryland* (1819) não foi o único precedente estrangeiro citado na fundamentação do voto do Ministro Celso de Mello. O caso *Panhandle Oil Co. v. State of Mississippi Ex Rel. Knox* (277 U.S. 218)²⁰⁶ também foi mencionado, reproduzindo o argumento já explicitado pelo Ministro Celso de Mello sobre as consequências de eventuais abusos do poder de tributar pelas entidades governamentais, no entanto, nesse argumento ressalta também o papel do Poder Judiciário como garantidor dos direitos fundamentais dos contribuintes.

No RMS 31661/DF, a empresa Marlloy S/A Indústria e Comércio recorreu ao Supremo Tribunal Federal porque obteve decisão desfavorável em mandado de segurança no qual alegava, em síntese, que o Ministério da Integração Nacional ao proferir o despacho nº 1.644/2010, deveria ter oportunizado, previamente, a apresentação de alegações finais, nos termos do art. 64 da Lei 9.784, haja vista a ocorrência de *reformatio in pejus*.

²⁰⁵ Trecho do voto em que o Ministro Celso de Mello menciona o voto de Orosimbo Nonato: “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”. Cfr: RE nº 18331, Relator Ministro Orosimbo Nonato, DJ 08/11/29151; AgR RE 754554/GO, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento: 22/10/2013, DJ 28/11/2013; e RE 550769/RJ, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento: 22/05/2013, DJ 03/04/2014.

²⁰⁶ Nesses dois julgamentos (AgR RE 754554/GO, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento: 22/10/2013, DJ 28/11/2013; e RE 550769/RJ, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento: 22/05/2013, DJ 03/04/2014), 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”.

A questão debatida no acórdão dizia respeito à violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório quando a parte recorrente não é notificada para manifestação prévia sobre ato administrativo que anulou benefício anteriormente concedido, mesmo quando as alegações por ela apresentadas forem apreciadas por órgãos competentes na via recursal.

O voto do Ministro Gilmar Mendes, relator do feito, fez referência a precedentes²⁰⁷ da Corte Constitucional Alemã para definir qual o alcance do direito de defesa consagrado no art. 5º LV da Constituição Federal. Segundo o primeiro precedente citado²⁰⁸, “o direito constitucional de defesa não se resume ao direito de manifestação e o de informação sobre o objeto do processo, mas, também de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar”.

A jurisprudência estrangeira foi o argumento determinante, juntamente com a opinião de doutrinadores nacionais²⁰⁹ que apoiavam a tese do Ministro, para definir o alcance do direito de defesa consagrado na constituição federal e respaldar a conclusão a que se chegou no caso concreto, em decisão unânime, para dar provimento ao recurso e reconhecer a violação dos princípios da ampla defesa e do contraditório.

É importante ressaltar que não houve debates acerca da importação de argumentos estrangeiros, do método comparativo. As conclusões do Ministro Gilmar Mendes, nesse caso, no sentido de que o direito fundamental consagrado no art. 5º LV da Constituição Federal envolve o direito de informação, o direito de manifestação e o direito de ver seus argumentos considerados pelo órgão julgador também é reproduzida em diversos julgados²¹⁰ que também possuem referências às jurisprudências da Corte Constitucional alemã.²¹¹

²⁰⁷ Decisões da Corte Constitucional Alemã BVerfGE 70, 288-293, BVerfGE 11, 218 (218)

²⁰⁸ Decisão da Corte Constitucional Alemã- Alemã BVerfGE 70, 288-293

²⁰⁹ Eis a citação da doutrina de Pontes de Miranda feita pelo Ministro Gilmar Mendes: "Desde há muito, a doutrina constitucional vem enfatizando que o direito de defesa não se resume a simples direito de manifestação. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar - como bem anota Pontes de Miranda - é uma pretensão à tutela jurídica (Comentários à Constituição de 1967/69, tomo V, p. 234). P.8 do voto

²¹⁰ Os mesmos argumentos são reproduzidos pelo Ministro Gilmar Mendes no seguintes habeas corpus, todos de sua relatoria: HC nº 114544/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento: 03/09/2013, DJ de 29/11/2013; HC 107848/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento: 14/05/2013, DJ de 29/05/2013; HC 108527/PA, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento: 14/05/2013, DJ de 02/12/2013.

²¹¹ Decisões da Corte Constitucional Alemã BVerfGE 70, 288-293

Ademais, verifica-se que no HC 114.544/SP, também sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes, a questão posta em debate diz respeito a ocorrência de nulidade absoluta por cerceamento de defesa, ao argumento de falta de intimação pessoal do defensor público para a sessão de julgamento do recurso em sentido estrito. No entanto, nas conclusões do seu voto, apesar de ter referenciado a amplitude do direito de defesa tanto da jurisprudência e doutrina nacional, quanto da jurisprudência da Corte alemã, o Ministro relator acabou votando pelo não reconhecimento da nulidade do feito em razão de uma peculiaridade temporal verificada no caso.

No ARE 728188/RJ, o impetrante postulava a não aplicação da Súmula 11²¹² do Tribunal Superior Eleitoral ao Ministério Público Eleitoral. Alegou, em suma, ofensa ao art. 127 da CF que dispõe que o Ministério Público “estaria autorizado a promover, perante o Poder Judiciário, todas as medidas necessárias à efetivação dos direitos e deveres consagrados pelo texto constitucional”.

A questão posta para debate, no referido processo, era sobre a legitimidade do Ministério Público para recorrer de decisão que defere registro de candidatura, ainda que não haja apresentado impugnação ao pedido inicial.

O voto vogal do Ministro Joaquim Barbosa fez referência ao precedente norte-americano *Caso McCulloch v. Maryland* de 1819 para invocar a teoria dos poderes implícitos. No entanto, ele apenas citou a jurisprudência estrangeira e fez apenas algumas considerações, não iniciando discussão sobre o método comparativo, podendo ser classificado como um argumento diletante apenas.

O Ministro Ricardo Lewandowski, relator do feito, também trouxe na fundamentação do seu voto a teoria dos poderes implícitos. Mas, a sua referência ocorreu de forma indireta, por meio da citação da doutrina de Alexandre de Moraes, na qual o doutrinador analisa a teoria dos poderes implícitos no precedente norte-americano *Caso Myers v. Estados Unidos*²¹³. A citação da jurisprudência estrangeira analisada na obra do

²¹² Súmula 11 do TSE: No processo de registro de candidatos, o partido que não o impugnou não tem legitimidade para recorrer da sentença que o deferiu, salvo se se cuidar de matéria constitucional.

²¹³ Afirma o Ministro relator Ricardo Lewandowski citando a obra de Alexandre de Moraes (MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 29ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 62): "Incorporou-se em nosso ordenamento jurídico (...) a pacífica doutrina constitucional norte-americana sobre a teoria dos poderes implícitos- inherent powers- pela qual, no exercício de sua missão constitucional enumerada, o órgão executivo deveria dispor de todas as funções necessárias, ainda que implícitas, desde que não expressamente limitadas (*Meyers v. Estados Unidos - US - 272 - 52 - 118*), consagrando-se, dessa forma, e

doutrinador Alexandre de Moraes foi feita apenas para ilustrar a sua tese de não aplicação da Súmula 11 ao Ministério Público, sendo também o argumento classificado apenas como diletante.

Foi negado provimento ao recurso extraordinário por razões de segurança jurídica, mas foi fixada a tese com repercussão geral a fim de assentar que a partir das eleições de 2014, o Ministério Público Eleitoral tem legitimidade para recorrer da decisão que julga o pedido de registro de candidatura, ainda que não tenha apresentado impugnação.

É importante ressaltar que a teoria dos poderes implícitos invocada por meio da jurisprudência estrangeira não foi o argumento determinante para a fixação da tese com repercussão geral no presente feito.

3.3. Análise das decisões de 2014

A primeira decisão analisada na pesquisa, referente a 2014, foi a ADI 2669/DF, da relatoria do Ministro Nelson Jobim. No caso em exame foi discutido a incidência de ICMS sobre transporte terrestre. Em síntese, a requerente pleiteou a extensão da conclusão da ADI 1.600/DF, declaração de inconstitucionalidade quanto a cobrança de ICMS no transporte aéreo de passageiros, por considerar que os transportes aéreo e terrestre possuem as mesmas características.

