

Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ
Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas - CCJE
Faculdade Nacional de Direito - FND
Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD

O ARGUMENTO DE DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO NO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF: um estudo a partir dos casos de
liberdade de expressão no Brasil

Gabriel Lima Marques

Rio de Janeiro
2014

Gabriel Lima Marques

O ARGUMENTO DE DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO NO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF: um estudo a partir dos casos de
liberdade de expressão no Brasil

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Direito da
Faculdade Nacional de Direito do Centro de
Ciências Jurídicas e Econômicas da
Universidade Federal do Rio de Janeiro como
requisito parcial para a obtenção do título de
Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Cecilia Caballero Lois

Rio de Janeiro

2014

Gabriel Lima Marques

O ARGUMENTO DE DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO NO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF: um estudo a partir dos casos de
liberdade de expressão no Brasil

Esta Dissertação foi apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos professores
abaixo e aprovada na seguinte data:

Data de aprovação: ____ / ____ / ____

Banca Examinadora:

Profa. Dra. Cecilia Caballero Lois – Orientadora

Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)

Profa. Dra. Claudia Maria Barbosa – Coorientadora

Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR)

Prof. Dra. Margarida Maria Lacombe Camargo – Examinadora

Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)

Profa. Dra. Vanice Regina Lírío do Valle – Examinadora

Universidade Estácio de Sá (UNESA)

À **Deus**, aquele em quem eu depusitei a minha
confiança;

Aos meus pais **Sidney e Glória**, pilares sobre os
quais foi construída nossa família;

À minha irmã **Carolina**, pela amizade sobre tudo e
sobre todos;

À **Nayara**, pelo amor e companheirismo de todos os
dias;

Aos **amigos e professores da UFRJ**, pela rica
experiência.

AGRADECIMENTOS

Chegado o fim de mais essa etapa, sinto-me como se a felicidade tomasse conta de mim. Isso por que, é daqui em diante, que a realização de um sonho imaginado ainda nos primeiros semestres de faculdade, ser professor, começa de fato, a se delinear. Após estes dois anos de mestrado que, vale o registro, foi um tempo de muito aprendizado, saio com a certeza de ter tido na Faculdade Nacional de Direito, uma formação de excelência. Tanto pelo seu corpo de professores e alunos, quanto pelo projeto, que em alguma medida, e pela minha passagem, acabei me tornando parte. Para que essa conquista, porém, fosse possível, se mostrou necessária a contribuição de algumas pessoas, e é exatamente para elas que gostaria de dedicar a seguir os meus agradecimentos.

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer a Deus. Afinal, como os discípulos de Emaús (Lc 24, 13-35), também eu durante este tempo, por várias vezes me enxerguei caminhando sozinho, cansado e descrente. Contudo, assim como eles, bastava que eu passasse a refletir um pouco mais sobre o significado das palavras e das promessas manifestadas por Deus, para que meu coração, logo na sequência, começasse a arder intensamente por dentro, renovando-se em mim a certeza de que não estava só. Na verdade, eu é que cego pelas tribulações e contratempos, por vezes, não conseguia enxergar que Ele sempre se encontrava ali, perto de mim, me sustentado todo o tempo. Obrigado Senhor pela graça de te reconhecer presente nestas ocasiões, e a exemplo destes que te seguiam, em todos os demais momentos de minha vida que ainda estão por vir, fique comigo, pois é tarde e o dia declina.

Além dEle, outros que por óbvio, não poderia deixar de mencionar aqui, são meus pais Sidney e Glória Marques. Vocês não são apenas meus genitores, são muito mais do que isso, são meus amigos, meus exemplos, meu refúgio. O amor de vocês deu início a nossa família, e é este mesmo amor que hoje nos une e que nos impulsiona a nos ajudarmos uns aos outros. Obrigado mãe, quando por amor, você me abraçou, rezou por mim e me incentivou a perseguir meus sonhos. Obrigado pai, por todo o esforço, carinho e dedicação diários, concedidos também por amor, para que tudo o que sonhei e que até aqui conquistei, se materializasse. É mais do que minha obrigação agradecer todos os dias por tê-los em minha vida e espero sempre poder corresponder o que fazem por mim, como também um dia

repassar essa mesma lição aos meus futuros filhos. Um beijo enorme desse filho que os ama muito.

Em continuidade, gostaria igualmente de fazer constar o meu agradecimento especial a minha irmã Carolina Marques, que vale por em destaque, foi um pedido meu manifestado tão insistentemente aos meus pais. Amiga, que demorei a perceber que havia crescido, e com quem divido há vinte e dois anos alegrias e tristezas, desejos e frustrações, o meu muito obrigado pelo suporte, sobretudo, quando deu conta para mim das inúmeras tarefas que às vezes, por força da dissertação ou de outros afazeres, não pude desempenhar. Saiba que sempre vou te ajudar para que você alcance aquilo que há de melhor, e que estarei ao seu lado, como até hoje fazemos um pelo outro, te defendendo e te protegendo, em qualquer situação ou contra qualquer pessoa.

Da mesma forma, minha gratidão ainda precisa ser direcionada a Nayara Torres. Companheira que com seu amor e cuidado, esteve durante toda esta minha trajetória no mestrado, fazendo de cada um dos meus dias, momentos de felicidade. Sou-lhe muito grato pela compreensão para com minhas ausências e, principalmente, para com a falta de atenção, que por vezes se mostrou necessária. Seu zelo e seus gestos de aconchego, frise-se, apesar dessas e de tantas outras faltas, tornaram um pouco mais tranquila a minha passagem por este estágio. Amo-te, bebê!

Outra que eu não poderia de forma alguma me esquecer, e que é digna dos meus mais sinceros e profundos agradecimentos, é a minha orientadora Cecilia Caballero Lois. Raros são os professores, principalmente no Direito, que levam tão a sério o *múnus* que exercem assim como ela o faz. Isso por que, divergindo de uma grande e comum maioria, pode-se dizer que Cecilia faz parte de um grupo de professores que o são por vocação. E como não poderia ser diferente, mais do que uma simples orientadora, ela se revela para seus orientandos, seus filhos, como ela mesma costuma chamá-los, enquanto uma verdadeira amiga, com a qual podemos contar sempre, seja para a correção de um texto, onde ela nos chama a atenção para nossos erros ou nos felicita pelos nossos acertos, seja para um diálogo aberto e sincero, ao respeito da academia, onde nos dá valiosíssimas lições, seja ainda a respeito da vida de um modo geral, onde nos oferece preciosos conselhos. Muito obrigado Cecilia, não só pela enormidade de coisas que contigo aprendi durante este período, mas acima de tudo, pelos inúmeros exemplos que me deste e que me fizeram ter certeza cada dia

mais da opção que fiz. Junto de ti, e já aproveitando o ensejo, gostaria ainda de somar minha gratidão também a Professora Cláudia Barbosa, coorientadora deste trabalho, e coordenadora geral do Projeto “Limites e Possibilidades da Eficácia da Prestação Jurisdicional no Brasil”, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, projeto este do qual participei, inclusive, como bolsista durante um ano, através do Observatório da Justiça Brasileira – OJB.

Na mesma linha, não poderia eu, de igual modo, negligenciar o meu muito obrigado aos professores Luiz Magno Pinto Bastos Júnior e Vanice Regina Lório do Valle. Suas ricas ideias e considerações, ainda a respeito do meu projeto de dissertação, foram de enorme valia para a consecução deste trabalho. Junto deles, outros que também não poderia me olvidar, são os professores José Ribas Vieira e Margarida Maria Lacombe Camargo. Agradeço aos mesmos pelas profícuas experiências que tive, tanto durante as nossas reuniões do grupo de pesquisa, o OJB, ocasião em que aproveitávamos para nos atualizarmos e discutirmos a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF, quanto ainda, pela oportunidade de ter aprendido, e muito, com a organização por dois anos consecutivos, do Fórum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria do Direito.

Por último, gostaria ainda de agradecer a todos os colegas e amigos que em cada momento específico, me ajudaram e apoiaram no alcance de mais este sonho. Em especial, às meninas do meu coração, e irmãs de orientação, que deste período compartilharam comigo, e que fizeram dele um momento de muita alegria, e o tornaram mais cheio de cor, no caso, o meu muito obrigado a Fernanda Bragança (Fernandinha), Júlia Rodrigues, Thaís Ferrere, Flávia Balarini, Iná Jost, Yasmin de Melo e Roberta Peñarrieta.

“[...] Quero aceitar menos, indagar mais, ousar mais. Experimentar mais. Quero menos ‘mas’. Quero não sentir tanta saudade. Quero mais e tudo o mais. E o resto que venha se vier, ou tiver que vir, ou não venha [...]”.

Fernando Pessoa

RESUMO

Esta dissertação tem por escopo verificar quais são as peculiaridades que envolvem o uso do argumento de direito constitucional comparado no Supremo Tribunal Federal. Para tanto, em uma primeira oportunidade, será realizado um resgate histórico do constitucionalismo comparado, dando-se ênfase aos seus distintos propósitos, bem como aos fenômenos que concorreram e aos contornos que embaraçaram o seu desenvolvimento. Na mesma ocasião, se aproveitará ainda o ensejo para de antemão, se acentuar a existência do que denominaremos enquanto sendo a vertente clássica dessa disciplina, e a de cariz contemporâneo. De posse desta fundamentação, no tópico seguinte, a proposta é expor a diferença de foco entre os assuntos abordados pelos autores que se encontram filiados a uma ou a outra das referidas tendências. Em tal âmbito, o paradigma a ser percebido é o novel interesse e abertura para com a reflexão sobre a prática que vem se intensificando entre as supremas cortes, a de fazer referência ao material estrangeiro de natureza constitucional para a tomada de decisões. Feitos estes apontamentos, e com a pretensão de observar como a aludida práxis se dá entre nós, serão apresentados em continuidade os dados obtidos a partir de um estudo de casos pertencentes à jurisprudência do Supremo, nos quais a liberdade de expressão constava enquanto matéria em debate. Consoante à leitura dos acórdãos e as considerações desempenhadas à luz deste exercício, será, por fim, traçado um perfil da corte constitucional brasileira neste particular, e apresentadas as conclusões que apontam para um uso em geral, descontextualizado, carente de metodologia e meramente acessório.

ABSTRACT

This dissertation has for scope, verify which are the peculiarities that involves the use of comparative constitutional law's argument in Brazilian Supreme Court. To achieve this, in a first chance, we will conduct a historical recount of comparative constitutionalism, giving emphasis to their distinct purposes, as well as the phenomena that contributed and also to the contours that embarrassed its development. At the same occasion, we will enjoy yet the opportunity, to beforehand, accentuate the existence of what we will call as being the classic strand of this discipline, and the contemporary bias. In possession of this reasoning, in the next topic, the proposal is to expose the focus's difference between the issues discussed by the authors who are affiliated to one or to another of these referred trends. In such context, the paradigm to be noticed, is the new interest and openness to reflection on a practice that has been intensifying between the supreme courts, the act of referring to foreign constitutional material for decision making. Made these notes, and with the pretense of observe how the alluded practice takes place between us, will be presented in continuity the data obtained from a cases study that belongs to the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court, and in which ones the freedom of expression consisted as a matter for debate. Depending on the reading of the judgments and also on the considerations performed in the light of this exercise, we will in the end, trace a profile of the Brazilian constitutional court in this sense, and present the findings that pointing to an use in general, decontextualized, with a lacking of methodology, and purely ancillary.

LISTA DE FIGURAS

Figura 01 – Tipologia e quantidade do material citado nos casos sob estudo	99
Figura 02 – Número de citações a uma referência estrangeira por ministro	100

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
 CAPÍTULO 1: FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DA COMPARAÇÃO NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL	17
1.1. Aproximações conceituais e considerações exordiais	17
1.2. Aristóteles e a gênese da comparação constitucional	19
1.3. Cícero e os vestígios da comparação constitucional no legado jurídico romano	22
1.4. Idade Média e seu desfecho: baixo interesse comparatista e os primórdios do constitucionalismo moderno	27
1.5. Montesquieu e a etapa oitocentista: prelúdios do moderno comparativismo	31
1.6. O mundo pós-guerras: contornos da eclosão da doutrina clássica do Direito constitucional comparado	40
1.7. A peroração de um velho século e as primícias de um novo: o renascimento da comparação constitucional	47
 CAPÍTULO 2: O CONSTITUCIONALISMO COMPARADO ENTRE O CLÁSSICO E O CONTEMPORÂNEO	53
2.1. Notas preambulares	53
2.2. Entre o método e a ciência autônoma: o embate preliminar do comparativismo lato e sua presença nos domínios do clássico constitucionalismo comparado	54
2.3. O Direito constitucional comparado tradicional e seus principais impasses: uma mirada elucidativa a partir da Doutrina	58
2.4. O constitucionalismo comparado hodierno: inquietações de um novo rumo	68
 CAPÍTULO 3: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ARGUMENTO DE DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO À LUZ DOS CASOS DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO	87
3.1. O motivo da escolha dos casos de liberdade de expressão	87
3.2. Desenvolvimento da pesquisa e primeiras observações	88
3.3. Análise das variáveis quantitativas discretas	96
3.4. Análise das variáveis qualitativas nominais	102
 CONCLUSÃO	118
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	119

INTRODUÇÃO

O presente trabalho, denominado *O Argumento de Direito Constitucional Comparado no Supremo Tribunal Federal – STF: um estudo a partir dos casos de liberdade de expressão no Brasil*,¹ tem como finalidade verificar de que forma os ministros que compõem a mais alta corte do país vem articulando discursivamente o material estrangeiro de natureza constitucional,² para o deslinde das causas que lhes são apresentadas. A hipótese central na qual esta pesquisa se centra, é a de que apesar de nos dias correntes haver uma maior abertura entre os membros do tribunal no sentido de se levar esta prática adiante, a mesma aqui tem se dado tanto carente de metodologia, e de atenção para com o contexto do qual provem o aparato alienígena empregado, quanto também se encontra ainda hoje sendo subtilizada, já que sempre cumprindo uma função acessória.