O ministro Gilmar Mendes, em seu voto, fez menção ao precedente do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos²¹⁴ para demonstrar que a limitação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade já era utilizada expressivamente por outras Cortes Constitucionais e Cortes Supremas. Concluiu, com essa comparação, que o Supremo Tribunal Federal, “provavelmente, antes do advento da Lei nº 9.868/1999, talvez fosse o único órgão importante de jurisdição constitucional a não fazer uso, de modo expresso” desse instituto.²¹⁵

A referência ao precedente estrangeiro, apesar da comparação feita em relação a outras cortes, não foi decisiva para respaldar a conclusão na qual se chegou, visto que o

entre nós aplicável ao Ministério Público, o reconhecimento de competências genéricas implícitas que possibilitem o exercício de sua missão constitucional, apenas sujeitas às proibições e limites estruturais da Constituição Federal”

²¹⁴ Trata-se do caso Markx, de 13 de junho de 1979 do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

²¹⁵ Cfr. Voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 2669/DF, Relator Ministro Nelson Jobim, julgado em 05/02/2014, DJ 05/08/2014, p. 49-50.

voto do Ministro Gilmar Mendes, pela inconstitucionalidade da imposição de ICMS sobre o serviço de transporte terrestre de passageiros e modulação de seus efeitos, ficou vencido pela maioria do Pleno do Supremo Tribunal Federal.

No RE 636941/RS foi posto em discussão a matéria já pacificada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à imunidade tributária das entidades filantrópicas em relação ao Programa de Integração Social (PIS). A requerente (União) alegou violação do artigo 195, parágrafo 7º, da Constituição Federal, sustentando ausência de lei específica quanto aos requisitos necessários para aquisição dessa imunidade.

No mérito, por unanimidade de votos, negou-se provimento ao recurso, visto que, em apertada síntese, a Corte possui jurisprudência consolidada no sentido de que as entidades filantrópicas fazem jus à imunidade sobre a contribuição para o PIS, desde que atendam às exigências estabelecidas na Lei nº 8.212/91.²¹⁶

Os precedentes estrangeiros estão registrados no voto do Ministro Luiz Fux²¹⁷ e foram utilizados para comparar a natureza jurídica dos tributos²¹⁸. Também foi citada, entre outras, a doutrina italiana quanto a autonomia tributária das contribuições sociais, que concebia as contribuições especiais como categoria.²¹⁹

Trata-se de um julgado importante para o direito comparado, pois as citações de outras cortes e doutrinas estrangeiras como se depreende desse e de outros julgados a seguir, fazem parte da argumentação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Entretanto é possível observar que tais referências ainda têm pouco peso diante da jurisprudência local e da doutrina nacional e estrangeira, em alguns casos.

²¹⁶ Neste sentido, conferir o RE 593.522 AgR-ED I RS, Min. Rel. JOAQUIM BARBOSA, Dje de 6.5.2010; e o RE 570.77\$ I RS, Min Rel. RICARDO LEWANDOWSKI, Dje de 6.8.2008

²¹⁷ São eles: BverfGE 13, 181 (198) e BverfGE 11, 105, (115-116) da Corte Constitucional alemã.

²¹⁸ Trecho de voto: “Na Alemanha, a Ordenação Tributária de 1977 contém apenas a definição legal do imposto, cerne do sistema tributário alemão. Os demais tributos são relegados a segundo plano, meras figuras marginais do sistema tributário. Não obstante, a doutrina e a jurisprudência, já em 1961, reconhecem a existência das taxas e das contribuições (BverfGE13, 181(198)) como espécies tributárias autônomas. ” O ponto relevante é que o sistema normativo alemão reconhece, também, a existência de impostos finalísticos, que se caracterizam por serem atrelados a prestações ou finalidades estatais específicas. Já as contribuições são concebidas como tributos exigidos para financiar despesas do Poder Público que possam propiciar vantagens específicas a contribuintes determinados, com traço distintivo frente aos impostos por possuir caráter contraprestacional ou compensatório (BverfGE 11, 105, (115-116)) .

²¹⁹ Cfr. Voto do Ministro Luiz Fux no RE636941/RS, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 13/02/2014, DJ de 03/04/2014, p. 32

No RE 402905 MC-AgR/MG, da relatoria do Ministro Celso de Mello, discutiram o direito do contribuinte à restituição do excesso cobrado pelo Estado em mecanismo da antecipação do gasto gerador²²⁰. O Ministro Celso de Mello aduziu em seu voto que:

“A necessidade de restituição, ao contribuinte, do excesso que lhe foi cobrado pelo Fisco, em qualquer das hipóteses precedentemente referidas, ajusta-se ao modelo consagrado no texto da Lei Fundamental, sob pena de o mecanismo da substituição tributária transformar-se em instrumento de ilegítimo gravame imposto ao sujeito passivo da obrigação tributária”.²²¹

A referência ao caso *Panhandle Oil Co. v. State of Mississippi Ex Rel. Knox* (277 U.S. 218) aparece como argumento para destacar a função do Poder Judiciário como protetor dos direitos fundamentais dos contribuintes. O Ministro Celso de Mello alegou que o Estado, em tema de tributação, está sujeito ao “estatuto constitucional dos contribuintes”. Citou, em sua conclusão, as palavras do Justice Oliver Wendell Holmes, Júnior: “*The power to tax is not the power to destroy while this Court sits*”, em livre tradução feita pelo próprio Ministro Celso de Mello: “*o poder de tributar não significa nem envolve o poder de destruir, pelo menos enquanto existir esta Corte Suprema*”.²²²

No dia 27/02/2014 foi encerrado o julgamento dos embargos infringentes apresentados contra o acórdão da AP 470, quanto as condenações por crime de quadrilha. Os embargos foram providos por 6 a 5 votos do Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Os precedentes estrangeiros aparecem no voto do Ministro Luiz Fux, que votou vencido nos embargos infringentes, pela caracterização do crime de quadrilha. O primeiro precedente citado merece destaque especial, pois foi retirado da argumentação dos votos vencedores (maioria) na Ação Penal nº 470:

“Também se infere do acervo probatório no qual se baseou o Pleno para proferir o decreto condenatório na Ação Penal nº 470, “*o envolvimento subjetivo dos integrantes nos objetivos criminais da organização e no seu respectivo processo de formação decisional*” [*subjektive Einbindung der Beteiligten in die kriminellen Ziele der Organisation*]

²²⁰ Cfr. Ementa do RE 402905 MC-AgR, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 18/02/2014, DJ 18/03/2014: “(...) controvérsia fundada no direito do contribuinte à restituição do excesso cobrado pelo estado em mecanismo da antecipação do fator gerador (...)”.

²²¹ Cfr. Voto do Ministro Celso de Mello no RE 402905 MC-AgR, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 18/02/2014, DJ 18/03/2014, p. 3-4

²²² Cfr. Voto do Ministro Celso de Mello no RE 402905 MC-AgR, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 18/02/2014, DJ 18/03/2014, p. 4-5

und in deren entsprechende Willensbildung (BGH. Beschluss des 3. Strafsenats de 13/09/2011 – 3 StR 231/11)], aspectos exigidos para a configuração da quadrilha, nos termos da recente jurisprudência do *Bundesgerichtshof* (Tribunal Superior) alemão”.

Conforme o voto do Ministro Luiz Fux não se exige para a caracterização do crime de quadrilha que o grupo só pratique crimes, de modo que os delinquentes também pratiquem atividades travestidas de licitas.

O ministro ainda citou a jurisprudência da Segunda Turma, segundo a qual para a configuração do crime formal, “o delito de quadrilha ou bando consuma-se tanto que aperfeiçoada a convergência de vontade dos agentes e, como tal, independe da prática ulterior de qualquer delito compreendido no âmbito de suas projetadas atividades criminosas”.²²³

Nesse sentido fez referência²²⁴ ao precedente da Suprema Corte do Canadá, o qual desde 2006 já reconhecia que o “o crime de quadrilha é, essencialmente, um delito de intenção”.²²⁵

O voto do Ministro Luiz Fux, junto com os votos dos ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Joaquim Barbosa e, parcialmente o Ministro Marco Aurélio ficaram vencidos, ou seja, a maioria acolheu os embargos infringentes para absolver o embargante do crime de quadrilha.

Os precedentes citados²²⁶ serviram como reforço de argumentação para a decisão tomada. Percebe-se, portanto que tem havido um esforço particular de alguns Ministros em dar importância aos precedentes estrangeiros. Entretanto, várias das referências utilizadas não foram decisivas para a conclusão dos casos concretos.

Em março, no HC 112650/RJ, a Ministra Rosa Weber, em seu voto, concluiu de modo semelhante ao entendimento adotado pelas Cortes federais norte-americanas em

²²³ Trata-se do HC 88.978/DF, Relator Ministro Cezar Peluso, julgado em 04/09/2007. DJ de 21/09/2007.

²²⁴ Cfr. Voto do Ministro Luiz Fux na AP 470 EI/MG, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 27/02/2014, DJ 20/08/2014, p-33

²²⁵ No original: “*conspiracy is essentially a crime of intention*”. Supreme Court of Canada. Citation: R. v. Déry, [2006] 2. Date: 20061123. S.C.R. 669, 2006 SCC 53. 2006: February 16; 2006: November 23.