Com efeito, embora não se possa afirmar que a citação realizada pelos magistrados a experiências não-nacionais, no processo de fundamentação de suas decisões, seja um fenômeno novo, certo é, que no âmbito da jurisdição constitucional, tal recurso somente passou a ter uma utilização mais intensa com o desenrolar dos últimos anos. Isso se deve em grande medida a confluência entre a facilidade de acesso e de troca de informações provocadas pela globalização, como, de igual modo, em virtude da proliferação no fim do século XX e início do século XXI, de novos processos constituintes em vários países. Tal contexto acabou por gerar um progressivo aumento da circulação de práticas, ideias, modelos e fontes, e como consequência direta, os Textos Políticos passaram a ter uma dependência constante de referências comparadas em todas as fases de seu ciclo de vida, desde o momento ainda de sua edição, de seu desenho, passando igualmente pela derradeira etapa, e objeto de nosso interesse, da sua aplicação pelos membros de uma suprema corte qualquer.

¹ Vale observar que o termo “Direito Constitucional Comparado” será utilizado aqui, durante todo o curso deste trabalho, enquanto sinônimo de “Constitucionalismo Comparado”, não havendo entre ambos, portanto, qualquer diferença conceitual ou teórica.

² Note-se que para os fins desta dissertação, somente serão considerados enquanto insertos, na expressão “material comparatista”, ou ainda nas demais que com ela se mostrem congêneres, caso, por exemplo, da expressão “aparato estrangeiro”, aquilo que fora produzido pela experiência constitucional de outros países, isto é, o texto constitucional ou seu respectivo equivalente, a jurisprudência, e por último, a doutrina que se dedique a refletir sobre as duas primeiras fontes.

Isso, inclusive, é o que fica nítido quando diante principalmente do grupo de casos tomados enquanto ruidosos. Nestas ocasiões, onde as fontes internas, leia-se, o texto, o *case law*, e as teorias existentes, não conseguem em regra dar conta da problemática constitucional que se coloca, mostrando-se, desta forma, incapazes de contribuir para o esgotamento argumentativo levado à frente pelo togado, a estratégia de se fazer menção ao referencial estrangeiro revela-se oportuna, uma vez que o aludido material passa a figurar, neste âmbito, enquanto um significativo instrumento de persuasão. Assim, o magistrado entende ser vantajosa a incorporação de elementos que a ele são exteriores, mas que, por outro lado, guardam relação de proximidade com a questão sob análise, em razão de possuir este aparato, além da capacidade de enriquecer e aprimorar as práticas constitucionais de seu sistema interno, a aptidão para suportar o seu ponto de vista normativo, frente ao dos demais interlocutores.

Ocorre que, como unido a esta tendência visualizada em escala global, surgiram igualmente inúmeras e novas questões a seu respeito, não demorou tanto até que se operasse um redirecionamento dos trabalhos acadêmicos no sentido de se procurar oferecer a elas algumas respostas. Tal peculiaridade, aliás, é o que nos permite, inclusive, falar aqui na existência de um novo constitucionalismo comparado. Isso por que, embora esta disciplina seja herdeira de uma tradição que remonta desde muito, nos dias correntes, a mesma tem se diferenciado de sua vertente clássica, justamente pelo fato de que nesta, quase nenhuma atenção se voltou no curso de se refletir sobre o uso do arcabouço alienígena por cortes constitucionais. Assim sendo, enquanto no passado problemas como a finalidade, o objeto e o método da comparação formavam uma considerável parcela dos principais assuntos a que os autores possuíam interesse em discutir em suas obras. No tempo presente e de forma diversa, boa parte do que vem sendo produzido neste campo tem colocado ênfase em temas como, quando o material alienígena é utilizado pelas supremas cortes, quais são os motivos que estimulam a opção por esta prática e, por último, de que forma àqueles que compõem estas instituições se socorrem, ou mesmo deveriam se socorrer do referido aparato. Inserta neste contexto, eis, portanto, o pano de fundo e o que conferiu a direção que será trilhada por esta pesquisa, cujo objetivo, como anteriormente salientado, é o de tornar evidente o modo como o elemento constitucional estrangeiro tem sido utilizado pelo Supremo Tribunal Federal.

De modo a alcançar esta proposta, o presente trabalho encontra-se dividido estruturalmente em três capítulos. No primeiro deles, a preocupação central está em efetuar

um resgate histórico do direito constitucional comparado, cobrindo o mesmo desde suas origens mais remotas, que vão de encontro aos escritos elaborados por Aristóteles, até o alcance de suas etapas mais recentes, ocasião em que se dará ênfase ao estabelecimento durante o século XX, tanto de sua vertente clássica, quando de sua matriz contemporânea. Com o desenvolver deste exercício, pretende-se deixar exposto o fato de que as possíveis acepções que hoje podem ser atribuídas ao constitucionalismo comparado, revelam em verdade uma evolução dos propósitos dispensados ao aparato estrangeiro de natureza pública, no desenrolar do pensamento jurídico ocidental. Ademais, busca-se ainda, nesta oportunidade, pontuar também, como o contorno social, político ou até mesmo jurídico de um determinado momento, pôde ser capaz de eventualmente embaraçar ou favorecer o desenvolvimento desta disciplina.

Na segunda parte, e com o fito de deixar cediça a ruptura temática que há entre as duas tendências, apenas identificadas no capítulo anterior, a ideia, por outro lado, é apresentar em linhas gerais, os pontos que os autores filiados a uma ou a outra dessas vertentes, entendem como sendo aqueles que encerram os problemas fundamentais das mesmas. Preliminarmente, porém, e a exemplo do que faziam muitos dos juristas pertencentes à linha tradicional desta disciplina, será exposta em item específico, uma breve síntese da discussão a respeito do estatuto epistemológico do direito comparado, chamando-se ao fim, a atenção para como esse debate foi internalizado no campo em tela pelos referidos estudiosos. Na sequência, e a partir de uma investigação de cunho doutrinário, serão trazidas à baila, algumas colocações, tanto em relação aos principais impasses que, como dito acima, nutriram as querelas acadêmicas do direito constitucional comparado clássico, quais sejam os questionamentos a respeito de para que se compara, o que se compara, e como se deve comparar. Quanto e da mesma forma, serão oferecidas considerações sobre temas afetos ao constitucionalismo comparado hodierno, ocasião em que se disponibilizará o que vem sendo trabalhado pelos diferentes autores que se encaixam neste grupo, notadamente sobre os óbices direcionados a esta prática, além, é claro, do porque, quando, e de que forma, tribunais e juízes se utilizam ou deveriam se utilizar de referências constitucionais alienígenas.

Feitas estas observações de ordem teórica, o último capítulo se ocupará finalmente em descortinar como o Supremo Tribunal Federal, através de seus ministros, tem se comportado quando assume o arcabouço comparatista de natureza constitucional, enquanto uma ferramenta densificadora de suas decisões. Trata-se principalmente de investigar se tal

prática tem sido levada à cabo pelos togados, de forma racional, justificada e coerente ou se, ao contrário, vem sendo utilizada de forma descompromissada. Para cumprir com esse fim, será exposto em um primeiro momento, o porquê de se ter escolhido como instrumental para tanto, os casos de liberdade de expressão pertencentes à jurisprudência do Supremo. Em seguida, se procederá a explicação dos mecanismos de busca e seleção adotados no curso da pesquisa, além do que serão postas algumas ponderações acerca das singularidades que distinguem os acórdãos que usam, daqueles que não se valem do arcabouço estrangeiro, como também se apresentará um resumo de cada um dos julgados nos quais houve citação a este aparato. Por derradeiro, e após o registro destes, considerados de caráter mais propedêutico, serão redigidos ainda, consoante a elaboração de algumas perguntas, os resultados obtidos a partir da análise do material recolhido, seja os de natureza quantitativa, seja ainda os de caráter qualitativo.

* * *

Esta pesquisa, cumpre por em destaque, encontra-se inserida no âmbito de uma das frentes de investigação a que se dedica o Observatório da Justiça Brasileira (OJB-FND/UFRJ), grupo este que possui como característica peculiar, a preocupação em compreender como o judiciário nacional vem se portando diante dos desafios que se afiguram contemporaneamente. Tal linha de atuação refere-se ao projeto vencedor do Edital n. 20/2010/CAPES/CNJ, intitulado: “Limites e Possibilidades da Eficácia da Prestação Jurisdicional no Brasil”, e desenvolvido em cooperação com a Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR), e a Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Dito isto, resta claro, portanto, o motivo de se ter escolhido o Supremo Tribunal Federal como objeto privilegiado de estudo, e mais claro ainda o porquê tanto da inquietação com a atuação de nosso tribunal maior, quanto do investimento de esforços intelectuais que podem, em alguma medida, contribuir para o aperfeiçoamento de suas manifestações.

CAPÍTULO 1 – FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DA COMPARAÇÃO NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL

1.1 Aproximações conceituais e considerações exordiais

A expressão direito constitucional comparado, de acordo com Monica Claes (2012, p. 230),³ possui quatro acepções possíveis, conforme o escopo que se pretenda atingir. Na primeira delas, a pesquisa comparatista é utilizada para melhor compreender um ou mais sistemas. Ou seja, percebendo como cada sistema, que vale a menção, é produto de seu próprio contexto histórico, político, social e econômico, lida com as adversidades que lhes são subjacentes, os desafios se tornam conhecidos e, como consequência, abre-se a oportunidade de se pensar soluções mais adequadas a eles. Já por outro lado, em um segundo sentido concebível, o cotejamento pode ter ainda como objetivo, permitir um ganho de compreensão mais profundo da própria Constituição. Quer dizer, com base no material contrastado recolhido, figura-se realizável o desenvolvimento de uma capacidade de reflexão crítica sobre o próprio texto político.

Dando prosseguimento, identifica também a professora da Universidade de Maastricht (CLAES, 2012, p. 231), que o uso do arcabouço comparativo, pode ter por propósito estabelecer quais são as melhores práticas, ou mesmo, quais são, normativamente falando, as melhores soluções para uma dada situação. Tal tipo de pesquisa, revela-se como sendo a mais relevante, tanto para processos de elaboração de novas constituições, quanto, e mais atualmente, para a interpretação destas. Por fim, mas, diga-se de passagem, não menos importante, vale assinalar de igual modo, que a jurista holandesa (CLAES, 2012, p. 232) chama a atenção para o fato de que o constitucionalismo comparado pode figurar ainda como

³ Monica Claes é professora de Direito europeu e constitucional comparado na faculdade de Direito da Universidade de Maastricht, Holanda. Suas principais áreas de interesse estão associadas à relação entre o direito europeu e constitucional nacional, ao desenvolvimento de um espaço constitucional europeu, aos princípios constitucionais comuns e ao conceito de identidade nacional. Desde 2008 é a coordenadora do *European and National Constitutional Law Project* (EuNaCon), fundado pelo European Research Council. É ainda professora do *Maastricht Centre for European Law*, membro do *Ius Commune Research School* e do *Montesquieu Institute Maastricht*. Bem como, membro também do *De Jonge Akademie* (DJA), do corpo editorial da *European Constitutional Law Review* (EuConst) e do *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* (TvCR). Tendo participado, de igual modo, como membro da real comissão para a revisão da constituição holandesa (Cf.: ><http://www.maastrichtuniversity.nl/web/profile/monica.claes.htm><. Acesso em 24 de março de 2014).

sendo um relevante instrumento para o desenvolvimento de um direito transnacional. Isso por que, pensando principalmente na realidade do continente europeu, quando o tribunal de direitos humanos, com o intento de conferir uma solução a um caso concreto, necessita interpretar a convenção,⁴ ele procura na tradição constitucional dos países que compõe a União Europeia, o que lá se entende, por exemplo, por cláusulas abertas como liberdade ou Estado de Direito, para alcançar uma conclusão. Neste sentido, em um verdadeiro processo de fertilização cruzada (*cross-fertilization*),⁵ o tribunal transnacional se vale do material comparado, produzido nacionalmente, mas, por sua vez, também influencia esses mesmos países com sua jurisprudência, até que com isso, o direito europeu assuma para si, valores aceitos e compartilhados comunitariamente.

Inserido nesta compreensão, o presente capítulo tem como meta, justamente, apresentar um vínculo entre estes significados e a própria evolução do direito constitucional comparado. Quer dizer, trata-se de observar como os sentidos elencados acima revelam, em verdade, o desenvolvimento do modo como o aparato comparatista, no âmbito público, se deu ao longo da história do pensamento jurídico ocidental. Assim, discutindo problemas que podem ser chamados de constitucionais,⁶ rastros deste raciocínio podem ser encontrados nos escritos de Aristóteles e de Cícero. Posteriormente, pode-se citar ainda, o uso da comparação nos trabalhos dos grandes pensadores políticos do século XVIII, destacando-se em relevo, nesse caso, a figura de Montesquieu.

Todavia, é somente no início do século XX que a disciplina de fato se emancipa. E, neste âmbito, valendo-se da tradição, mas guardando diferenças em razão das especificidades de cada tempo, o cotejamento aqui permanece ainda essencialmente marcado por alcançar os objetivos supracitados de primeira e segunda dimensão, além, é claro, de perseguir, em parte, o de terceira. Com o surgimento de fenômenos tais como a globalização, a proliferação de novos processos constituintes e a consolidação do papel das Supremas Cortes, passou-se a

⁴ A menção aqui é à Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais, adotada pelo conselho da Europa em 1950, e cuja observância é tarefa atribuída ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

⁵ A fertilização cruzada, em síntese, pode ser definida como a interação entre sistemas legais. Afinal, como sintetiza Esin Öricü (1996, p. 432), “[...] todos os sistemas jurídicos contêm ideias, conceitos, estruturas e regras nascidos em outros solos legais que se movem e se entrecruzam. Todos os sistemas são misturados, e mesmo quando o Estado-Nação é considerado como a única fonte do Direito, os sistemas tem invariavelmente suas origens misturadas, isto é, os elementos que se combinam para formar um sistema são de diferentes fontes legais[...]”.