²²⁶ BGH. Beschluss des 3. Strafsenats de 13/09/2011 - 3 StR 231/11, do Tribunal Superior alemão; Supreme Court of Canada. Citation: R. v. Déry, [2006] 2. Date: 20061123. S.C.R. 669, 2006 SCC 53. 2006: February 16; 2006: November 23.

relação aos presídios de segurança máxima²²⁷. Ela fez referência ao voto do magistrado Richard Posner para justificar a prorrogação da permanência de presos no presídio federal por mais de 360 dias.²²⁸

Percebe-se que não se trata de uma simples citação a precedentes estrangeiros, como ocorre em outros acórdãos. O voto do magistrado Richard Posner²²⁹ teve destaque no argumento da Ministra Rosa Weber, no entanto a consolidação de sua argumentação se deu por meio precedentes das próprias Turmas do Supremo Tribunal Federal.

No RHC 118197/ ES²³⁰, sob a relatoria da Ministra Rosa Weber, se discutiu, no âmbito do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVII, “c”), a realização de novo julgamento por decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

A Ministra Rosa Weber para ilustrar a importância do princípio da soberania dos veredictos fez referência ao Caso *Buschel* de 1670²³¹. Afirmou que tal princípio “constitui uma conquista histórica, pois nesse caso foi concedido *habeas corpus* pela *Court of Common Pleas* inglesa para libertar jurados presos por ordem do Juiz Presidente do Júri, pois este entendeu que tais jurados haviam proferido veredicto contrário à prova dos autos”. A Ministra anotou que “a soberania dos veredictos não é um princípio intangível, sendo possível sua relativização²³²”, chegando ao entendimento de que o mencionado princípio constitucional da soberania dos veredictos coexiste em perfeita harmonia com o sistema recursal penal.²³³

²²⁷ Caso *Bruscino v. Carlson*, 854 F2d 162, de1988, a Sétima Corte de Apelações Federais dos Estados Unidos.

²²⁸ Ver trecho: Nessa linha, sobreleva o caráter excepcional de que se há de revestir o encarceramento em presídios federais, destinados que são apenas a presos de elevada periculosidade, cujo recolhimento se justifique “no interesse da segurança pública”, conforme o artigo 3.º da Lei n.º 11.671/2008. Agrego não terem sido criados, os presídios federais, para que as penas sejam neles integralmente cumpridas. A teor da Lei nº11.671/2008, art. 10, a permanência dos presos em tais estabelecimentos é excepcional e por prazo determinado (período de 360 dias, renovável excepcionalmente). Cfr. Voto da Ministra Rosa Weber no HC 112650/RJ, Relator Ministra Rosa Weber, julgado em 11/03/2014, DJ 29/10/2014, p. 9-10

²²⁹ Ver trecho: “embora tenha reputado o regime existente na Prisão Federal de Marion, Illinois, como “sórdido e horrível”, também o considerou válido, entendendo que as condições prisionais “deviam ser avaliadas tendo presente a história extraordinária de violência prisional” daquele estabelecimento”, p. 10

²³⁰ O mesmo argumento foi utilizado no voto da Ministra Rosa Weber no RHC 124554, Relatora Ministra Rosa Weber, julgado em 18/11/2014, DJ 01/12/2014, p.15-16

²³¹ Cfr. Voto da Ministra Rosa Weber no RHC 118197, Relatora Ministra Rosa Weber, julgado em 11/03/2014, DJ 09/04/2014, p.8-9

²³² Cfr. Voto da Ministra Rosa Weber no RHC 118197, Relatora Ministra Rosa Weber, julgado em 11/03/2014, DJ 09/04/2014, p.9

²³³ Ver: Art. 593, inciso III, alínea *d*, do CPP.

No RE 571969/ DF se discutiu a responsabilidade da União quanto aos prejuízos causados à concessionária de serviço de transporte aéreo Viação Aérea Rio-Grandense (Varig) decorrentes dos efeitos de política econômica governamental dos Planos “Funaro” e “Cruzado” – política de congelamento de preços e tarifas entre outubro de 1985 e janeiro de 1992.

Por maioria dos votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal negou provimento ao Recurso Extraordinário da União e do Ministério Público Federal (MPF), garantiu assim, à Varig, o direito de indenização em razão do congelamento de tarifas ocorrido durante esse período.

Os precedentes estrangeiros formaram a base da argumentação do voto, divergente, do Ministro Joaquim Barbosa, que os utilizaram para negar a responsabilidade do Estado. Para ele, o congelamento não afetou unicamente a empresa aérea, mas com ele foram atingidos vários outros setores da economia do país e dos cidadãos economicamente ativos.

O primeiro precedente referenciado foi o Caso *La Fleurette*, sobre o qual o Ministro menciona que “a doutrina brasileira ao se referir a este caso não leva em conta que a jurisprudência do *Conseil d’État* evoluiu no sentido da restrição da responsabilidade do Estado, não no da sua ampliação²³⁴”. Desse modo a responsabilidade do Estado seria afastada quando uma suposta lei causasse um prejuízo se fosse para promover um interesse geral e proeminente.²³⁵

O Ministro Joaquim Barbosa também fez referência há outros dois julgamentos, nos quais o Conselho de Estado francês decidiu pela não configuração da responsabilidade do Estado por ato legislativo, quais sejam: o acórdão *Société Claude publicité* de 24/10/1984; acórdão *As Établissement Charbonneaux-Brabant*, de 08/04/1994, no qual teve negado pedido de indenização pelo fato de a lei questionada ter sido editada para satisfazer um interesse econômico e social de ordem geral.²³⁶

²³⁴ Cfr. Voto Ministro Joaquim Barbosa no RE 571969/DF, Relatora Ministra Cármen Lúcia, julgado em 12/03/2014, DJ 17/09/2014, p. 22

²³⁵ Trecho original: Assim, a responsabilidade por ato legislativo costuma ser afastada quando se demonstra que a lei que supostamente teria causado o prejuízo alegado foi promulgada para promover “*un intérêt general et proéminent*”, p. 22.

²³⁶ Cfr. Voto Ministro Joaquim Barbosa no RE 571969/DF, Relatora Ministra Cármen Lúcia, julgado em 12/03/2014, DJ 17/09/2014, p. 23-24

Ainda no RE 571969/DF, o Ministro Joaquim Barbosa fez referência ao caso *Société Société Le Gardiennage industriel de la Seine* (20/05/1994) para argumentar de modo semelhante ao conselho de Estado francês, o qual entende que aplicação da teoria financeira só pode ser aplicada quando há modificação unilateral do contrato pela Administração. Nesse sentido o ministro argumentou que, conforme ressalta a União, a Varig “não reclama de falta por parte do contratante, UNIÃO, e sim da política adotada pelo Governo”. Assim não se pode sustentar a tese da equação financeira, visto que a quebra do equilíbrio financeiro se deu pelos atos legislativos utilizados pelo governo federal para combater a hiperinflação.²³⁷

Por fim citou os acórdãos *Compagnie générale de Bordeaux* de 1916; *Compagnie des tramways de Cherbourg* de 1932 e a *AS Société Française d’Assainissement et de Services* de 27/03/2001 referentes a teoria da imprevisão e o aresto *Terrier* (06/02/1903).²³⁸

Esse acórdão do Supremo Tribunal Federal é um dos mais importantes para o estudo aqui proposto, visto que os precedentes estrangeiros elencados pelo Ministro Joaquim Barbosa fizeram parte fundamental de seu voto.

A única observação que se faz é que embora a jurisprudência do Conselho de Estado francês tenha servido para enriquecer a argumentação do Ministro Joaquim Barbosa, ela não foi objeto de discussão entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal. Tampouco teve força para rebater a tese vencedora, de que o Estado deve ser responsabilizado quanto aos prejuízos sofridos pela recorrida em razão dos planos econômicos existentes no período da ação. Situação que não diminui a importância desse caso para o presente estudo.

No HC 118344/GO, o Ministro Gilmar Mendes invocou precedentes da Corte Constitucional alemã²³⁹ para enfatizar a importância do direito de defesa²⁴⁰. Aduziu que

²³⁷ Cfr. Voto Ministro Joaquim Barbosa no RE 571969/DF, Relatora Ministra Cármen Lúcia, julgado em 12/03/2014, DJ 17/09/2014, p. 26

²³⁸ Cfr. Voto Ministro Joaquim Barbosa no RE 571969/DF, Relatora Ministra Cármen Lúcia, julgado em 12/03/2014, DJ 17/09/2014, p. 27 e 30

²³⁹ São eles: BVerfGE 70, 288 e BVerfGE 11, 218 da Corte Constitucional alemã.

²⁴⁰ Cfr. Voto do Ministro Gilmar Mendes no HC 118344/GO, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 18/03/2014, DJ 13/06/2014, p. 4-5

não só a doutrina, mas o direito constitucional comparado tem enfatizado que o direito a defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo.²⁴¹

No caso em exame, o Ministro Gilmar Mendes ressaltou que o paciente sofreu constrangimento ilegal, consubstanciado na violação do devido processo legal e no cerceamento de defesa, havendo dessa forma nítida violação à ampla defesa, a ensejar a devolução do prazo recursal.²⁴²

Este é um típico caso da temática de direitos fundamentais no qual se pode perceber uma preocupação, com maior ou menor grau, da Suprema Corte brasileira com o direito comparado, no caso em análise com relação ao direito a defesa.