⁶ Diz-se assim, pois atualmente é possível classificar algumas das preocupações desses autores como sendo de ordem constitucional. Todavia, muito embora tratassem de aspectos neste sentido, seus objetivos estavam centrados na resolução de outros problemas, tais como a vida boa, ou a perpetuação do Estado.

operar uma verdadeira transformação, e a atenção volta-se, ainda que sem excluir as demais, às duas últimas perspectivas, também anteriormente destacadas nos estudos de Monica Claes, ao contexto da interpretação do direito nacional e ao desenvolvimento do direito, dito transnacional. Exatamente por isso, mostra-se oportuno acentuar a existência, tanto de um viés clássico, quanto de um contemporâneo neste campo. E os meandros históricos de como essa transformação ocorreu é o que se propõe aqui estudar.

Parar cumprir isto, no entanto, é preciso deixar claro existir uma verdadeira dificuldade de sistematizar informações neste sentido. Isso por que, conforme já asseverava Walter Hug (1931, p. 1028-1029) no começo dos anos 30 do século passado, declaração esta, aliás, que malgrado a distância temporal continua corrente, “[...] nunca houve uma tentativa abrangente de traçar este histórico, nem muito menos se encontra qualquer pesquisa nesta direção [...]”. Deste modo, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, entretanto, sem também desmerecer o potencial didático e elucidador desta tarefa, principalmente no que toca a demonstração da ruptura que se operou entre as vertentes clássica e atual do constitucionalismo comparado, o que se pretende a seguir é expor, de maneira sutil e seletiva, a linhagem histórica dessa disciplina. Deve-se esclarecer, antes disso, porém, que a periodização que se propõe abaixo, inevitavelmente padece de um modo ou de outro, de um certo grau de subjetividade, afinal, como muito bem pontuam Enrique Gacto Fernández, José Marín e Juan Alejandro (1997, p. 11), “[...] a divisão da História em períodos, ainda que indispensável, tem um valor secundário, sendo sempre imprecisa e flutuante, e até certo ponto, arbitrária [...]”.

1.2 Aristóteles e a gênese da comparação constitucional

Convencionalmente, em razão da organização de um trabalho cuja publicação, porém, se deu apenas em um momento posterior, sob o título de *A Política*, Aristóteles é assinalado como sendo o pioneiro⁷ nos estudos do constitucionalismo comparado

⁷ De acordo com Roberto Scarciglia (2011, p. 29), outros pensadores gregos também desempenharam este tipo de tarefa, sendo, porém, pouco conhecidos. É o caso de Dicearco de Messina (350-290 A.C), Timeo de Tauromenio (356-260 A.C) e Teofrasto de Ereso (372-287 A.C).

(GINSBURG & DIXON, 2011, p. 01).⁸ Afinal, com enfoque especial no objetivo de teorizar aquilo que para ele poder-se-ia considerar enquanto um *design* ótimo de constituição,⁹ e baseando-se para tanto, em um conceito substantivo,¹⁰ o filósofo reuniu e analisou mais de uma centena de leis fundamentais de Estados¹¹ e Confederações da Antiguidade,¹² e com base nesse material, produziu uma série de generalizações fundamentais, tais como: “[...] o conceito de Constituição enquanto forma de organização jurídica do político, a ideia de uma Constituição como momento fundante da organização política, além do elemento precursor do que atualmente se conhece como controle de constitucionalidade [...]” (LOIS, 2001, p. 14).

De igual modo, foi também a partir deste aparato comparatista, que o estagirita acabou por proceder a sua famosa classificação das formas de governo (ROSENFELD & SAJÓ, 2012, p. 03).¹³ Assim, diferenciando e agrupando as constituições a que havia investigado, pelo número daqueles que detinham o poder, o filósofo concluiu que se o governo estivesse nas mãos de poucos, então, estar-se-ia diante de uma lei fundamental oligárquica ou aristocrática. Se, por outro lado, a tomada de decisão estivesse vinculada apenas a uma pessoa, então ter-se-ia uma constituição monárquica ou tirânica. Por fim, caso o poder se mostrasse aberto a muitos, à *lex máxima*, desta forma, poder-se-ia tanto ser democrática, quanto republicana (DEVEREUX, 2011, p. 113).¹⁴

⁸ Uma objeção, porém, deve ser feita. Afinal, como muito bem apontam Lucio Pergoraro e Angello Rinella (2000, p. 29), e como se pretende demonstrar adiante, o direito comparado tal qual o conhecemos hoje, é produto da ciência jurídica moderna. Contudo, “[...] é inegável que já na antiguidade seja possível descobrir indícios da comparação jurídica, através do interesse que se tinha pelo direito estrangeiro, e na curiosidade científica que induz a mirar além do próprio direito [...]”. Assim, inserido neste contexto, são esses vestígios que se pretende apresentar.

⁹ Aristóteles, neste ponto, conforme assevera Daniel Devereux (2011, p. 111) “[...] concorda com Platão de que a finalidade de uma comunidade política é a felicidade geral de seus membros, e de que o fator decisivo para se atingir tal intento é o design da Constituição [...]”.

¹⁰ A Constituição ou *Politéia*, significa para Aristóteles a estrutura peculiar de um determinado Estado (MCILWAIN, 2007, p. 26).

¹¹ Importante salientar que o Estado para Aristóteles (1985, pp. 13-16), é derivado da inclinação natural do homem de viver em sociedade, visando tanto a preservação mútua, como o bem-viver.

¹² Diz-se normalmente que foram 158. E dentre estas, as mais famosas, certamente são a de Atenas, a de Esparta (Lacedemônia), a de Creta e a de Cartago.

¹³ Conforme alude David Hahn (2009, p. 186) “[...] Um dos maiores projetos de Aristóteles na Política foi definir e avaliar as constituições e explicar as mudanças de uma forma de governo para outra, principalmente entre Oligarquia e Democracia. Esta foi a mudança mais comum nas cidades-estado gregas à época, tendo inclusive ocorrido em Atenas. [...]”

¹⁴ Vale a referência de que para Aristóteles, a constituição republicana é a melhor para a maior parte das Cidades-Estado de seu tempo. Isso por que, “[...] a republicana é uma constituição que mistura tanto elementos democráticos quanto elementos oligárquicos. Por isso, é que faz sentido ele ter discutido os diferentes tipos de constituições democráticas e oligárquicas antes de estudar a republicana. Porém, alguém poderia então pensar como a combinação de duas constituições defeituosas poderia resultar em uma correta que persegue o bem comum. Devemos notar que a oligarquia e a democracia eram definidas como o governo dos ricos e dos pobres respectivamente. Assim, Aristóteles, ao descrever a república como um meio termo entre oligarquia e

Diante disto, vê-se, portanto, que foi atuando de forma despretensiosa que Aristóteles acabou por transformar seu estudo em um verdadeiro bastião de investigações no campo que ora se estuda. Isso por que, como observado acima, a confrontação para ele possuía apenas natureza instrumental, quer dizer, sua proposta era a de se utilizar do raciocínio comparativo de matriz empírica para perseguir o objetivo a que se lhe havia proposto.¹⁵ É o que, aliás, pode ser corroborado se tomarmos em consideração as próprias palavras do filósofo em sua obra. De acordo com o estagirita (1985, p. 35), esse tipo de pesquisa revelou-se necessária por que as constituições existentes até então, pouco satisfaziam a sua intenção de reflexionar um sistema ideal. Desta forma, somente à confrontação entre as estruturas, deficiências e imperfeições destas, teria o condão de auxiliá-lo na tarefa de formar um padrão ideal de *Politéia* (BITTAR, 2003, p. 1229).

Ocorre, porém, que apesar do empenho pioneiro do filósofo grego, no sentido de inaugurar a via da reflexão comparatista no âmbito constitucional, migrando-se o olhar de Atenas para Roma, percebe-se nitidamente uma descontinuidade entre suas investigações e os trabalhos elaborados posteriormente neste cenário. Isso por que, enquanto se privilegiavam entre os pensadores helênicos, preocupações de ordem marcadamente pública, entre os romanos, o foco recaía no plano das questões de arranjo privado (DONAHUE, 2006, p. 05). Desta feita, como se pretende demonstrar mais detidamente em seguida, à exceção de considerações como as elaboradas por Cícero, serão praticamente inexistentes outras fontes verificáveis no plano que aqui se está a examinar. Neste contorno, e a partir das repercussões daí advindas, levará tempo até que a comparação constitucional seja finalmente redescoberta.

democracia, afirma que esta deve envolver um compromisso entre os interesses dos pobres e dos ricos, e deste modo, não se favorecendo um grupo por sobre o outro, os faz perseguir o bem comum, ao menos em termos econômicos [...]" (DEVEREUX, 2011, pp. 114-115).

¹⁵ De acordo com Günter Frankenberg (2012, p. 175), esta afirmativa é verificável a partir de três vertentes. Primeiro, por que Aristóteles cotejava para construir filosoficamente o que para ele seria o modelo ideal de constituição aplicável a uma *pólis*. Segundo, por que o pensador grego analisava contrapostamente os aspectos sociológicos das leis básicas, incluindo o fator não-legal como contexto. E por último, por que o estagirita concentrou esforços na engenharia constitucional, para encontrar leis fundamentais adaptadas paradigmaticamente a determinadas nações ou a ambientes supranacionais.

1.3 Cícero e os vestígios da comparação constitucional no legado jurídico romano

Como em toda sociedade arcaica, o Direito, nos primórdios de Roma, de igual modo, dava-se essencialmente por intermédio de práticas consuetudinárias, que no particular romano, eram pinceladas com aspectos de cunho religioso, e tinham como preocupação principal, a administração da justiça no campo do trato privado, quer dizer, no âmbito das relações de família e das transações econômicas (ANDERSON, 2013, p. 65). Entretanto, em razão da escrita, à época, ser de baixíssimo alcance, pouco se conhece desse período.¹⁶ Afinal, como os preceitos não eram reduzidos a termo, ao longo dos anos, foram se perdendo e corrompendo pelo próprio mecanismo que os originou, a oralidade (GILISSEN, 1995, pp. 84-85).

É, porém, com o início da República,¹⁷ e como resultado do conflito entre patrícios e plebeus,¹⁸ que, diga-se de passagem, viviam à margem da organização social dada pelos primeiros, que a lei começa a entrar em concorrência com os costumes como fonte de direito. Isso por que, a redução a escrito das práticas jurídicas passava a figurar, a partir de então, como uma exigência constante da plebe que, por sua vez, acusava os patrícios de manipulação da justiça e de se aproveitarem das obscuridades e incertezas dos costumes¹⁹ para o cometimento de abusos através de juízos nem sempre desinteressados (GIRARD, 1902, p. 12). Neste âmbito, os plebeus, por pensarem que tendo o conhecimento de antemão da situação jurídica em que se encontravam, teriam por consequência, um sistema mais seguro que o anterior, deram início a um movimento que culminou com a deflagração de um processo de compilação, que gradualmente, ao longo dos anos, acabou por converter os hábitos antes existentes em textos legais.

¹⁶ Para John Gilissen (1995, p. 31), essa característica, inclusive, é a que nos permite fazer uma diferenciação entre a pré-história do Direito e a história do Direito que, segundo ele, repousa no conhecimento ou não da escrita. Cada civilização atravessou esse percurso em período diverso, guardadas as suas especificidades. Foi assim com os romanos entre os séculos VI ou V antes de nossa era, e com os germanos no século V de nossa era.

¹⁷ A história de Roma é comumente dividida em três estágios, que correspondem aos três regimes políticos distintos por ela experimentados: a Monarquia, a República e o Império, podendo, este último, ser subdividido em alto e baixo, ao qual sucedeu o império bizantino.

¹⁸ Durante a República Romana, foram inúmeros os conflitos entre plebe e patrícios. Quase todos, baseavam-se na tentativa da plebe de angariar direitos e de alcançar uma maior participação política que, por sua vez, eram limitadas pela aristocracia rural, os patrícios, defensores da manutenção da concentração do poder econômico, político e jurídico em suas próprias mãos.

¹⁹ De acordo com Peter Gonville Stein (2001, p. 04), nos casos em que a aplicação de uma regra consuetudinária a um suposto caso concreto resultava duvidosa, a interpretação da mesma se dava por um colégio de intérpretes chamados de pontífices, que eram exclusivamente patrícios.

Dentre as várias obras legislativas produzidas a partir de então, a chamada Lei das XII Tábuas,²⁰ é apontada pelos historiadores como sendo, sem sombra de dúvidas, a principal desse transcurso. Isso por que, apesar de não ser possível classificá-la enquanto um código, no sentido moderno do termo, nem muito menos como um conjunto de leis, o compêndio de antigos costumes insculpidos em fórmulas lapidares (GILISSEN, 1995, p. 87) no seio desse texto, preludiou o fim da primazia de utilização das práticas como fundamento para a solução dos conflitos. Quer dizer, a partir de seu advento, pouco a pouco, o Direito romano foi deixando sub-repticiamente de se pautar em aspirações divinas, transmitidas por gerações, para se fundamentar nas vontades do Estado.

Todavia, se durante boa parte da República a autoridade legislativa repousou quase que exclusivamente nas assembleias populares, com a intensificação das guerras civis,²¹ a instituição do Império²² e a conquista de vastos territórios do mundo até então conhecido, cresce com isso o prestígio do imperador, e junto dele, o poder de elaborar leis é progressivamente deslocado. Neste âmbito, o direito privado, até mesmo em virtude da jurisprudência, que já há muito vinha sendo desenvolvida nos escritos elaborados pelos jurisconsultos,²³ consolida-se em uma posição de relevância frente ao direito público (GILISSEN, 1995, p. 80). Isso por que, no período jurídico clássico,²⁴ enquanto àquele demandou ao longo dos anos uma atenção especial dos juristas, já que regia assuntos nevrálgicos para os romanos, como o comércio e a família, este, por seu turno, por se submeter gradualmente ao poder discricionário do soberano, restou marcado com o selo do autoritarismo, e exatamente por isso, adquiriu um grau de mutabilidade tão alto que resultava

²⁰ Conforme salienta Ivo Dantas (2006, p. 43), “[...] os decênviros, segundo a lenda, só conceberam a Lei das XII tábuas depois de uma pesquisa por eles levada a cabo nas cidades da Grande Grécia [...]”.