No dia 20/03/2014 houve o julgamento da Rcl 4335/AC, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, na qual se questionou a decisão do juízo da Vara de Execuções Penais do Rio Branco (AC) que negou o direito à progressão de regime prisional a dez condenados por crimes hediondos, sob a alegação de vedação legal.

O reclamante alegou que houve ofensa a decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 82959, no qual a Corte reconheceu a possibilidade de progressão de regime em casos de crimes hediondos, declarando inconstitucional o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/1990, que vedava tal progressão.

No caso em análise, o juiz do Acre entendeu que em sede de controle difuso a decisão produz efeitos “*inter partes*”. Dessa forma para que houvesse alcance a todos os cidadãos seria necessário que o Senado Federal suspendesse a execução do dispositivo da Lei de Crimes Hediondos, conforme está previsto no artigo 52, X, da Constituição Federal.

Desse modo, no plano de fundo, o que se discute é a função desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade das leis.

²⁴¹ Nesse sentido, segundo o Ministro Gilmar Mendes, “a 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”. p. 4-5

²⁴² Cfr. Voto do Ministro Gilmar Mendes no HC 118344/GO, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 18/03/2014, DJ 13/06/2014, p. 11

Esse é um dos julgamentos mais importante para pesquisa visto que houve debate, envolvendo precedentes estrangeiros, entre os Ministros Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Sepúlveda Pertence e Cezar Peluso²⁴³. Aqui as referências não foram utilizadas como mera menção na construção dos argumentos.

No debate, o ministro Gilmar Mendes (relator) confrontou as premissas colocadas pelo ministro Joaquim Barbosa, segundo as quais o Poder Judiciário não poderia pronunciar-se em questões que ofendesse o princípio da democracia, mas tão somente anular a legislação em desacordo com a Constituição, declarar a sua compatibilidade com o texto constitucional ou não fazer nenhuma coisa nem outra, ou seja, não se pronunciar.

Para o Ministro Gilmar, essas reflexões não são praticadas pela Suprema Corte, nem por qualquer corte constitucional, basta olhar para as jurisprudências de cortes da Alemanha, Itália e Espanha para notar que as atuais sentenças se constituem de caráter aditivo, rompendo assim com as premissas utilizadas pelo ministro Joaquim Barbosa.

O Ministro Gilmar fez referência caso *Brown v. Board of Education*. Para ele, tal precedente é um típico “caso de condução de política decisivo, no tema do racismo, que nada tem a ver com o modelo de *Bickel*” referenciado pelo Ministro Joaquim Barbosa.

O Ministro Joaquim Barbosa respondeu que “não havia nenhum dispositivo na Constituição americana que legitimasse, sequer em sonho, a segregação racial. Pelo contrário, havia três emendas constitucionais, votadas no século XIX, que a coíbiam”.²⁴⁴

O Ministro Gilmar Mendes retorquiu afirmando que o “caso *Plessy v. Ferguson* nada mais é do que a afirmação de que havia, sim, essa legitimidade” e que não iria se perder na discussão, pois é elementar que não existe norma senão norma interpretada, questão que passa Gadamer, Heidegger, Reale, Häberle e tantos outros. Para o Ministro Gilmar “esse é um caso clássico de ativismo, para ficar no tema emblemático da dessegregação racial nos Estados Unidos”.²⁴⁵

²⁴³ Cfr. Debate na Rcl 4335/AC, julgada em 20/03/2014, DJ 21/010/2014, p. 103-109

²⁴⁴ Cfr. Debate na Rcl 4335/AC, julgada em 20/03/2014, DJ 21/010/2014, p. 103

²⁴⁵ Cfr. Debate na Rcl 4335/AC, julgada em 20/03/2014, DJ 21/010/2014, p. 104

O Ministro Joaquim Barbosa replicou: “Há o ativismo do bem e o do mal, Ministro Gilmar Mendes”. Este respondeu: “Vossa Excelência já está indo para outro tipo de ontologia. Mas mantenha coerência com suas premissas”.²⁴⁶

Já o ministro Sepúlveda Pertence faz referência ao caso *Marbury vs. Madison* para complementar as palavras do ministro Gilmar Medes a respeito da *judicial review*, da ideia de controle de constitucionalidade.

“O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – No qual, se pensou, fez questão de não dizê-lo John Marshall, no caso *Marbury vs. Madison*, porque era preciso caracterizar a “judicial review” como uma tarefa necessária e inerente à jurisdição sobre casos concretos, por uma óbvia conveniência política. E o próprio Ruy Barbosa, embora tendo reconhecido o déficit da eficácia vinculante das demissões do Supremo, em outro texto disse que seria o absurdo dos absurdos que a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei fosse o objeto de um processo”.²⁴⁷

O ministro Ricardo Lewandowski também faz referência, em seu voto vista, ao caso *Marbury vs. Madison* relembrando que o “exame da compatibilidade entre as leis ordinárias e as normas constitucionais pelo Judiciário, o denominado *judicial review*, tem origem na célebre decisão do Chief Justice John Marshall da Suprema Corte dos Estados Unidos” no referido caso.²⁴⁸

Verifica-se, portanto, que a discussão travada entre os Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa sobre a função desempenhada pela Corte brasileira e pelo Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade das leis, trouxe como referência o direito americano. Isso demonstra certa abertura da Corte brasileira para a reflexão comparativista, pois o direito estrangeiro foi, nesse caso específico, objeto de considerações por 4 (quatro) ministros num único julgado.

No HC 118830/SP discutiram a imputação de tráfico internacional de drogas e associação para o tráfico. Os precedentes estrangeiros aparecem no voto vencido do Ministro Marco Aurélio, com referência aos casos *Stögmüller*, nº 1.602/62, parágrafo 5, *Tomasi*, de 27 de agosto de 1992, nº 12.850/87, parágrafo 84, e *Clooth*, de 12 de dezembro

²⁴⁶ Cfr. Debate na Rcl 4335/AC, julgada em 20/03/2014, DJ 21/010/2014, p. 104

²⁴⁷ Cfr. Debate na Rcl 4335/AC, julgada em 20/03/2014, DJ 21/010/2014, p. 107

²⁴⁸ Cfr. Voto vista do Ministro Ricardo Lewandowski na Rcl 4335/AC, julgada em 20/03/2014, DJ 21/010/2014, p. 114

de 1991, nº 12.718/87, parágrafo 36²⁴⁹. Os precedentes foram utilizados para demonstrar que não se pode privar a liberdade daqueles cuja responsabilidade penal não foi declarada definitivamente.²⁵⁰

Citou também os casos *Yagci e Sargin*, de 8 de junho de 1995, nº 16.419/90, parágrafo 66, e *Dobbertin*, de 25 de fevereiro de 1993, nº 13.089/87, parágrafo 43, da mesma Corte²⁵¹. Por fim, o Ministro Marco Aurélio fez referência aos casos *Mansur*, de 8 de junho de 1995, nº 16.026/90, parágrafo 66, 67 e 68, e *Vocaturu*, de 24 de maio de 1991, nº 11.891/85, parágrafo 17.²⁵²

É a primeira vez que esses casos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem aparecem em uma referência do Supremo Tribunal Federal, o que demonstra uma maior abertura ao direito comparado. Contudo, mesmo diante da argumentação do Ministro Marco Aurélio e da importância dos precedentes citados em tema direitos fundamentais a Turma julgou prejudicada a ordem de habeas corpus devido à superveniência de sentença condenatória, com condenação de dezesseis anos, três meses e nove dias de reclusão.

No mês de abril de 2014, no MS 23262/DF, por maioria dos votos, decidiram pela declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 170 da Lei nº 8.112/90²⁵³ por violar o princípio da presunção de inocência. Tal dispositivo determinava o registro de eventuais transgressões cometidas nos assentamentos do servidor, mesmo depois de prescritos os fatos.

²⁴⁹ Crf. Voto Ministro Marco Aurélio no HC 118830/SP, Relator Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão Ministro Roberto Barroso, julgado em 25/03/2014, DJ 17/09/2014, p. 12

²⁵⁰ Do contrário tal privação violaria “o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, e da Convenção Americana de Direitos Humanos, internalizada no Brasil mediante o Decreto nº 678/1992, consoante os quais toda pessoa presa em virtude de infração penal tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade”. Norma, igualmente presente no item 3 do artigo 5º da Convenção Europeia de Direitos Humanos e enfatizada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem na apreciação dos casos citados.

²⁵¹ Crf. Voto Ministro Marco Aurélio no HC 118830/SP, Relator Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão Ministro Roberto Barroso, julgado em 25/03/2014, DJ 17/09/2014, p. 12

²⁵² Crf. Voto Ministro Marco Aurélio no HC 118830/SP, Relator Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão Ministro Roberto Barroso, julgado em 25/03/2014, DJ 17/09/2014, p. 12-13

²⁵³ Art. 170. Extinta a punibilidade pela prescrição, a autoridade julgadora determinará o registro do fato nos assentamentos individuais do servidor.