²¹ Durante aproximadamente 100 anos, a República Romana esteve sob constante instabilidade política e social. Não faltaram tentativas de golpe, podendo ser citada a Guerra Sertoriana (83-72 A.C), a Guerra de Perúsia (41-40 A.C), bem como os primeiro (88-87 A.C), segundo (49-45 A.C), terceiro (44-42 A.C) e quarto (32-30 A.C) levantes civis.

²² A passagem da República para o Império deu-se progressivamente. Apesar de frequentemente se apontar Pompeu e César como Imperadores, é com Otaviano que, de fato, todos os poderes passam a estar concentrados nas mãos do soberano.

²³ Os jurisconsultos “[...] eram homens que detinham uma experiência relevante na prática do direito, quer enquanto davam consultas jurídicas (*responsa*), quer enquanto redigiam atos e orientavam as partes no processo, embora aí não intervissem. A autoridade das suas consultas decorria de seu valor pessoal e do seu prestígio social. A partir de Augusto, o imperador teria concedido a certos jurisconsultos o benefício (*beneficium*) do *ius respondendi ex auctoritate principis*, o direito de resposta sob a autoridade do príncipe, as *responsa* dos juristas investidos desta nova autoridade continuaram, no entanto, puramente privadas, sem valor oficial, não foi senão a partir de Adriano que os juízes foram obrigados pela *responsa*, mas somente em casos de unanimidade dos juristas autorizados [...]” (GILISSEN, 1995, p. 90).

²⁴ Conforme é explicitado por John Gilissen (1995, p. 87), o período clássico do direito romano compreende os séculos II A.C até aproximadamente o século III D.C.

impossível a realização de qualquer sistematização ou estudo mais aprofundado de suas características (ANDERSON, 2013, p. 66). Diante desta realidade, entretanto, Cícero, por enveredar esforços em sentido contrário, é comumente lembrado como um ponto fora da curva.

Ora, diferentemente dos gregos, os romanos não possuíam vocação para a especulação filosófica. Sendo assim, o senso prático dos intelectuais de Roma, focado na resolução dos problemas que se lhes apresentavam,²⁵ acabou por levá-los a um ecletismo que, por sua vez, os fez aceitar, selecionar, adaptar e vulgarizar todo o material de que dispunham, sobretudo o helênico (GIORDANI, 1996, p. 09). No campo do Direito, evidentemente, assim como nos demais aspectos da cultura romana, isso não foi diferente. Todavia, como a princípio possa parecer, não se está com isso querendo afirmar que os romanos raciocinaram apenas à luz das ideias gregas, nem muito menos se pretende retirar das obras por eles produzidas, o mérito e a originalidade que lhes são característicos. Na verdade, o que se propõe a perceber é que, como alude Michel Villey (2005, p. 63), os *jurisconsultis* de Roma, transitavam livremente entre a cultura jurídica que existia à época. Neste ambiente, no entanto, sem sombra de dúvidas, a mentalidade grega deixou uma marca profunda e visível na produção de alguns dos mais proeminentes juristas românicos,²⁶ dentre eles, Cícero (WALTER, 1931, p. 1030).

Inserido no contexto em que começam a se intensificar as guerras civis romanas, além, é claro, no qual ascende ao poder a perniciosa ditadura de Júlio Cesar, Marco Túlio Cícero, um famigerado defensor da República, constata, neste plano, a necessidade de se refletir de modo extensivo, numerosas questões de cunho público que, contudo, até aquele momento, haviam sido ignoradas pelos estudiosos do Direito. Assim, pela primeira vez que se tem notícias, problemas como “[...] qual a melhor forma de governar uma República, qual a melhor forma de ordenar uma Constituição e qual seria a importância das leis na execução desta tarefa [...]” (LOIS, 2001, p. 22), passam finalmente a integrar o rol de preocupações da política romana. Todavia, diversamente do que talvez seja possível aparentar, Cícero em

²⁵ Tal fato, inclusive, permitiu a alguns apontá-lo como sendo um dos motivos pelos quais Roma, ao tornar o Direito o objeto de uma jurisprudência profissional, acabou por produzir juristas que nos legaram inúmeros trabalhos e cuja influência se deu profundamente na formação do pensamento jurídico moderno, o que por sua vez não aconteceu com a herança grega (GENET, 1955, p. 46).

²⁶ Vale a menção, porém, que tal afirmativa não é pacífica, encontrando resistência em parte, ainda que pequena, dos estudiosos. É o caso, por exemplo, do jurista e romanista italiano Vincenzo Arangio-Ruiz (1947, p. 66), que nega a influência romana, e afirma que suas origens estão profundamente fincadas na cultura etrusca, que, entretanto, pouco conhecemos.

verdade, pouco inovou neste âmbito. Sua contribuição a rigor, e o que confere a seus escritos um traço de originalidade, repousa no empenho de integrar a práxis e a tradição romana, a filosofia, a ética e a literatura a que se tinha conhecimento, principalmente a helênica, fonte da qual estava embebido.

Neste sentido, da herança romanista, por exemplo, Cícero (1989, p. 62) irá extrair sua concepção de República, definindo-a essencialmente, como coisa do povo. Isto é, forma de governo que se constitui pela associação numerosa de indivíduos unidos, tanto pelo interesse comum de assim permanecerem, quanto por um Direito que é por todos aceito.²⁷ De outra banda, porém, percebe-se ainda por parte do jusfilósofo, quando este assume que o vínculo *iuris* que reúne àqueles que compõem uma mesma sociedade não pode ser expresso de outra maneira, senão, através da igualdade de todos perante a lei²⁸ (CÍCERO 1989, p. 68), uma clara influência da filosofia estoica (SALGADO, 2007, pp. 151-152),²⁹ que considerava todo ser humano como naturalmente igual, por representar cada um, uma centelha da razão cósmica. Quer dizer, se todos são iguais por possuírem a mesma faculdade da razão, da qual deriva a lei, e dela por sua vez o Direito, todos os homens, portanto, são exatamente por isso, iguais perante esta norma.

Contudo, não obstante estes serem importantes exemplos de como Cícero soube interagir com o material de que dispunha à época. É, somente quando se propôs a refletir a organização do Estado, que o autor terminou por conceder a sua contribuição ao presente trabalho. Isso por que, é perceptível que foi baseado no arcabouço produzido pelo pensamento constitucional grego, especialmente nos escritos de Aristóteles, algo que em alguma medida o torna um comparatista,³⁰ que Cícero ao imaginar a Lei Básica ideal para atender aos anseios da Roma em que viveu, propiciou alguns dos fundamentos básicos para a construção do pensamento jurídico moderno. Afinal, constata-se já em sua obra, a Constituição enquanto um produto da escolha racional de um povo para melhor perpetuar um Estado como também fruto de uma lei natural anterior, fonte de toda autoridade soberana (LOIS, 2001, p. 29).

²⁷ Tais aspectos fundamentariam a *Civitas* romana.

²⁸ Vale aqui a menção de que a lei para Cícero (1989, p. 198), trata-se da razão suprema que gravada em nossa natureza, nos ordena aquilo que devemos fazer, e nos proíbe aquilo que não se deve.

²⁹ O estoicismo é uma escola do pensamento filosófico, fundada aproximadamente no século III A.C por Zenão de Cítio. Suas ideias foram de grande influência na constituição do “mundo” greco-romano, e sobreviveram até praticamente o fortalecimento do cristianismo. De ética naturalista, seus expoentes defendiam a submissão à reta razão (*recta ratio*), ou seja, à razão conforme a natureza. Em sendo assim, todas as pessoas por serem manifestação do espírito universal único, não poderiam ser diferentes, já que a razão põe fim às diferenças.

³⁰ Termo aqui utilizado no sentido clássico, isto é, no ato de mirar as práticas jurídicas estrangeiras com vistas a aperfeiçoar a estrutura política em que se encontra.

Nesta senda, para o jusfilósofo, será responsabilidade do Estado cuidar permanentemente para que o projeto político que deu causa à República, qual seja a vontade do povo de viver em comum sob a égide de um mesmo Direito, não se perca. Ocorre, porém, que o poder do governo que o administra precisa estar de acordo com as leis da natureza, e esta por sua vez, exige que todos os homens sejam considerados enquanto iguais (VALENTE, 1984, p. 298). Todavia, conforme já havia previsto Aristóteles, todas as formas de composição de governos possuem em si próprias o risco da degeneração, isto é, o risco de não buscarem como finalidade última o bem comum. Sendo assim, para Cícero, somente uma República que se constitua pela combinação moderada dos três modelos virtuosos elencados pelo filósofo grego, quais sejam, a Monarquia, a Aristocracia e a Democracia, pode avocar o título de duradoura (CÍCERO, 1989, p. 106). Afinal, é apenas através de uma divisão equilibrada de funções, onde todos os homens se sintam prestigiados, que a igualdade natural existente entre eles é preservada e, conseqüentemente, revoltas a todo instante são evitadas.

Ora, percebe-se deste modo, nitidamente em Cícero, como a comparação funcionou enquanto um importante instrumento para o atingimento das conclusões à que ele havia se proposto alcançar (WIARDA, 2006, p. 17).³¹ Entretanto, muito embora possamos classificar seus escritos como o espólio mais fidedigno do pensamento romano para o desenvolvimento do constitucionalismo (MCILWAIN, 2007, p. 57), na realidade fática na qual o autor estava imerso, porém, suas considerações pouco surtiram efeito. Isso por que, logo em seguida à sua morte, Otaviano,³² sobrinho e filho adotivo de César, instaura o principado, germe da pessoalidade que paulatinamente, com o passar dos anos, iria converter Roma em uma monarquia absoluta. Neste regime de transição, as instituições políticas da República são mantidas, porém, suas atribuições tornam-se pouco a pouco reduzidas frente ao poder do Imperador (ALVES, 2004, pp. 29-31).

É, porém, com a ascensão de Diocleciano ao poder,³³ que os últimos resquícios da tão sonhada República Romana encontram o seu fim. Afinal, é a partir de então, que o chamado regime do *dominato* é implantado, e o imperador, “[...] senhor absoluto, concebido segundo as ideias orientais, como deus e *dominus* [...]” (ALVES, 2004, p. 42), transforma-se,

³¹ Contudo, vale lembrar, que conforme destaca Konrad Zweigert e Hein Kötz (2002, p. 54), os juristas romanos, e dentre eles o próprio Cícero, estavam convencidos da superioridade de seu sistema jurídico frente aos demais a que se tinha conhecimento.

³² Que ascende sozinho ao poder em 27 A.C, após colocar de lado Lépido e derrotar Marco Antônio que com ele haviam constituído o segundo *triumvirato*.

³³ Aproximadamente em 284 D.C.

principalmente no campo do direito público, na única fonte atuante de criação do Direito. É célebre, inclusive, neste sentido, a frase atribuída a Ulpiano e que exprime bem o momento em que se encontrava Roma à época. De acordo com o jurista, *quod principi placuit, legis habit vigorem*, ou seja, a constituição imperial tem a mesma autoridade que a lei (GILISSEN, 1995, p. 89).

Ocorre que, com a acentuação do assédio provocado pelas invasões dos povos bárbaros e o consecutivo desmantelamento do Império Romano, esta realidade encontra seu fim. Todavia, será sobre seus escombros, e não sobre as aspirações de Cícero e dos demais defensores da República, que os jovens reinos de origem germânica irão se constituir. É o célebre exemplo no qual o invasor, ao dominar uma velha civilização urbana e muito mais avançada, utilizando, porém, uma organização débil ou em desagregação, acaba sendo remodelado por ela (WIEACKER, 1967, p. 23). Neste contexto, marcado pela multiplicidade de pequenos domínios, não é, portanto, estranho notar, o porquê de adágios tais como o de Ulpiano, descrito acima, terem sido repetidas vezes usados durante a Idade Média, com o intuito de reforçar a *auctoritas principis* (GILISSEN, 1995, pp. 89-90). Assim, vê-se cristalinamente que o *dominato* romano exerceu influência principalmente no campo do direito público, muito além do que se podia imaginar em Roma. Contudo, se esta é uma das causas que fundamentam o porquê de ser praticamente nula no medievo a existência de um constitucionalismo e, no nosso caso específico, este no seu vícios comparado, por outro, é também um dos motivos que permitiram o seu surgimento de tendência moderna. Afinal, este nasce justamente como técnica de limitação daquele poder (CANOTILHO, 2003, p. 51).

1.4 Idade Média e seu desfecho: baixo interesse comparatista, e os primórdios do constitucionalismo moderno

Quando em um mesmo território coabitam duas populações com sistemas jurídicos distintos, conforme registra John Gilissen (1995, pp. 89-90), apenas duas soluções são teoricamente possíveis. A primeira, demanda a aplicação do princípio da territorialidade, isto é, o vencedor impõe o seu direito a todos aqueles que se encontram em seu espaço recém-conquistado. Já a segunda, reclama o chamado princípio da pessoalidade, quer dizer, aquele

que determina que cada indivíduo seja sujeito jurídico do ordenamento de sua tribo ou nação. Ocorre, contudo, que como a diferença entre os sistemas romano e germânico era tão grande, os reis bárbaros não puderam impelir o seu sistema jurídico e, por conta disso, acabaram adotando a segunda solução. Como resultado, o direito privado romano³⁴ permaneceu, por um bom tempo, aplicável apenas às populações romanizadas, o direito público, por seu turno, e na esteira da herança romana, passou a ter como missão o reforço da autoridade dos soberanos, e o direito dos povos bárbaros, por sua vez, pouco a pouco foi reduzido a escrito, em uma infinidade de *leges barborarum*.³⁵

Neste ambiente caótico, a cultura jurídica foi relegada ao ostracismo, e o Direito como consequência, passou a ser exclusivamente prático (CALASSO, 1938, p. 312). Todavia, à medida que os novos povos foram se tornando maduros, cresceu também junto a eles, a exigência por um Direito mais adaptado ao processo de complexificação das relações sociais (WIEACKER, 1967, p. 28). Para dar conta desta nova realidade, revelou-se necessário a utilização de textos ou compilações, tais como as Instituições de Justiniano,³⁶ nos quais continham boa parte das respostas aos problemas que se apresentavam, mas que, porém, circulavam à época, somente entre os culturalmente mais abastados. Assim, em virtude de funcionarem como os últimos bastiões onde ainda se liam estes escritos, as escolas conventuais,³⁷ como não era de se estranhar, deram início a um processo de adaptação destes trabalhos à sociedade medieval ocidental na qual estavam inseridas, e exatamente por isso, são consideradas pioneiras do processo de resgate dos estudos jurídicos, que por muito, estiveram adormecidos (WIEACKER, 1967, pp. 33-34).³⁸

³⁴ Vale, contudo, a menção, de que durante todo o período em que existiu o Império Romano do Ocidente, lá a lei romana foi aplicada plenamente.