Nesse caso foi questionada a decisão do presidente da República, que mesmo após anular a penalidade de suspensão do servidor, determinou a inscrição fatos nos seus assentamentos funcionais com base no dispositivo citado.

Para demonstrar a importância desse princípio constitucional da presunção da inocência o Ministro Dias Toffoli fez referência ao Caso *Ley General Tributaria* do Tribunal Constitucional da Espanha. Conforme o Ministro a presunção de inocência tem vez, igualmente, no processo administrativo.²⁵⁴

Nesse julgado, é possível perceber uma tendência, entre alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal, de utilizarem ou de se preocuparem em dar exemplo com a expressão “direito comparado” como suporte para seus argumentos. A referência aparece no voto do Ministro Dias Toffoli:

“Em termos de Direito Comparado, observa-se que o Tribunal Constitucional de Espanha desenvolveu fortemente sua jurisprudência no sentido de que o conteúdo essencial do direito fundamental à presunção de inocência radica-se na situação jurídica de um indivíduo”.

²⁵⁵

No mês de maio foi julgado o RE 565048/RS, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, no qual se discutiu a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 42 da Lei Estadual nº 8.820 que exigia do contribuinte em mora a prestação de garantia para impressão de documentos fiscais.

O precedente estrangeiro está registrado no voto do Ministro Celso de Mello, que pela segunda vez no ano de 2014 fez menção em seu voto ao Caso *Panhandle Oil Co. V State of Mississippi Ex Rel. Knox*²⁵⁶ para demonstrar que o Poder Judiciário está investido de competência institucional para neutralizar eventuais abusos das entidades governamentais, que muitas vezes menosprezam o estatuto constitucional do contribuinte

²⁵⁴ Cfr. Voto do Ministro dias Toffoli no MS 23262/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 23/04/2014, DJ 29/10/2014. Ver trecho: Nesse contexto, como teve a oportunidade de decidir o Tribunal Constitucional de Espanha, a sanção proveniente dos órgãos públicos, seja de caráter judicial, seja de caráter administrativo, aplicada em decorrência de sentença ou ato administrativo equivalente, “(...) não pode suscitar nenhuma dúvida de que a presunção de inocência rege, sem exceções, o ordenamento sancionador e já de ser respeitada na imposição de quaisquer sanções, sejam penais, sejam administrativas (...)” (8ª Sala do Tribunal Constitucional 76/90, caso *Ley General Tributaria*) p. 16

²⁵⁵ Cfr. Voto do Ministro dias Toffoli no MS 23262/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 23/04/2014, DJ 29/10/2014 p. 14

²⁵⁶ *Panhandle Oil Co. v. State of Mississippi Ex Rel. Knox* (277 U.S. 218).

impor medidas que inviabilizam o exercício de atividades²⁵⁷. Também lembrou a “clássica advertência” de Orosimbo Nonato:

“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 lembra 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”²⁵⁸.

Nesse julgado é possível verificar a tendência, entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, de utilizarem os mesmos argumentos com fragmentos de decisões estrangeiras como reforço argumentativo para as suas decisões em diferentes casos brasileiros.²⁵⁹

Em junho de 2014, no Pleno do Supremo Tribunal Federal, foi julgado o agravo regimental²⁶⁰ interposto por José Dirceu contra decisão proferida pelo Ministro Joaquim Barbosa na Execução Penal (EP) 2 que indeferiu o pedido de trabalho externo formulado em dezembro de 2013.

O relator do agravo regimental, Ministro Roberto Barroso, ao proferir seu voto chamou a atenção para a elaboração da decisão ora analisada, aduziu que se trata de um caso emblemático e que não deveria haver espaço para inovações ou exceções. Também

²⁵⁷ Cfr. Voto do Ministro Celso de Mello no RE 565048, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 29/05/2014, DJ 08/10/2014, p. 26. Os mesmos argumentos estão reproduzidos no voto do Ministro Celso de Mello no julgamento do RE 240785/MG, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 08/10/2014, DJ de 15/12/2014, p. 97 e ARE 831377 AgR/MG, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 16/12/2014, DJ de 05/02/2015, p. 9.

²⁵⁸ Vide: voto do Ministro Celso de Mello no RE 565048, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 29/05/2014, DJ de 08/10/2014, p. 26.

²⁵⁹ Ver em: SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2015, p. 184

²⁶⁰ EP 2 TrabExt-AgR, Relator: Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 25/06/2014, DJ de 29/10/2014

demonstrou preocupação quanto a sua universalidade, pois tal decisão deverá valer para todas as pessoas que se encontram em igual situação.²⁶¹

A decisão estrangeira aparece como simples referência no voto do ministro Gilmar Mendes. Lembrou, o Ministro, que no célebre caso *Brown versus Plata*²⁶², houve a recomendação que o estado da Califórnia tomasse providências para reduzir o excesso de presos, recomendação que foi acompanhada por uma determinação fixando prazo para tal providência.²⁶³

O Ministro Gilmar Mendes utilizou o caso citado para argumentar que em geral “não prestamos atenção devida ao problema existente no nosso sistema prisional, que é um tema sério de direitos humanos”. Por conseguinte, citou como exemplo, em tom de crítica, que as secretarias de Direitos Humanos não cuidam desse tema a não ser quando se trata de interesse de um preso político²⁶⁴.

Em agosto de 2014 no HC 111567, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, foi discutido o tema já pacificado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade jurídica de qualquer um dos litisconsortes penais passivos acompanhar o interrogatório judicial dos demais corréus. Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado por quatro soldados contra decisão do Superior Tribunal Militar a presença deles em interrogatório de um dos corréus.

De acordo com o Ministro Celso de Mello, tal decisão é contrária a Constituição Federal, para ele a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que a presença do réu traduz prerrogativa jurídica essencial cuja origem está na garantia constitucional do *due process of law* (devido processo legal), garantindo dessa forma ao acusado o direito de comparecer aos atos processuais.

²⁶¹ Cfr. Voto do Ministro Roberto Barroso na EP 2 TrabExt-AgR, Relator: Ministro Roberto Barroso, julgado em 25/06/2014, DJ de 29/10/2014, p. 6

²⁶² Caso *Brown vs. Plata* de 2011 da Suprema Corte norte-americana.

²⁶³ Cfr. Voto do Ministro Gilmar Mendes na EP 2 TrabExt-AgR, Relator: Ministro Roberto Barroso, julgado em 25/06/2014, DJ de 29/10/2014, p. 61

²⁶⁴ Citou como exemplo: “[...] que a Secretaria de Direitos Humanos cuida do desenterro, saber se envenenaram ou não João Goulart, mas não trata desse tema” p. 56.

O relator salientou também que “se o interrogando sentir-se *eventualmente* constrangido, avaliando que poderá auto incriminar-se, assistir-lhe-á, sempre, o direito – *juridicamente amparado pela própria Constituição* – de silenciar.²⁶⁵

Os precedentes estrangeiros²⁶⁶ aparecem para reforçar os argumentos de concretização do direito fundamental ao silêncio.²⁶⁷

O direito de o indiciado/acusado (ou testemunha) permanecer em silêncio – consoante proclamou a Suprema Corte dos Estados Unidos da América em *Escobedo v. Illinois* (1964) e, de maneira mais incisiva, em *Miranda v. Arizona* (1966) – insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal.²⁶⁸

No mês de outubro de 2014 foi julgado em conjunto a ADI 4350/DF²⁶⁹, da relatoria do Ministro Luiz Fux e o ARE 704520/SP²⁷⁰, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, nos quais o Supremo Tribunal Federal discutiu as alterações na legislação sobre o Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Via Terrestre (DPVAT).

Em resumo, as duas ADIs, de relatoria do ministro Luiz Fux, questionavam a Lei 11.482/2007 e a Lei 11.945/09, normas que alteram a forma de pagamento do seguro DPVAT. No caso de morte ou invalidez o seguro pago passou de 40 salários-mínimos para R\$13.500,00. Também vedou a cessão de direitos referente ao reembolso por despesas médicas previsto no seguro. Para as requerentes, tais mudanças seria uma ofensa aos princípios da isonomia, da proporcionalidade e da vedação do retrocesso.

²⁶⁵ Cfr. Voto do Ministro Celso de Mello no HC 111567 AgR/AM, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 05/08/2014, DJ de 29/10/2014, p.20

²⁶⁶ Caso *Escobedo vs. Illinois* (1964); Caso *Miranda vs. Arizona* (1966); Caso *Dickerson vs. United States* (530 U.S. 428, 2000) da Suprema corte dos Estados Unidos da América.

²⁶⁷ Cfr. Voto do Ministro Celso de Mello no HC 111567 AgR/AM, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 05/08/2014, DJ de 29/10/2014, p.22-23

²⁶⁸ Cfr. Voto do Ministro Celso de Mello no HC 111567 AgR/AM, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 05/08/2014, DJ de 29/10/2014, p.22

²⁶⁹ Cfr. Voto do Ministro Celso de Mello na ADI 4350 / DF, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 23/10/2014, DJ de 03/12/2014, p. 16-18. Vale dizer que a ADI 4350 / DF foi julgada em conjunto com a ADI 4627, nas quais se discutiram o pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 8º da Lei nº 11.482/07 e dos arts. 30 a 32 da Lei 11.945/09, normas legais que alteram a forma de pagamento do seguro DPVAT.

²⁷⁰ Cfr. Voto do Ministro Celso de Mello no ARE 704520 / MG, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 23/10/2014, DJ de 02/12/2014, p. 16-18, em que se discutia a alegada inconstitucionalidade da modificação realizada pelo art. 8º da Lei 11.482 no art. 3º da Lei 6.194/74, quanto redução dos valores de indenização do seguro obrigatório por danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre - Seguro DPVAT.

O precedente estrangeiro aparece no voto do ministro Celso de Mello, tanto na ADI 4350/DF quanto no ARE 704520/SP, logo após fazer menção a lição sobre o tema do J.J. Gomes Canotilho.

“Bem por isso, 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, vindo a proferir decisão assim resumida pelo ilustre Relator da causa, Conselheiro VITAL MOREIRA, em douto voto de que extraio o seguinte fragmento (“Acórdãos do Tribunal Constitucional”, vol. 3/95-131, 117-118, 1984, Imprensa Nacional, Lisboa) [...]”.

As referências aos precedentes estrangeiros aparecem para corroborar que tais dispositivos legais não afrontaram qualquer princípio constitucional. Sendo assim, a proibição da cessão de direitos no caso mencionado não representa violação ao princípio da isonomia, tampouco impede o acesso das vítimas de acidentes aos serviços médicos de urgência.

Observa-se, mais uma vez, o fenômeno da repetição de argumentos. No caso em análise, do *Acórdão 39/84* do Tribunal Constitucional português.

Em novembro de 2014 foi julgado, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o ARE 709212/DF, no qual se decidiu qual o prazo de prescrição aplicável à cobrança de valores não depositados no Fundo de Garantia de Tempo de Serviço (FGTS), se quinquenal ou trintenário²⁷¹. O entendimento adotado, tanto pelo Tribunal Superior do Trabalho quanto pelo Supremo Tribunal era o trintenário.

Ao analisar o caso, a Corte entendeu pela inconstitucionalidade das normas que previam a prescrição trintenária.

O Ministro Gilmar Mendes asseverou que em casos como este, no qual se pretende alterar a jurisprudência adotada longamente pela Corte, utiliza-se a modulação de efeitos da decisão, com base em razões de segurança jurídica. Para isso o Ministro Gilmar Mendes citou o Conflito de Competência 7204/MG da relatoria do Ministro Carlos

²⁷¹ Tema 608 da Repercussão Geral, no qual, por maioria dos votos, declararam a inconstitucionalidade do art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/1990, e do art. 55 do Decreto nº 99.684/1990, na parte em que ressalvam o “*privilégio do FGTS à prescrição trintenária*”, devido a violação ao art. 7º, XXIX, da Carta de 1988.

Britto²⁷², citou também grandes expoentes da interpretação constitucional, como Häberle²⁷³ e Inocêncio Mártires Coelho que no âmbito da mutação constitucional, em sua obra sobre interpretação constitucional²⁷⁴, assevera que a “norma jurídica não é o pressuposto, mas resultado do processo interpretativo ou que a norma é a sua interpretação”.

O relator utilizou essa construção para justificar a mudança de valoração a ser realizada pelo Supremo, permitindo, desse modo, que venha a ser reconhecida a inconstitucionalidade de situações anteriormente consideradas legítimas.

É nesse contexto que ele fez referência a vários precedentes da Suprema Corte Americana²⁷⁵ para exemplificar que determinadas lei consideradas legítimas num dado momento podem ser superadas por não mais ser compatíveis com o momento. Nesse sentido o ministro citou os casos *Plessy versus Ferguson*, no qual Corte Suprema americana reconheceu, em 1896, a legitimidade da separação entre brancos e negros nos vagões de trens. O que veio a ser superado apenas em 1954 no caso *Brown versus Board o Education*, no qual se assentou a incompatibilidade dessa separação com o princípio da igualdade.²⁷⁶

²⁷² Cfr. Voto do Ministro Gilmar Mendes no ARE 709212/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 13/11/2014, DJ de 18/02/2015: No Conflito de Competência 7.204, Rel. Min. Carlos Britto (julg. Em 29.6.2005), fixou-se o entendimento de que “o Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência ex ratione materiae. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formaldo Magno Texto” p.18.

²⁷³ Ver trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes no ARE 709212/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 13/11/2014, DJ de 18/02/2015: “Essa colocação coincide, fundamentalmente, com a observação de Häberle, segundo a qual não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada (*Es gibt keine Rechtsnormen, es gibt nur interpretierte Rechtsnormen*), ressaltando-se que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública (*Einen Rechssatz “auslegen” bedeutet, ihn in die Zeit, d.h. in die öffentliche Wirklichkeit stellen – um seiner Wirksamkeit willen*). Por isso, Häberle introduz o conceito de *pós-compreensão* (*Nachverständnis*), entendido como o conjunto de fatores temporalmente condicionados com base nos quais se compreende “supervenientemente” uma dada norma. A *póscompreensão* nada mais seria, para Häberle, do que a *pré-compreensão do futuro*, isto é, o elemento dialético correspondente da ideia de précompreensão (Häberle, Peter. “Zeit und Verfassung”. in: *Probleme der Verfassungsinterpretation*, org: Dreier, Ralf/Schwegmann, Friedrich, Nomos, Baden-Baden, 1976, p.312-313)” p. 21.

²⁷⁴ Inocêncio Mártires Coelho, *Interpretação Constitucional*. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1997

²⁷⁵ Caso *Plessy vs Ferguson* (1896), Caso *Brown vs. Board of Education* (1954); Caso *Mapp vs. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961); Caso *Linkletter vs. Walker - United States Reports*. vol. 381. p. 618, 629 e 637, U.S. (1965); Caso *Wolfvs. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949)

²⁷⁶ Cfr. Voto do Ministro Gilmar Mendes no ARE 709212/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 13/11/2014, DJ de 18/02/2015, p. 24

O Ministro Celso de Mello também fez referência a precedentes estrangeiros²⁷⁷ para concordar com o posicionamento da Corte que a jurisprudência em exame não deve mais prevalecer, desde que se observe a proposta de modulação temporal formulada pelo Ministro Gilmar Mendes.

Percebe-se, desse modo, que as referências aos precedentes estrangeiros estão em igualdade com grandes nomes da doutrina nacional e internacional na construção do voto do Ministro Gilmar Mendes. Portanto, tais referências serviram com apoio argumentativo para modular os efeitos da decisão e fixar a tese de que o prazo prescricional aplicável a cobrança de valores não depositados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) é quinquenal.

Na Rlc 15243 MC-AgR, julgada em 18/11/2014, discutiu-se um dos temas mais importante para o Estado democrático de direito, a liberdade expressão. Trata-se de um julgado relevante para a presente pesquisa, visto que há referência expressa ao direito comparado na ementa do acórdão, o que já demonstra certa preocupação em utilizar o direito comparado. Fenômeno já observado em outros julgados.

O voto do Ministro Celso de Mello trouxe referências estrangeiras importantes para a consolidação do direito fundamental da liberdade de manifestação do pensamento e essenciais ao regime democrático, tais como a *Declaração de Chapultepec*²⁷⁸, adotada em março de 1994 pela Conferência Hemisférica sobre Liberdade de Expressão.²⁷⁹

Citou a decisão do AI 705.630-AgR/SC, da Segunda Turma²⁸⁰, na qual utilizou jurisprudência comparada (Corte Europeia de Direitos Humanos e Tribunal

²⁷⁷ Ver trecho: “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.”, p. 73-74

²⁷⁸ A Declaração de Chapultepec enfatiza que uma imprensa livre é condição fundamental para que as sociedades resolvam seus conflitos, promovam o bem-estar e protejam sua liberdade, não devendo existir, por isso mesmo, nenhuma lei ou ato de poder que restrinja a liberdade de expressão ou de imprensa, seja qual for o meio de comunicação – proclamou, dentre outros postulados básicos.