³⁵ Existiram várias, dentre elas pode-se citar, por exemplo, a *Lex Visigotborum*, a *Le Baiuvariorum* e a *Lex Frisionum*.

³⁶ As Instituições foi uma obra jurídica com força de lei, publicada pelo Imperador Justiniano em 529 D.C. De cunho didático e organizativo, a mesma se propunha a compilar e dar sentido lógico-sistemático aos trabalhos elaborados por antigos juristas tais como Ulpiano, Marciano e Gaio.

³⁷ A educação nos termos do que se conhecia por cultura erudita à época, ou sete artes do saber, era aquela em que se aprendia a ler e a escrever. Por ser uma exigência àqueles que se candidatava ao sacramento da ordem, era da mesma forma, atribuição exclusiva da Igreja Católica que, exatamente por isso a conferia em conventos, mosteiros e paróquias (CALASSO, 1938, pp. 297-298).

³⁸ A primeira escola a tomar agir desta forma, segundo Walther Hug (1931, p. 1035), foi a de Bolonha, ainda no século X.

Ocorre, porém, que com o crescimento da influência dessas escolas, como, por exemplo, a dos glosadores,³⁹ que substituiu em importância as conventuais do século X, além, é claro, do posterior restabelecimento da aplicação do princípio da territorialidade da lei, o direito romano de ordem privada, foi pouco a pouco, em associação ao direito canônico, se constituindo enquanto um direito comum aplicável a toda Europa (ZWEIGERT & KÖTZ, 2002, p. 54). Afinal, onde quer que houvesse necessidade de um direito uniforme e desenvolvido, atento aos múltiplos aspectos das relações humanas, fazia-se a opção pelo uso destes. Contudo, em um ambiente onde o direito privado, à exemplo dos demais povos fronteiriços, é constituído igualmente em cima das ruínas do direito de uma civilização que já não mais existe, e o direito público é conduzido pela discricionariedade do soberano, certamente não há qualquer abertura para se observar e aprender com o diferente. Assim, não se revela estranho o porquê de se destacar que no medievo não houve qualquer menção de interesse por estudos comparados (HUG, 1931, p. 1037-1038).

Todavia, diversamente dos povos continentais, não é inútil ainda destacar como a especificidade da experiência inglesa no tocante ao direito público, neste mesmo período, possui correlação direta com a proposta deste capítulo. Isso por que, em razão de existir na realidade jurídica da Inglaterra uma mentalidade muito menos messiânica⁴⁰ do que a contida na Itália ou no restante da Europa ocidental, algo que se explica até mesmo pela distância geográfica, o direito inglês acabou por se transformar em um terreno particularmente estéril à doutrina do governante como *lex animata*, isto é, do monarca que, à exemplo dos imperadores romanos, legisla pela graça de Deus. Assim, neste contexto contraposto, a questão que se desenvolveu em terras anglo-saxãs durante boa parte da idade média, indo, até mesmo, além, era se o rei estava abaixo ou acima do Direito (KANTOROWICZ, 2012, p. 168). Isto é, se o soberano possuía o *gubernaculum*, quer dizer, a possibilidade de agir discricionariamente, ou

³⁹ O termo glosadores refere-se aos representantes da escola fundada entre os séculos XII e XIII por Irnério, e que tinha por objetivo interpretar o Código de Justiniano. O nome característico, diz respeito ao fato de que estes faziam glosas, isto é, comentários entre as linhas ou à margem dos textos estudados.

⁴⁰ No pensamento político medieval, e por força da religião à época predominante, o catolicismo, a pessoa do rei estava ligada a crença em um conceito nomeado de messianismo régio, isto é, a tese de que o monarca por ser o chefe político escolhido por Deus, envolto em sacralidade, algo que, aliás, lhe que garantia legitimidade no poder, agia como instrumento divino para realizar uma determinada tarefa, normalmente associada a um período de felicidade na terra (SORIA, 1988, p. 71).

se, ao contrário, era limitado pela *iurisdictio*, ou seja, se encontrava no Direito uma barreira de atuação.⁴¹

Ora, enquanto a Coroa, cuja intenção sempre fora a centralização do poder político, defendia ferozmente o absolutismo régio, os barões, que com o passar dos anos, e, sobretudo, a partir das reformas introduzidas pelo rei Henrique II,⁴² viram suas liberdades, característica principal das relações feudo-vassálicas, se deteriorarem, patrocinavam exatamente o discurso contrário, qual seja, o de que o rei, assim como os demais súditos, se sujeitava ao Direito, ao *common law*. Inexistindo, contudo, uma fronteira claramente delimitada entre essas esferas nas quais o rei estava apto a agir limitada ou ilimitadamente e, além disso, considerando que o soberano era ainda, irresponsável política e juridicamente perante seus súditos, toda vez em que os barões se sentiam ameaçados em suas liberdades, não havia outra saída para estes senão a intensificação do conflito através da deflagração de guerras e revoluções intestinas (LA TORRE, 2007, p. 04).

Com o intuito, porém, de pacificar o reino, foram firmados na Inglaterra, sempre após o fim de cada uma dessas contendas, vários compromissos de índole constitucional,⁴³ nos quais se objetivava justamente por uma baliza aos descomedimentos produzidos pelo soberano. Dentre eles, aliás, pode-se citar a conhecida Magna Carta de 1215,⁴⁴ ou ainda, superado o medievo, a *Petition of Rights* de 1628.⁴⁵ Não obstante, é somente a partir da Declaração de Direitos de 1689, que este panorama sofre definitivamente uma profunda modificação. Afinal, editada sob a influência do pensamento de John Locke (MARTINEZ, 2012, p. 549), além, é claro, de embebida da ideologia pertencente àqueles que saíram

⁴¹ Essas categorias são encontradas em um dos livros mais importantes para se compreender as origens do constitucionalismo no medievo. Trata-se da obra *De Legibus et consuetudinibus Angliae* da autoria do jurista inglês Henry de Bracton, publicada por volta de 1259.

⁴² Em linhas gerais, as modificações político-jurídicas introduzidas por Henrique II, tais como a criação do *common law* e do inquérito para a detecção de devedores fiscais, tinham por objetivo sepultar as relações feudais marcadamente horizontais, em benefício da concentração de poder na pessoa do monarca.

⁴³ Diz-se assim, pois serão estes compromissos que darão início ao longo processo histórico de maturação do constitucionalismo moderno. Tal movimento, portanto, ao contrário do que se possa a princípio parecer, não é fruto do liberalismo, mas sim desta ideia medieval, especificamente inglesa, de que a liberdade somente pode ser garantida pela limitação do poder político. A novidade liberal, entretanto, ficará em verdade, por conta da criação de mecanismos jurídicos que permitam este refreamento.

⁴⁴ Documento assinado pelo rei João, conhecido como sem terra, no qual pela primeira vez o poder do monarca fora limitado.

⁴⁵ A carta continha restrições ao poder absoluto do rei, desta vez, porém, não se restringindo apenas aos lordes, como também abarcando o parlamento. De maneira geral, o documento restringia o uso da lei marcial, reforçava a proibição de prisão sem justa causa, ratificava o habeas corpus, proibia a tributação sem consentimento do parlamento e impedia o rei Carlos I de dissolver o parlamento, por este não concordar com a taxa obrigatória dos súditos para o financiamento da guerra dos trinta anos.

vitoriosos da Revolução Gloriosa,⁴⁶ a carta teve como mérito justamente o de servir de ponto final para o embate entre *gubernaculum* e *iurisdictio*. Isso por que, muito embora tivesse ratificado o conteúdo dos documentos anteriores, foi através do *Bill of Rights*, que finalmente o parlamento passou a reter a prerrogativa da função legislativa, bem como se estabeleceu uma clara linha demarcatória entre as suas funções e as do executivo, não podendo estas mais, estarem concentradas isoladamente nas mãos de um só (MATTEUCCI, 1998, p. 45).

Ocorre que, a partir dessa guinada político-jurídica que, aliás, não ansiava qualquer implicação neste sentido, a experiência inglesa foi convertida em um modelo de organização civil para toda a Europa (MATTEUCCI, 1998, p. 128). E neste particular, a separação de poderes transformou-se, por consequência, no aspecto da constituição britânica que mais eloquentemente impressionou observadores de outros povos e nações. Dentre eles, vale o destaque, chama a atenção exatamente por ser considerado o instituidor do comparativismo constitucional moderno, o político e filósofo francês, Charles Louis de Secondat, o barão de Montesquieu, como era conhecido. Suas contribuições, como se pretende demonstrar adiante, e de acordo com as palavras do próprio autor, se darão a partir da leitura do sistema inglês (MARTINEZ, 2012, p. 550), arranjo que segundo ele, era único, já que ao impor limites ao exercício do poder da Coroa, garantia as liberdades públicas dos cidadãos (MONTESQUIEU, 1996, p. 167).

1.5 Montesquieu e a etapa oitocentista: prelúdios do moderno comparativismo

Conquanto seja possível hoje detectar indícios de comparação no período renascentista,⁴⁷ caso por exemplo, do trabalho intitulado *De Laudibus legum Angliae*,⁴⁸ da autoria do inglês John Fortescue, ou mesmo, haja a viabilidade fática de apontarmos prenúncios deste tipo de pesquisa ainda no século XVII, reclamando o interesse neste caso,

⁴⁶ Revolução em grande parte sem violência, na qual Jaime II, católico, em razão de uma profunda disputa religiosa entre católicos e protestantes, que se arrastava na Inglaterra há anos, foi deposto do trono em benefício de sua filha Maria II, protestante, e de seu genro, Guilherme, Príncipe de Orange.

⁴⁷ Considera-se Renascimento, o lapso temporal que compreende aproximadamente os séculos XIV e XVI, e no qual se operou a valorização da cultura e do homem.

⁴⁸ No trabalho em questão, Fortescue, um magistrado inglês do século XV, comparou as leis da Inglaterra e da França de sua época, limitando-se a concluir, porém, que o direito inglês era superior.

estudiosos como Georg Struve⁴⁹ e Gottfried Leibniz.⁵⁰ No plano constitucional, é somente a partir do limiar do século das luzes, e com os esforços de Montesquieu, que a moderna comparação se estabelecerá (ZWEIGERT & KÖTZ, 2002, p. 55).⁵¹

Isso por que, o pensador francês, e eis aqui um diferencial que, aliás, o torna autêntico, se utilizará do material estrangeiro não mais enquanto mera ilustração, mas sim como um importante suporte a reforma sugerida por ele próprio (HUG, 1931, p. 1050). Neste sentido, partindo do pressuposto de “[...] que todo homem investido em autoridade é levado a dela abusar, indo até onde encontra limites [...]” (MONTESQUIEU, 1996, p. 166), e além disso, é claro, levando também em consideração a estrutura política da Inglaterra, país no qual viveu por alguns anos, o filósofo de Bordeaux, deduz na sua famigerada obra, *O Espírito das Leis*, que a liberdade,⁵² preocupação tão em voga numa Europa ainda presa aos grilhões do absolutismo, não seria por si só uma virtude a se esperar das instituições, mas sim um produto das condições de exercício da autoridade. Deste modo, o problema não estaria no acolhimento puro e simples de uma ou outra forma de governo, se república (aristocrática ou democrática) ou monarquia, mas na gestão destas, que caso fosse deficiente, resultaria de forma inevitável no regime despótico (MARTINEZ, 2012, p. 550).⁵³ Em sendo assim, apenas se adotando, à

⁴⁹ Jurista alemão que se notabilizou por comparar o direito privado alemão ao direito privado romano na obra *Syntagma jurisprudentiae, secundum ordinem Pandectarum concinnatum*.

⁵⁰ Seu projeto de um *Theatrum Legale* (1667) compreendia uma representação comparativa das leis de todos os povos, países e épocas (ALMEIDA & CARVALHO, 2013, p. 07), todavia, por ter modificado seus interesses não o levou adiante.

⁵¹ Esta afirmação, porém, conforme identifica Leontin Constantinesco (1998, pp. 83-84) não é livre de críticas, afinal, “[...] A sua informação deriva frequentemente dos livros e, por vezes, chega a ser arbitrária. Certas informações peremptórias são fundadas em observações não demonstradas. As confusões entre fatos e argumentações lógicas, os abusos do método dedutivo, as generalizações excessivas, o emprego não crítico de fontes muito diversas e de valor científico desigual, a falta de conhecimento do método histórico conferem à sua obra um toque de diletantismo. Para sistematizar e esclarecer, Montesquieu recorre, muitas vezes, a simplificações que distorcem a realidade. Assim, por exemplo, procura elaborar os sistemas partindo de um número limitado de ideias principais, frequentemente muito genéricas e não suficientemente demonstradas. Compara elementos não comparáveis porque pertencentes a povos e a histórias muito diversas. Ele pega os seus exemplos da história universal e dos relatórios dos viajantes sem se preocupar com as enormes diferenças dos contextos dos quais os extrai. Mas quaisquer que sejam as críticas e as fraquezas científicas de seu método. Montesquieu continua sempre um precursor do Direito comparado. Os seus méritos principais consistem em partir da realidade jurídica e em respeitar as diferenças concretas existentes entre as leis e os sistemas jurídico-políticos, no fato de demonstrar um especial interesse pelos modelos estrangeiros e porque, para averiguar as causas das diferenças, dirige as suas investigações no plano da realidade histórica, política, social, climática e religiosa. O seu comportamento aberto em relação às experiências estrangeiras e à comparação lhe permite, implicitamente, colocar algumas bases indispensáveis para o desenvolvimento ulterior do Direito Comparado [...]”.

⁵² O que para Montesquieu (1996, p. 166), vale a menção, consistia em poder fazer o que se deve querer, e em não ser forçado a fazer o que não se tem o direito de querer.

⁵³ Para Montesquieu, o governo despótico era aquele no qual um homem governa sozinho de acordo com suas vontades e caprichos. O déspota, então, não possui regras que o limite. Ele é livre para matar, se ele assim o quiser. Em síntese, o governo não é contrabalançado, e não possui o seu ingrediente mais importante, a moderação (JENNINGS, 2011, p. 332).

exemplo dos ingleses, um sistema de freios e contrapesos jurídicos, no qual o poder, subdividido em pessoas ou corpos distintos, fosse o óbice do próprio poder, seria possível a instituição de um governo moderado.⁵⁴

Este governo, segundo o autor, somente se realizaria no mundo dos fatos, caso a Constituição, assim como no caso britânico, indicasse neste sentido, do contrário, não (BISCARETTI DI RUFFIA, 1962, p. 130). Exatamente por isso, é comumente afirmado que o governo tido como constitucional, remonta a confrontação entre experiências políticas distintas (SARASOLA, 2009, p. 09). Afinal, muito embora esta não fosse a intenção de Montesquieu, já que escrevia a partir de sua condição, a nobreza,⁵⁵ suas ideias alguns anos depois de tê-las escrito, acabaram sendo tomadas como alicerce tanto pelos arquitetos liberais da Revolução Americana quanto pelos do levante francês. Sua influência nestes episódios, aliás, foi de tal monta, que o segundo Congresso Continental da Filadélfia⁵⁶ chegou a intitulá-lo de “o imortal” (WOOD, 1998, p. 152), e o artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, por sua vez, achou por bem estabelecer que qualquer sociedade que não assegurasse a separação de poderes, não poderia se considerar constitucional.

Neste âmbito, e por representar uma alternativa ao já saturado *Ancien Régime*, o movimento constitucionalista pouco a pouco foi se propagando ao redor do globo. Fosse qual fosse a forma política que o Estado assumisse, fosse qual fosse o elemento preponderante do governo, e até mesmo, fosse qual fosse o sistema de divisão territorial e político do Estado, sob a miríade da experiência franco-norte-americana,⁵⁷ exigia-se que as bases políticas de

⁵⁴ Neste tipo de governo, que não importa o regime por meio do qual se traduz, o poder é sempre devidamente controlado, e o povo, em contrapartida encontra-se seguro (KLOSKO, 2013, p. 244).

⁵⁵ Conforme alude George Klosko (2013, p. 241), a preocupação central que orientou Montesquieu na edição do *Espírito das Leis*, foi o fato de que desde o reinado de Luís XIV, a monarquia, as expensas da nobreza, vinha concentrando poder demasiadamente. Assim sendo, isso explica, inclusive, o porquê, do autor ter dedicado os dois últimos capítulos de sua mais importante obra para demonstrar a histórica independência da nobreza, frente à coroa e, por consequência, a legitimidade de seus privilégios.

⁵⁶ Congresso que se reuniu a partir de 1775, e que contou com a participação de delegados das antigas treze colônias. Motivados pela intransigência do governo inglês em atender suas demandas, os representantes no ano de 1776, acabaram por firmar a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América.

⁵⁷ De acordo com Rosenfeld e Sajó (2012, pp. 03-04) “[...] O direito constitucional comparado tornou-se particularmente relevante a partir do resultado das revoluções nos Estados Unidos e na França. Os *Founding Fathers* e os revolucionários franceses tiveram que inventar uma nova organização para o Estado, e para isso eles apenas podiam contar com uma limitada extensão das estruturas pré-existentes. A evidência empírica, então, através da comparação, funcionou tanto como fonte de inspiração quanto de legitimação. Nos *Federalists Papers*, referências a experiências estrangeiras foram feitas para justificar objetivos. Na França, a tradução da coleção da constituição norte-americana tornou-se uma das fontes intelectuais mais importantes para o

qualquer regime fossem consagradas numa Carta (COSTA, 1915, pp. 27-28). Afinal, era tanto o que determinava uma sempiterna necessidade de segurança jurídica, quanto, e da mesma forma, os ideais de cunho racionalista,⁵⁸ que agora confiavam à razão humana, a fundação e a organização das sociedades.

Diante deste quadro, assitiu-se ao longo de todo o século XIX, a um verdadeiro processo de transferência de tecnologia jurídico-política. Isso por que, neste período, a Constituição escrita tornou-se principalmente entre os Estados da Europa ocidental, e entre os recém-fundados países da América Latina, no produto estrangeiro que mais se desejava importar (DIXON & GINSBURG, 2011, p. 02). Daí é que se seguem, por exemplo, sem qualquer pretensão exaustiva, a Lei Fundamental da Espanha de 1812, a da Noruega de 1814, a do Grão-Ducado de Baden de 1818, a da Colômbia de 1821, a de Portugal de 1822, a do Brasil de 1824, a da Argentina de 1826, as da Venezuela e do Uruguai de 1830, e tantas outras. Em cada caso, em virtude de pela primeira vez haver a facilidade de acesso aos textos, os autores destas novas Cartas Políticas tanto tomavam emprestado modelos estrangeiros tidos como ideais, quanto os adaptavam às condições locais (TAKII, 2006).⁵⁹ Como resultado, a comparação neste campo, à época, tornou-se extremamente popular (MARCOS, 2003, pp. 314-316).⁶⁰

Ocorre que, paralelo a essa prática, porém, no período que compreende boa parte da primeira metade da etapa oitocentista, a Europa esteve profundamente marcada por um movimento de introversão nacional.⁶¹ Neste contexto, como era de se esperar, privilegiava-se

pensamento político reformista e revolucionário, e comparações com os arranjos ingleses e norte-americanos eram comuns nos debates da Assembleia Nacional Constituinte [...]”.

⁵⁸ Segundo as ideias racionalistas, que tiveram grande influência durante o século XVIII, a razão possui a capacidade de definir para cada sociedade qual o regime político que a ela melhor se adequa, bem como quais os meios necessários para mantê-lo racionalmente.

⁵⁹ Não é demais destacar, porém, que a Constituição aqui influenciada, sobretudo, por pensadores tais como George Jellinek (1958, p. 414) nada mais era do que a mera organização jurídica do poder, bem como a exteriorização formal de Direitos.

⁶⁰ Conforme salienta Adolfo Posada (1906, p. 210) “[...] A expansão do regime constitucional pelo mundo é em grande parte resultado do procedimento comparativo na construção das doutrinas políticas e na redação dos textos constitucionais [...]”.

⁶¹ Isso por que “[...] depois da personalização romântica da nação e, especificamente, da racionalização da organização e consolidação dos Estados, como quadros exclusivos e instrumentos essenciais da vida nacional, o conjunto dos fenômenos sócio-humanos foi repensado de modo aberto e seletivo, em função, essencialmente, desta nova realidade. Neste contexto, a atividade política, social, econômica, cultural e, até mesmo, científica dos povos e dos homens, torna-se estritamente nacional. O mesmo, em maior grau, acontece com o Direito positivo e a ciência jurídica. A unidade jurídica europeia, tão frágil, é substituída progressivamente pela diversidade resultante da existência paralela de uma pluralidade de Direitos positivos nacionais. A própria ciência jurídica gradualmente se deixa fechar nas mônades dos relativos ordenamentos [...]” (CONSTANTINESCO, 1998, p. 46-47).

uma visão ptolomaica⁶² do Direito, e como consequência direta, cada ordenamento acreditava piamente ser o centro do mundo jurídico. Assim sendo, à exceção de alguns poucos esforços fragmentados, incertos e ocasionais,⁶³ iniciados e sustentados por um mero espírito de curiosidade científica, pouco ou quase nenhum interesse teórico, acabou por caminhar na direção de estudos comparativos durante este ciclo (CONSTANTINESCO, 1998, p. 47).⁶⁴ Afinal, como os juristas, embebidos pelo positivismo,⁶⁵ estavam concentrados demais no estudo e na interpretação dos códigos de seus países,⁶⁶ considerava-se o direito comparado como carente de valor (HUG, 1931, p. 1053).⁶⁷

Foi preciso, contudo, aguardar o desenvolver do século XIX para que este panorama se modificasse. Isso por que, o desenvolvimento do comércio internacional e a facilidade das relações humanas daí decorrentes,⁶⁸ possibilitou a composição de “[...] um clima de

⁶² Em referência a Ptolomeu, cientista grego que ficou famoso por apresentar em sua mais famosa obra, *Almagesto*, um sistema cosmológico geocêntrico, isto é, um sistema no qual a terra era o centro do universo.

⁶³ Um deles, por exemplo, e que vale ser citado, é o famoso *Bureau de Legislation Comparée*, que funcionou entre os anos de 1801 e 1804, e que se limitou apenas a traduzir o Código Geral para os Estados Prussianos de 1794 para o idioma francês (BALLIN, 1953, p. 267).

⁶⁴ Conforme identifica Constantinesco (1998, p. 130), os progressos até então haviam sido muito modestos, “[...] na maior parte dos casos, contentava-se com as traduções dos códigos e de leis estrangeiras, mas estas constituem somente instrumentos preliminares e muito insuficientes para fazer conhecer o Direito estrangeiro”. Além disso, a percepção dos modelos estrangeiros se originava quase que exclusivamente em fatores práticos. Os juristas não se preocupavam em inserir estas observações em um processo sistemático, nem de fundar o Direito comparado como uma ciência autônoma.

⁶⁵ Como se sabe, durante este período, encontrava-se em seu ápice, a famosa Escola da Exegese. A mesma, segundo Norberto Bobbio (1995, p. 83), deve seu nome à técnica adotada pelos seus primeiros expoentes no estudo e exposição do Código de Napoleão de 1804, o que consistia “[...] em assumir pelo tratamento científico o mesmo sistema de distribuição da matéria seguido pelo legislador, e sem mais, em reduzir tal tratamento a um comentário, artigo por artigo, do próprio Código [...]”.

⁶⁶ Como apontam muito bem Rosenfeld e Sajó (2012, p. 04) “[...] Este foi o tempo dos exegetas, cuja tarefa não era fornecer soluções criativas, mas guiar autoritariamente e com segurança os advogados e administradores através de um labirinto de um cada vez maior corpo de leis. Isto é, a prevalência do sucesso do positivismo legal desvalorizou o interesse por todas as outras fontes do Direito que não fosse o texto, onde se exprimia a norma legal positiva. Neste âmbito, a ciência legal se tornou autorreferente e orientada à sistematização, e assim, seus objetivos metodológicos não abriam muito espaço para a comparação [...]”.

⁶⁷ Todavia, vale o resgate de que havia vozes, como a do professor Alemão de direito penal, Anselm Von Feuerbach, que ecoavam em sentido contrário. De acordo com o autor (FEUERBACH, 1833, pp. 152 e ss.): “[...] os anatomistas possuem uma anatomia comparada, por que não, hão de ter os juristas um direito comparado? Em qualquer ciência prática, não há uma fonte de conhecimento mais fértil que a comparação e a combinação. Para que uma coisa seja delineada com autêntica clareza, há a necessidade de contrastá-la com muitas outras coisas, pois sua originalidade e sua natureza essencial se revelam somente quando se ilustram semelhanças e diferenças. Deste modo, assim como a ciência da linguística se utiliza da comparação entre as línguas, a jurisprudência universal, com o objetivo de revitalizar e prestar validade a determinadas formas de conhecimento legal, necessita comparar as leis e as práticas jurídicas de outros países em todas as épocas e em todos os lugares, abarcando tanto as mais similares como as mais diversas. Devemos dirigir nossas vistas a outros povos para analisar suas leis e suas práticas a fim de melhorar a percepção de nossas próprias leis e visualizá-las desde uma nova luz, ou até mesmo, para enriquecê-las com novos materiais [...]”.

⁶⁸ Peculiaridades advindas do processo de industrialização, que desenvolveu novas sociedades marcadas pelo compartilhamento de traços e interesses comuns ou, ao revés, de rivalidades, levando-as a se observarem mutuamente (ANCEL, 1980, p. 21).

curiosidade, de atenção e de simpatia pelas experiências estrangeiras [...]” (ANCEL, 1980, p. 21). Nesta senda, a preocupação científica em torno do direito comparado, e os contornos de uma disciplina acadêmica começam a se delinear.⁶⁹ Assim, em 1829, sob os esforços de Karl Salomo Zachariä⁷⁰ e Joseph Mittermaier⁷¹ é fundado na Alemanha, o primeiro periódico de que se tem notícia, dedicado ao direito comparado, o *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*, “Periódico crítico para a ciência jurídica e a legislação estrangeira” (ZWEIGERT & KÖTZ, 2002, p. 60).⁷² Já em 1831, têm-se no *Collège de France*, a primeira cátedra no mundo de História da Legislação Comparada, sendo ocupada por Eugène Lerminier.⁷³ Por último, em 1869,⁷⁴ ainda em terras francesas, é de igual modo frequentemente lembrado como um dos símbolos do surgimento do direito comparado, e de seu reconhecimento pleno como ramo da ciência jurídica, a criação, baixo a liderança de Édouard de Laboulaye,⁷⁵ da Sociedade de Legislação Comparada (ZWEIGERT & KÖTZ, 2002, p. 63).⁷⁶

Frente a este profícuo cenário, conforme identifica Marc Ancel (1980, p. 23), surge “[...] uma primeira concepção da utilidade do direito comparado, qual seja, a de informar de maneira precisa e rigorosa, sobre as instituições estrangeiras e procurar, nas experiências dos outros países, os meios técnicos de suprir as lacunas e as imperfeições do direito nacional [...]”. Exatamente por isso, passa-se a se verificar, cada vez mais, uma interpenetração

⁶⁹ Impende-nos salientar que este desenvolvimento, porém, se dará em um primeiro momento no plano da legislação. Isso fica nítido, sobretudo em países como a França, onde as grandes codificações levaram a um fetichismo da lei, e onde era dominante a ilusão de que todo o Direito estaria contido nos textos legislativos. Eis assim o porquê de até o Congresso de Paris, no ano de 1900, falar-se quase que exclusivamente em legislação comparada e não em Direito Comparado (CONSTANTINESCO, 1998, p. 135).