²⁷⁹ Cfr. Voto do Ministro Celso de Mello na Rlc 15243 MC-AgR/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 18/11/2014, DJ de 01/12/2014, p.9-10

²⁸⁰ AI 705.630-AgR/SC, Relator Ministro Celso de Mello

Constitucional Espanhol) demonstrando que a legítima divergência de opiniões, a visão daqueles que pretendem negar, aos meios de comunicação social (e aos seus profissionais), o direito de buscar e de interpretar as informações, bem assim a prerrogativa de expender as críticas pertinentes mostra-se incompatível com o pluralismo de ideias.²⁸¹

O Ministro entende que a questão examinada assume magnitude de ordem político-jurídica, especialmente em face das questões constitucionais analisadas no julgamento da ADPF 130/DF, “em cujo âmbito o STF pôs em destaque, de maneira muito expressiva, uma das mais relevantes franquias constitucionais: a liberdade de manifestação do pensamento, que representa um dos fundamentos em que se apoia a própria noção de Estado democrático de direito”.

Quanto aos precedentes estrangeiros, o Ministro Celso de Mello trouxe a referência os casos *Handyside* (Sentença de 07/12/1976) e *Lingens* (Sentença de 08/07/1986) da Corte Europeia de Direitos Humanos, para reforçar a tese de que a liberdade de informação representa um suporte axiológico indispensável do regime democrático. Também rememorou, por meio de outro julgado, às Sentenças nº 6/1981, nº12/1982, nº 104/1986 e nº 171/1990 do Tribunal Constitucional Espanhol.

Em dezembro de 2014, foi proferida a decisão que prevaleceu no ARE 74575 AgR/MG, na qual se discutia a possibilidade, ou não do Judiciário, em casos de omissão no adimplemento de políticas públicas do Poder Público, determinar que este tome medidas ou providencias destinadas a garantir os direitos afetados pela inexecução de seus deveres jurídico-constitucionais. No caso em questão, o direito à saúde.

Nesse sentido, o ministro Celso de Mello citou a ementa da ADPF 45/DF. Afirmou que o Poder Judiciário tem legitimidade para controlar e intervir em tema de implementação de políticas públicas quando configurada a hipótese de abusividade governamental, de modo a efetivar os direitos sociais, econômicos e culturais, que se identificam, enquanto direitos de segunda dimensão, como liberdades positivas, reais ou concretas, devendo assim assegurar o mínimo existencial²⁸². Também advertiu que o

²⁸¹ Cfr. Voto do Ministro Celso de Mello na Rlc 15243 MC-AgR/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 18/11/2014, DJ de 01/12/2014, p.13-14

²⁸² Cfr. Voto do Ministro Celso de Mello no ARE 745745 AgR / MG, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 02/12/2014, DJ de 18/12/2014, p. 4-5

Estado não deve, salvo justo motivo, invocar a cláusula da “reserva do possível” para não cumprir suas obrigações.²⁸³

O Ministro Celso de Mello fez referência ao acórdão n° 39/84 do Tribunal Constitucional português para invocar a cláusula da proibição do retrocesso²⁸⁴. Princípio que impede que conquistas alcançadas pelo cidadão ou pela coletividade sejam desconstituídas.

Registra-se também que essa mesma referência invocada para sustentar a tese da proibição de retrocesso, também foi utilizada pelo Ministro Celso de Mello no ARE 727864²⁸⁵, em que se discutia a essencialidade do direito à saúde e sobre a ação e legitimidade “*ad causam*” do Ministério Público para propor ação civil pública visando garantir o direito fundamental à saúde.

O último julgamento com referência à Corte suprema e/ou Constitucional foi o RE 591054/SC da relatoria do Ministro Marco Aurélio, no qual se firmou a tese de que a existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena.

O Ministro Marco Aurélio, em seu voto, fez importantes referências a decisões estrangeiras para demonstrar que o entendimento da Corte está em consonância com a moderna jurisprudência da Corte Internacional de Direitos Humanos:

“Na decisão relativa ao caso *Ricardo Canese* (Sentença de 31 de agosto de 2004, Série C, n° 111, parágrafo 154), por exemplo, referiu-se ao princípio consubstanciado no artigo 8º, parágrafo 2º, do Pacto de São José da Costa Rica 6, promulgado entre nós pelo Decreto n° 678/2002,

²⁸³ Cfr. Voto do Ministro Celso de Mello no ARE 745745 AgR / MG, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 02/12/2014, DJ de 18/12/2014, p. 8

²⁸⁴ Trecho em que o Ministro Celso de Mello faz a referência: "(...) o Tribunal Constitucional português (Acórdão n° 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 no ARE 745745 AgR / MG, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 02/12/2014, DJ de 18/12/2014, p. 19. Registra-se também que essa mesma referência (Acórdão n° 39/1984 do Tribunal Constitucional português), invocada para sustentar a tese da proibição de retrocesso, também foi utilizada pelo Ministro Celso de Mello no ARE 727864 AgR / PR, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 04/11/2014, DJ de 13/11/2014, p. 22-23, em que se discutia a essencialidade do direito à saúde e sobre a ação e legitimidade “*ad causam*” do Ministério Público para propor ação civil pública visando garantir o direito fundamental à saúde. A mesma referência foi reproduzida pelo Ministro Celso de Mello no RE 658312 / SC, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 27/11/2014, p. 8-10, no qual houve a discussão sobre a constitucionalidade do art. 384 da CLT, o qual estipula intervalo de 15 minutos para mulheres antes do labor em sobrejornada.

²⁸⁵ Cfr. Voto do Ministro Celso de Mello no ARE 727864 AgR / PR, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 04/11/2014, DJ de 13/11/2014, p. 22-23

como um elemento essencial para a realização efetiva do direito à defesa, a acompanhar o acusado durante toda a tramitação do processo, até que o título condenatório no qual assentada a culpabilidade transite em julgado. Em pronunciamento alusivo ao caso *Cabrera Garcia e Montiel Flores* (Sentença de 26 de novembro de 2010, Série C, nº 220, parágrafo 184), entendeu vulneradora da garantia a decisão judicial em que refletida opinião a selar a culpa do acusado antes de este vir a ser pronunciado como tal. No julgamento dos casos *Tibi* (Sentença de 7 de setembro de 2004, Série C, nº 114, parágrafo 182) e *Cantoral Benavides* (Sentença de 18 de agosto de 2000, Série C, nº 69, parágrafo 120), assinalou ser defeso ao Estado condenar informalmente uma pessoa ou emitir juízo de valor à sociedade, de molde a formar opinião pública, enquanto não cancelada a responsabilidade penal. (Grifos nossos).²⁸⁶

Em notas rodapé²⁸⁷, o Ministro Marco Aurélio citou os casos *Perica Oreb*²⁸⁸, *Minelli*²⁸⁹, *Daktaras*²⁹⁰, *Alenet de Ribemont*²⁹¹, *Butkevičius*²⁹², *Dovzhenko*²⁹³ do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos para demonstrar que este Tribunal Europeu também já se manifestou sobre o tema asseverando que os representantes do Estado não podem declarar a culpa de uma pessoa antes que o Poder Judiciário a estabelecer em definitivo. “Nem mesmo a condenação em primeira instância faz cessar a garantia, a qual segue aplicável enquanto houver recurso pendente de apreciação.”²⁹⁴

O Ministro também citou o art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que proclama a presunção de inocência, com expressa repulsa às práticas absolutistas do Antigo Regime²⁹⁵, e o art. 11 da Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, promulgada em 10/12/1948, pela III Assembleia Geral da ONU que foi

²⁸⁶ Cfr. Voto do Ministro Marco Aurélio no RE 591054, Relator Marco Aurélio, julgado em 17/12/2014, DJ de 25/02/2015, p. 10

²⁸⁷ Cfr. Voto do Ministro Marco Aurélio no RE 591054, Relator Marco Aurélio, julgado em 17/12/2014, DJ de 25/02/2015, p. 11

²⁸⁸ Corte Europeia de Direitos Humanos, caso *Perica Oreb*, de 31 de outubro de 2013, nº 20.824/09, parágrafo 140.

²⁸⁹ Corte Europeia de Direitos Humanos, caso *Minelli*, de 25 de março de 1983, nº 8.660/79, parágrafos 27, 30 e 37.

²⁹⁰ Corte Europeia de Direitos Humanos, caso *Daktaras*, de 10 de outubro de 2000, nº 42.095/98, parágrafo 42.

²⁹¹ Corte Europeia de Direitos Humanos, caso *Alenet de Ribemont*, de 10 fevereiro de 1995, nº 15.175/89, parágrafos 35 e 36.

²⁹² Corte Europeia de Direitos Humanos, caso *Butkevičius*, de 26 de março de 2002, nº 48.297/99, parágrafos 50 a 52.

²⁹³ Corte Europeia de Direitos Humanos, caso *Dovzhenko*, de 12 de janeiro de 2012, nº 42.095/98, parágrafo 52.

²⁹⁴ Entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos no acórdão do caso *Konstas*, de 24 de maio de 2011, nº 53.466/07, parágrafo 36.