⁷⁰ Foi jurista e professor da Universidade alemã de Heidelberg.

⁷¹ Segundo Zweigert & Kötz (2002, p. 60) Mittermaier “[...] foi um dos primeiros a praticar o direito comparado, ao justapor, comparar e avaliar de maneira sistemática as leis de diferentes países, e isso em uma escala considerável. É verdade que o seu objetivo era puramente prático, a reforma dos procedimentos penais no Direito alemão, mas isso não diminui de modo algum seus méritos em produzir uma série de obras científicas que resistiram à prova do tempo [...]”

⁷² Revista que através de seus 28 volumes, editados ao longo de quase três décadas, possibilitou o conhecimento quase que completo da atividade científico-legal de vários países.

⁷³ De acordo com Hug (1931, p. 1061), Lerminier tornou-se um eminente jurista a partir da publicação do livro *Introduction Générale à L'Histoire du Droit* em 1829, texto, no qual, utilizou-se de referências estrangeiras, para compreender a história da ciência do Direito.

⁷⁴ No mesmo ano na Inglaterra, vale a menção, Henry Summer Maine se convertia no primeiro professor de Jurisprudência histórica e comparativa em Oxford.

⁷⁵ Sucessor da cadeira de Lerminier no *Collège de France*, é frequentemente lembrado por ter sido o criador intelectual da Estátua da Liberdade. Na sessão inaugural de 1869, declarou que “[...] todos a partir de então sentiam a necessidade de conhecer a legislação e a maneira de viver de seus vizinhos [...]” (ANCEL, 1980, p. 23).

⁷⁶ Sociedade cujos estatutos definem o seu objeto como o estudo das leis dos diferentes países e a pesquisa dos meios práticos de aprimorar os diversos ramos da legislação. Em conjunto com a sua publicação, a *Revue Internationale de Droit Comparé*, existe até os dias de hoje.

geográfica das orientações e das ideias concernentes ao Direito comparado, razão pela qual, a pesquisa neste campo, “[...] tanto na Europa quanto na América, passa não mais a consistir nos esforços de alguns poucos homens isolados, mas torna-se um reconhecido instrumento de desenvolvimento do Direito [...]” (GUTTERIDGE, 1949, p. 16).⁷⁷ Como resultado direto, a disciplina gradualmente vai sendo incorporada aos programas universitários, afinal, todo o trabalho empreendido até então resultaria insuficiente se não fosse complementado pelo pensamento científico. Assim, próximo ao fim do século, o Direito privado comparado já era objeto de estudo, por exemplo, em Londres, Turim, Zurich, Nápoles, Génova, Lovaina e Budapeste. O Direito público, por sua vez, em Lovaina, Nápoles, Gante e Genebra. E no caso específico do Direito constitucional comparado, este desde 1895 também vinha sendo disponibilizado na França, todavia, vale a objeção apenas no âmbito do Doutorado (POSADAS, 1906, p. 213-214).

No Brasil, neste mesmo período, não se mostra ocioso destacar que ainda sob a égide do Império, o Decreto nº 7.247, de 19 de abril de 1879, determinava em seu artigo 23, parágrafo 3º, que o ensino do Direito constitucional, criminal, civil, comercial e administrativo deveria sempre vir acompanhado da comparação da legislação pátria com a dos “povos cultos”. De igual modo, o Decreto nº 9.360, de 17 de Janeiro de 1886, chegou até mesmo a criar a cadeira de “Direito Privado Comparado” nas faculdades de Direito do Largo de São Francisco e de Recife, não sendo, entretanto, preenchidas, em razão do momento de grande efervescência política e social pelo qual passava o país. Com a proclamação do novo regime⁷⁸ e a criação do ensino livre, tornou-se possível a instalação de novas faculdades no Brasil. A partir daí, através do Decreto Reformador nº 1.232, de 2 de janeiro de 1891, foi criada a cadeira de “Noções de Legislação Comparada sobre Direito Privado”, sendo os primeiros a ocupá-la, em Recife, o jovem professor Clóvis Bevilacqua, em São Paulo, o

⁷⁷ Como escrevia Adhémar Smeïn (1900, p. 374) “[...] a preocupação quanto ao Direito Comparado ingressou nos hábitos dos legisladores modernos. Não há, pode-se afirmar, nenhum projeto de lei importante que seja apresentado em qualquer parlamento da Europa, sem que seja precedido de uma exposição de motivos, com uma larga lista de Direito comparado [...]”.

⁷⁸ Em face da influência que teve a Constituição norte-americana de 1787, na Brasileira de 1891, trabalhos e estudos levando em conta ambos os Textos Fundamentais, por aqui passaram a se reproduzir aos montes. Destaca-se neste plano, em especial, a obra intitulada “Constituições federais: confronto da constituição federal dos Estados Unidos do Brasil, com as Constituições da República Argentina, dos Estados Unidos da América e da Suíça”, da autoria do Professor e posteriormente Ministro do Supremo Tribunal Federal, Rodrigo Octávio Menezes, publicada em 1897. Contudo, embora houvesse tal interesse, a criação de uma disciplina específica nesta seara não chegou a ocorrer antes de 1948.

Professor João Monteiro, e na Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro,⁷⁹ o Professor Cândido Luiz Maria de Oliveira. Tendo em vista, porém, o hiato em relação ao direito público, vale a referência de que ainda em 1894, na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro, o Professor João Carneiro de Souza Bandeira já pleiteava, igualmente, a extensão da disciplina comparada nesta direção (VALLADÃO, 1971, pp. 07-08).

Ora, como neste íterim [...] se assiste a um autêntico florescimento de ideias, de concepções e de iniciativas relativas ao Direito comparado [...] (CONSTANTINESCO, 1998, p. 135) as tentativas de lhe assegurar um campo de atuação próprio passam a se combinar com as concepções mais diversas. Falava-se, no mesmo espaço de tempo, “[...] em legislação comparada, em Direito comparado, em jurisprudência comparada, em jurisprudência etnológica, em História comparativa do Direito, em Direito comum legislativo, em História comparativa das instituições, em Direito nacional comparado com o estrangeiro, em política comparada, em política jurídica fundada na comparação [...]” (POSADAS, 1906, p. 232), e tantos outros. Por assim ser, sentia-se a necessidade de se propiciar uma ocasião na qual houvesse a possibilidade de se discutir e pensar alguns dos problemas fundamentais⁸⁰ que à época se ventilavam.⁸¹ Deste modo, alicerçada neste intuito, e inspirada tanto pelo chamado Clima de Haia,⁸² quanto pela atmosfera da Belle Époque,⁸³ a *Société de Législation Comparée*, convoca para o ano de 1900, na cidade de Paris, um Congresso de Direito Comparado.

⁷⁹ Faculdade que ao se fundir com a Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro, no ano de 1920, gerou a Faculdade Nacional de Direito da antiga Universidade do Brasil, hoje Universidade Federal do Rio de Janeiro.

⁸⁰ Certamente, um dos problemas de maior relevância que dominaram as discussões no Congresso, girou em torno do fato de se estar diante de um Método ou de uma Ciência. Todavia, muito embora esta tenha sido uma preocupação constante nos primórdios do nascimento do Direito Comparado, como se pretende demonstrar no próximo capítulo, e conforme aponta Leontin Constantinesco (1998, p. 233), tais disputas, por se perderem cada vez mais em controvérsias abstratas ou em discussões estereis, com o passar do tempo acabaram perdendo a importância.

⁸¹ De acordo com Saleilles (1909, p. 165), no que se refere a este campo, tudo restava ainda a ser descoberto, afinal, o que havia sido feito até então, nada mais era do que trabalhos de Direito estrangeiro sem comparação, ou estudos etnológicos, sociológicos e históricos.

⁸² De acordo com Marc Ancel (1980, p. 31), esse clima pode ser caracterizado por uma série de encontros, que se deram sempre na cidade Haia, nos Países Baixos, desde 1896, e cujo objetivo, ao menos em um primeiro momento, era a unificação das regras de direito internacional privado.

⁸³ Período de ebulição cultural e intelectual que se deu na Europa e que se estendeu do fim do Século XIX até a eclosão da primeira guerra mundial.

No encontro, cuja direção coube a Raymond Saleilles,⁸⁴ estiveram reunidas as principais personalidades do comparativismo mundial de então.⁸⁵ Dentre eles, emergiu como ideia fundamental e norteadora dos debates, a tese de que “[...] a comparação dos direitos, cientificamente organizada, deveria trazer à lume, sob a diversidade das soluções nacionais e a divergência das legislações existentes, um fundo comum [...]” (ANCEL, 1980, p. 29), que se constituiria pelos princípios gerais de Direito, reconhecidos pelos “países civilizados”. Tais princípios, como muito bem pontua Marc Ancel (1980, p. 30), não seriam descobertos somente através de uma lógica jurídica sobre a qual os representantes de distintos sistemas pudessem concordar *in abstracto*, nem muito menos seriam produto de um direito natural, anterior ou exterior e, em todo caso, superior ao direito dos povos. Na verdade, “[...] a comparação metódica das legislações e das instituições jurídicas revelaria, sob formulações quiçá distintas, que certas normas de direito positivo se encontram em um e outro sistemas e, por assim ser, se constituem em regras de direito comum legislativo [...]”. Assim, seria papel do direito comparado, justamente revelar essas regras comuns, que daí em diante funcionariam como uma fonte subsidiária em relação à interpretação judicial e às reformas legislativas (CONSTANTINESCO, 1998, p. 218).⁸⁶

Todavia, para que esta pretensão universalista fosse alcançada, os comparatistas tinham plena consciência de que deveriam levar em consideração apenas os países que tivessem tido praticamente o mesmo desenvolvimento político, social, econômico e moral (ANCEL, 1980, p. 30). Deste modo, buscando fundamento em uma nem tão distante tradição romano-germânica (ANCEL, 1980, p. 32), os interesses intelectuais a partir da Conferência, acabaram quase que na sua inteireza, por convergir, no sentido de se tomar em conta tanto

⁸⁴ Foi professor da Universidade de Dijon e, posteriormente, da Universidade de Paris. Em ambas as universidades, proferiu aulas tanto de Direito Penal Comparado, quanto de Direito Civil Comparado.

⁸⁵ Dentre eles, vale especial menção ao brasileiro Ataulpho Napoléon de Paiva, posteriormente Ministro do Supremo Tribunal Federal e testemunha ocular do evento. Para mais informações, não se podem olvidar suas valiosas contribuições no texto de sua autoria, “O Brasil no Congresso Internacional de Direito Comparado de Paris”, publicado no ano de 1900.

⁸⁶ Conforme identifica Leontin Constantinesco, na opinião de Saleilles, que diga-se de passagem, foi seguida de perto pela maior parte dos estudiosos durante o Congresso, “[...] o direito comparado age, antes de tudo, com a mediação da doutrina e da jurisprudência, fornecendo claras indicações e precisas regras às técnicas de elaboração, de interpretação, de aplicação e de adaptação da norma jurídica nacional. De fato, ele oferece aos juristas autóctones, de um ponto de vista espacial, um novo campo de observação, similar àquele que a história propõe no tempo. Permite apreciar o valor dos princípios e dos institutos nacionais, modificá-los ou introduzir até mesmo novos modelos, para chegar a uma concordância com o conjunto do sistema legislativo nacional. Verificando, com a ajuda da comparação, a existência, em diversos ordenamentos, de princípios unitários para o mesmo problema, pode-se chegar a elaborar, em alguns campos, uma espécie de Direito Comum Internacional, suscetível de oferecer à jurisprudência destes países uma base objetiva para orientar a interpretação [...]”.

como objeto de estudo a Europa continental,⁸⁷ quanto por buscar a harmonização da política jurídica internacional apenas e tão somente no campo privado (DIXON & GINSBURG, 2011, p. 02). Entrementes, eis o motivo pelo qual o Direito Constitucional Comparado foi tão explorado no campo prático, especificamente como instrumento informativo para a elaboração de Textos Políticos, porém tão pouco no plano teórico. Diante disto, e excepcionando-se apenas alguns poucos trabalhos,⁸⁸ será somente a partir do fim do primeiro grande conflito de ordem mundial que tal realidade passará a ensair sinais de mudança.