²⁹⁵ Cfr. Voto do Ministro Marco Aurélio no RE 591054, Relator Marco Aurélio, julgado em 17/12/2014, DJ de 25/02/2015, p. 51

proclamado em reação aos abusos cometidos pelos regimes totalitários nazifascistas, que todos se presumem inocentes até que sobrevenha definitivamente condenação judicial²⁹⁶. Demonstrando, assim, haver uma reação do pensamento democrático quanto a práticas que bloqueiam o alcance e difusão das prerrogativas asseguradas a toda e qualquer pessoa, mostra-se presente em outros documentos internacionais²⁹⁷, como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, Artigo XXV) entre outros.²⁹⁸

Nas palavras do Ministro Marco Aurélio:

“A consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa há 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 a esfera jurídica das pessoas em geral”.²⁹⁹

As referências a decisões de cortes estrangeiras foram abundantes neste caso, de modo que análise do acórdão foi realizada mais sob o aspecto quantitativo do que qualitativo. Ao todo foram referenciados 13 julgados de 2 Cortes Internacionais.

De todos os acórdãos analisados percebe-se que a utilização de jurisprudência comparada teve um salto qualitativo e principalmente quantitativo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no ano de 2013 e 2014, se comparados com década passada.³⁰⁰

²⁹⁶ Cfr. Voto do Ministro Marco Aurélio no RE 591054, Relator Marco Aurélio, julgado em 17/12/2014, DJ de 25/02/2015, p. 51

²⁹⁷ Cfr. Voto do Ministro Marco Aurélio no RE 591054, Relator Marco Aurélio, julgado em 17/12/2014, DJ de 25/02/2015, p. 51

²⁹⁸ Convenção Americana sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica 1969, Artigo 8º, § 2º), a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, Artigo 6º, § 2º), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Nice, 2000, Artigo 48, § 1º), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos/ Carta de Banjul (Nairóbi, 1981, Artigo 7º, § 1º, “b”) e a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (Cairo, 1990, Artigo 19, “e”), e *outros de caráter global*, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 14, § 2º), adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966.

²⁹⁹ Cfr. Voto do Ministro Marco Aurélio no RE 591054, Relator Marco Aurélio, julgado em 17/12/2014, DJ de 25/02/2015, p. 56

³⁰⁰ De 2000 a 2009 foram 34 julgados com referências a precedentes estrangeiros. Ver em: SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2015

Insistimos em afirmar que não se pode dizer que o Supremo Tribunal Federal tem consciência da transfundamentalidade como método comparativo para a concretização dos direitos fundamentais. O que se pode dizer sobre a Corte brasileira, nos últimos anos, principalmente a respeito dos Ministros mais novos é que estes estão mais atentos e comprometidos com a referência a precedentes estrangeiros como parte da fundamentação de seus votos.³⁰¹

³⁰¹ SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2015, p. 240.

CONCLUSÃO

O surgimento do Estado de Direito dos séculos XVIII e XIX mudou o modo de vida da sociedade. Diversos foram os fatores que levaram os indivíduos a lutarem na Revolução Francesa e a romper com a ordem vigente de outrora. A busca por melhores condições de vida, pautada nos direitos de liberdade, igualdade e fraternidade conduziu a passagem do Antigo Regime ao Estado de Direito.

Esse mesmo fenômeno que levou ao Estado de Direito é o mesmo que conduz ao Estado Constitucional dos séculos XX e XXI, pois ainda se luta por direitos de liberdade, igualdade e fraternidade, na tentativa de proteger as liberdades individuais, políticas, econômicas e culturais.

Nesse contexto, o Estado Constitucional Cooperativo aparece como alternativa viável para atender as necessidades do cidadão do século XXI, pois a relação entre sociedade e Estado é vista nesse modelo sob uma perspectiva complexa e dinâmica. Peter Häberle apresenta esse modelo como a comunidade universal dos Estados Constitucionais, na qual os Estados não existem para si mesmos, mas como referência para os outros Estados membros.

De modo mais prático, a sua principal proposta é fazer com que os direitos fundamentais assumam a condição de Direitos Objetivos. Assim alguns aspectos são relevantes para a concretização dos direitos fundamentais. A supremacia da Constituição, ressignificando o conceito clássico de repartição de poderes para uma visão compartilhada de poder. Em particular, a função do intérprete que, tanto no plano da jurisdição constitucional quanto no processo legislativo e político, deve estar em sintonia com os aportes das decisões estrangeiras (Direito Constitucional Comparado) e principalmente com as decisões das Cortes Internacionais. Desse modo, no plano internacional e transnacional, o modelo de Estado Constitucional se eleva a condição de Estado Constitucional Cooperativo e se dispõe a dialogar com outras culturas.

Diante desses conceitos pode-se dizer que o método comparado é uma alternativa metodológica para legitimar o processo de tomada de decisão. Dessa maneira, a utilização de precedentes estrangeiros como parte das decisões constitucionais brasileiras é um

processo imprescindível para solucionar os casos difíceis, principalmente aqueles que envolvam conflitos entre direitos fundamentais, os quais não admitem anulação ou substituição definitiva de um pelo outro. Assim a busca por novas fórmulas metódicas ganha maior e mais evidente espaço. Isso porque as decisões, nestas circunstâncias, não mais encontram amparo na fórmula tradicional da subsunção tal qual proposta pelos juristas dos séculos XVIII e XIX.

A investigação sobre o método comparativo e sua utilização na argumentação dos ministros do Supremo Tribunal Federal, especialmente quando estão a compor suas decisões constitucionais sobre direitos fundamentais, possibilitou concluir que nos últimos anos a Corte tem estado mais comprometida com o processo de referenciação de precedentes estrangeiros.

Entretanto não se pode dizer é que o Supremo Tribunal Federal está comprometido com o paradigma do Estado Constitucional e com a metódica de concretização dos direitos fundamentais fundada nos diálogos judiciais transnacionais.

Assim, de modo tímido, o que se pode afirmar, com alguma certeza, é que alguns Ministros se mostram mais disponíveis do que outros na utilização de jurisprudência estrangeira como fundamento na construção de votos. Demonstrando assim, certa abertura ao fenômeno chamado diálogos judiciais transnacionais.

REFÊRENCIAS

- ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do Direito Comparado**, trad. Sérgio José Porto. Porto Alegre, Editora Fabris, 1980.
- 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.
- CANOTILHO, J. J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Editora Almedina, 1999.
- _____. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2008.
- _____. Estado de Direito, in **Cadernos Democráticos**, v. 7. Lisboa: Gradiva Publicações Ltda, 1999.
- 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>. Acesso em: 02 nov. 2012.
- CHOUDHRY, Sujit (org.). **The migration of constitutional ideas**. New York: Cambridge University Press, 2006.
- CONTINENTINO, Marcelo Casseb. O problema das excessivas citações doutrinárias no STF. **Conjur: Observatório da Jurisdição Constitucional**. Disponível: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-15/observatorio-constitucional-problema-citacoes-doutrinarias-stf>>; Acesso em: 02 nov. 2012.
- DESPOUY, Leandro O. Perspectives on Judicial Dialogue and Cooperation: Keynote Address,
- FIX-ZAMUDIO, Hector. **Tendencias actuales del derecho comparado**, Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1793/5.pdf>>, Acesso em: 18 set. 2012.
- HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**, trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- _____. **Estado Constitucional Cooperativo**. Tradução: Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- _____. **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.
- 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;
- 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>>; Acesso em: 07 nov. 2014.
- 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 Teoría Jurídica y Filosofía del derecho, n. 23, Bogotá/Colombia, 2002.
- 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>>. Acesso em: 04 nov. 2012.
- PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao Direito Constitucional europeu**. Coimbra: Almedina, 1997.
- 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.
- SCHAUER, Frederick. On the migration of constitutional ideas, in **Connecticut Law Review**, v. 37, p. 907 e ss, 2005.
- 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.
- SEGADO, Francisco Fernández. A obsolência da bipolaridade tradicional (modelo americano-modelo europeu-kelseniano) dos sistemas de justiça constitucional. Tradução: Pedro Buck
- 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. **Revista Jurídica/Presidência da República**, vol. 7, n. 72, maio 2005 [internet] disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Christine_rev72.htm>. Acesso em: 30 out. 2014.

- _____. Interpretação constitucional à luz da comunidade de princípios, in **Estudos Constitucionais** – Livro em homenagem aos 10 anos do NEC - Núcleo de Estudos Constitucionais, Editora UniCeub: 2014, 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>>; Acesso em: 03 nov. 2012.
- _____. 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.
- _____. 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/>. Acesso em: 04 nov. de 2014.
- _____. CARNEIRO, Gustavo (coord). **Controle de constitucionalidade & direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- _____. Concretização Cooperativa de Direitos Fundamentais, in **Revista Consultor Jurídico**, 21/12/2013, Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-21/observatorio-constitucional-concretizacao-cooperativa-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 04 abr. 2014.
- _____. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013, 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2014.
- 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>>. Acesso em: 28 out. 2014.
- 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>>. Acesso em: 10 out. 2014.
- 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: 05 fev. de 2014.

TUSHNET, Mark V. *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, in **The Yale Law Journal**, vol. 108, n. 6, p. 1225-1310, 1999.

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.

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**, 3. ed, New York: Oxford University Press