1.6 O mundo pós-guerras: contornos da eclosão da doutrina clássica do Direito constitucional comparado

Transposto os umbrais do século XX e finda a primeira guerra de escala global, os interesses em torno da pesquisa comparatista foram gradativamente modificando sua ênfase. Da discussão de questões tais como “[...] quais são os propósitos da utilidade do direito comparado, e qual é o lugar que este ocupa dentro da ciência do Direito em geral, obsessões do Congresso de Paris de 1900, caminhou-se de modo paulatino a estudos em torno de problemas práticos [...]” (ZWEIGERT & KÖTZ, 2002, p. 66).⁸⁹ De um modo geral, isso se deu em grande medida, em razão de “[...] os estudiosos terem se dado conta de que havia tantos materiais jurídicos por estudar e tantos novos conceitos por conhecer, que representaria uma limitante para o direito comparado definir, de antemão, os objetivos ou o lugar que deveria ocupar dentro do sistema [...]” (Op. Cit. p. 67).⁹⁰

⁸⁷ É o que igualmente vão afirmar ZWEIGERT & KÖTZ. De acordo com os autores (2002, p. 65), “[...] A finalidade deste Congresso para o direito comparado, até onde podemos discernir, devido a grande quantidade de especialistas que interviam, consistia em descobrir um *droit commun législatif*, ou um acervo comum de soluções e, assim, estabelecer uma relação mais estreita entre os diferentes sistemas jurídicos do mundo. O Congresso de Paris não só definiu as matérias de direito comparado, tal como se formulavam até então, também infundiu à suas atividades, um otimismo e uma fé ilimitada na unidade mundial, em que pese ter imposto limites a seus alcances, pois o suposto de que somente se podiam comparar coisas comparáveis, se traduziu em uma concentração desmedida no direito codificado e nos temas jurídicos da Europa continental [...]”.

⁸⁸ Merecem aqui destaque, sem dúvidas, o trabalho da autoria de Adolfo Posada, “*Derecho Político Comparado*” e o de John Burgess “*Political Science and Comparative Constitutional Law*”.

⁸⁹ Tipo de pesquisa também conhecido pela expressão francesa *recherche concrète* (ANCEL, 1968, p. 27).

⁹⁰ Como alude Ernst Rabel (1967, p. 180), “[...] Na realidade, o direito comparado tem a mesma diversidade de metas que a própria ciência do direito, resultando impossível enumerá-las, e não sendo, além do mais, necessário fazermos [...]”.

Neste contexto, os comparativistas começam a se conscientizar, primeiramente, da existência, da importância e da extensão do sistema da *common law*, e um vasto movimento passa a se delinear na direção de conhecê-lo.⁹¹ Com isso, conforme esclarece Marc Ancel (1980, p. 35):

“[...] descobre-se um mundo novo, onde os métodos, os conceitos, a análise dos problemas concretos são radicalmente diferentes, ou até mesmo inexistentes, no sentido continental da palavra, onde a divisão do direito público e do direito privado, as noções de direito comercial ou de direito administrativo não são admitidas tradicionalmente, onde se deve, ao contrário, se adaptar à divisão entre a *common law* e a *equity*, onde a *Real Property* constitui um mundo hermético, e onde lhes é preciso assimilar o sentido de termos intraduzíveis de forma direta para a linguagem continental, como a *consideration*, o *trust*, a *specific performance*, o *estoppel*, e o *trespass* [...]”.

Ora, à luz destas complexas problemáticas, e com o intuito de as verem solvidas, os pesquisadores, dão início a um processo de organização de institutos, que com o suceder do tempo foram ganhando popularidade e, exatamente por isso, se multiplicando entre os países. Assim, na França, por exemplo, é criado por Edouard Lambert, em 1920, o *Institut de Droit comparé*.⁹² Em Roma, na Itália, em 1927 e sob a direção de Salvatore Galgano, o *Istituto di studi legislativi*.⁹³ E nos Estados Unidos, na direção inversa⁹⁴ a *Parker School of Foreign and Comparative Law* em 1919,⁹⁵ e a *American Foreign Law Association*,⁹⁶ em 1925 (SCARCIGLIA, 2011, pp. 52-54).

⁹¹ De acordo com Zweigert e Kötz (2002, pp. 67-68) “[...] Esta extensão dos estudos comparativos ao *common law*, junto com os sistemas romano e eurocontinental romperam para sempre com os limites impostos pelo Congresso de Paris de 1900. Após o necessário abandono da ideia, segundo a qual, somente os sistemas com estruturas comparáveis proporcionavam uma base comparativa, demonstrou-se que a comparação de sistemas totalmente diferentes entre si poderiam ser úteis e proveitosos, bem como que a verdadeira base da comparação era tanto a similitude de função quanto a necessidade social, cuja satisfação poderia depender de conceitos extremamente distintos. Tal fato proporcionou ao direito comparado um ponto de partida imemorial do ponto de vista metodológico, bem como, em grande medida, o fez uma importante ferramenta para a investigação mesmo dos sistemas legais mais distintos [...]”.

⁹² Entidade vinculada a Universidade Jean Moulin, Lyon 3, que existe até os dias atuais. Mais informações podem ser consultadas em seu site: ><http://gdc.cnrs.fr/idcel/><.

⁹³ O instituto foi descontinuado durante o período da II Guerra Mundial.

⁹⁴ Entretanto, como sublinha Leontin Constantinesco (1998, pp. 240-242), apesar de algumas iniciativas, o direito comparado nos países de origem anglo-saxã ainda era decepcionante. Em geral, a qualidade dos trabalhos era medíocre e as orientações muito incoerentes. Algo que, porém, só começa a se modificar antes e durante a Segunda Guerra Mundial, com a chegada, sobretudo, de imigrantes provenientes da Alemanha e do resto da Europa.

⁹⁵ Dedicada aos estudos no campo do comércio internacional, a escola foi fundada pelo juiz norte-americano Edwin Parker, e encontra-se atualmente filiada à Universidade de Colúmbia. Mais informações podem ser obtidas em: ><http://web.law.columbia.edu/parker-school/><.

⁹⁶ Instituição que permanece ativa nos dias atuais, e que se dedica a pesquisar comparativamente temas da ordem do dia, tanto no campo privado quanto no público. Para mais informações ver ><http://afla-law.org/><.

Ocorre que tais iniciativas tinham por preocupação central a investigação na seara privada, sendo pouco, ou quase nenhum enfoque dado ao objeto do presente estudo. Contudo, isso não quer dizer que não tenhamos como encontrar alguns registros neste curso. Afinal, como em geral os trabalhos comparativos nesta extensão tendem a ser uma resposta aos eventos constituintes, modificado após 1918, o cenário geopolítico europeu, muitos impérios foram desconstituídos, e outros tantos Estados emergiram de suas ruínas. Nesta conjuntura, novas Leis Fundamentais foram produzidas e promulgadas, e os pesquisadores, por conta disso, sentiam uma real necessidade de conhecê-las. Assim sendo, marcados pelo caráter estritamente descritivo, e preocupados quase que na sua inteireza por estudar os poderes legislativo e executivo, e suas relações entre si, vale a pena o registro, por exemplo, tanto da obra intitulada “*Corso di diritto costituzionale comparato*”,⁹⁷ da autoria de Antonio Amorth,⁹⁸ quanto os artigos “A Constituição da Letônia”,⁹⁹ “A Constituição da Tchecoslováquia” e a “A Constituição da Estônia”,¹⁰⁰ escritos respectivamente pelos professores e cientistas políticos,¹⁰¹ James Kerr Pollock, Vladimir Dedek e Robert Clark (GINSBURG, 2012, p. 03).

Todavia, apesar destas iniciativas terem conferido grande contribuição ao desenvolvimento do comparativismo, o clima de cooperação internacional que dominou o curto período entre guerras, mais uma vez, ficou prejudicado. Afinal, em um ambiente marcado pelas dificuldades financeiras, políticas e sociais, pelo superveniente *crash* econômico,¹⁰² e pelo surgimento de diversos governos autoritários, era apenas uma questão de tempo até que estes fatores, unidos, cooperassem para os males que, como se sabe, daí se seguiram. Neste entretempo, “[...] os regimes totalitários dos quais o nacional-socialismo alemão e o fascismo italiano constituem apenas os exemplos mais marcantes, conduziram o retorno às fontes aborígenes, à rejeição das importações estrangeiras, e à desconfiança em relação às permutas [...]” (ANCEL, 1980, p. 36).

⁹⁷ Livro publicado em 1936 pela editora Giuffrè.

⁹⁸ É importante deixar explícito aqui, de que neste mesmo período, em razão de o ensino do direito público comparado ter se tornado obrigatório nas faculdades de Direito da Itália, é possível que encontremos também alguns trabalhos elaborados por professores nesta direção que, por óbvio, guarda relações diretas com o Direito Constitucional. É o caso, por exemplo, da obra “*Corso di diritto pubblico comparato*” de Renzo Ravà, e “*Appunti di diritto pubblico comparato*”, de Riccardo Monaco.

⁹⁹ Publicado no ano de 1923 no “*The American Political Science Review*” nº 17.

¹⁰⁰ Ambos publicados no ano de 1921 no “*Journal of Comparative Legislation and International Law*”, nº 03.

¹⁰¹ De acordo com Martin Shapiro (1993, pp. 365-391), o interesse por cientistas políticos neste campo, no início do século XX, se explica, pois foi nesta etapa que a Ciência Política se constituiu enquanto disciplina nos Estados Unidos. Neste âmbito, estudos constitucionais formavam uma importante parte do núcleo curricular, sendo a pesquisa comparatista, ao menos em parte, um dos aspectos levados em consideração.

¹⁰² Expressão que remonta a queda da bolsa de Nova York no ano de 1929.

Cessado, no entanto, o lapso de hostilidades do II grande conflito “[...] a esperança de um melhor conhecimento recíproco, preliminar ao entendimento entre os países dilacerados, se eleva das ruínas com um remorso de consciência e um chamamento à razão [...]” (CONSTANTINESCO, 1998, p. 245). Por conta disso, o direito comparado é novamente redescoberto, e os impulsos a seus meandros são revitalizados em outros espaços.¹⁰³ Em uma curva vertiginosa e ascendente, crescem com espírito fortificado, tanto as produções científicas quanto as conferências,¹⁰⁴ e até mesmo a infértil discussão sobre se “[...] o direito comparado continua uma ciência à procura do seu caminho ou um método que espera uma descrição unívoca [...]” (Op. Cit. p. 246), e que vale destacar, será vista no próximo capítulo, é retomada.¹⁰⁵

Em sintonia com este contexto, e a partir da mesma ocasião, a constitucionalização de um conteúdo mínimo de direitos humanos/fundamentais¹⁰⁶ passa a ser encorajada pela comunidade internacional (FONTANA, 2011, p. 08). Em razão disso, o centro de gravidade dos estudos constitucionais, “[...] que dantes ficava na parte organizacional da Lei Magna – separação de poderes e distribuição de competências, enquanto forma jurídica de neutralidade aparente, típica do constitucionalismo do Estado Liberal – se transporta para a parte substantiva, de fundo e conteúdo [...]” (BONAVIDES, 2004, p. 584).¹⁰⁷ Neste âmbito, as

¹⁰³ No Brasil, por exemplo, o direito comparado renasce na Faculdade Nacional de Direito, com a criação do curso de doutorado em 1948, e o oferecimento das disciplinas Direito Privado Comparado, Direito Público Comparado, Direito Penal Comparado, Direito Processual Comparado e Direito do Trabalho Comparado. Destacando-se no caso particular do Direito Público Comparado, a pessoa do professor Pedro Calmon Moniz de Bittencourt (VALLADÃO, 1971, p. 10).

¹⁰⁴ A enumeração destes seria extremamente tediosa e, até mesmo, em alguma medida, incompleta, assim sendo, cabe-nos apenas a título meramente ilustrativo, citar aqui, tanto as obras de René David, “*Traité Élémentaire de droit civil comparé*”, de 1950, e a de Felipe de Sola Cañizares, “*Tratado de Sociedades por acciones en Derecho Comparado*”, de 1957, além, é claro, do famigerado Congresso de Paris de 1954, organizado pela *Accademia internazionale di diritto comparato*.

¹⁰⁵ É célebre neste caso, o trabalho publicado pelo inglês Harold Gutteridge, “*Comparative law: an introduction to the comparative method of legal study and research*”, no qual o autor sustenta “[...] a redução do direito comparado a mero método do saber jurídico, procurando acomodá-lo a tarefas menos ambiciosas, mas mais úteis para os estudos jurídicos, que as que anteriormente lhe tinham sido apontadas [...]” (DUARTE, 2006, pp. 786-787). Além, é claro, na outra ponta, principalmente se procurarmos trazer para o contexto dos estudiosos brasileiros, o artigo intitulado “Direito Comparado, ciência autônoma”, publicado em 1952, e da autoria de Caio Mário da Silva Pereira, no qual o jurista defende a cientificidade e a autonomia deste campo.

¹⁰⁶ Termos utilizados no mais das vezes enquanto sinônimos, podendo possuir no tocante o significado e a origem, a seguinte distinção proposta por Canotilho (2003, p. 369): direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos dos homens, só que jurídico-institucionalmente garantidos e limitados pelo espaço e pelo tempo. Direitos humanos derivam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

¹⁰⁷ Ainda de acordo com Paulo Bonavides (2004, pp. 586-587) “[...] Podemos sintetizar que, ao tempo do velho Direito Constitucional – o da separação de poderes – a tensão transcorria menos no campo das relações dos cidadãos com o Estado – a filosofia da burguesia liberal cristalizada na racionalidade jurídica dos códigos já pacificada grandemente essas relações! – do que no domínio mais sensível e delicado das relações entre os

preocupações e questionamentos se sofisticam, e o direito comparado por ser visto como um importante meio de fornecimento de material informativo passa a ser aplicado com mais afinco na particularidade do Direito Constitucional. Todavia, diferentemente do que acontecera no passado, desta vez, a atenção se volta de forma acentuada por parte da academia, motivo pelo qual, este momento é conhecido como, *The Rise Era* (FONTANA, 2011, p. 18).¹⁰⁸

No desenrolar deste período, o constitucionalismo comparado acabou caminhando em dois percursos distintos, um de matriz europeia, romano-germânico, e outro de tendência norte-americana. No tocante ao trajeto continental-europeu, a exemplo do que há muito já vinha sendo produzido no domínio do Direito Privado, os estudos se deram através da edição de manuais, preocupados em refletir tanto questões introdutórias, como a terminologia, a função e o método, quanto em apresentar semelhanças e diferenças entre institutos, com base principalmente no exame da doutrina e dos Textos Políticos alienígenas. Neste caso, merecem destaque na Itália, as obras “*Corso di diritto costituzionale italiano e comparato*”, “*Lezioni di diritto costituzionale e comparato*” e “*Introduzione al Diritto costituzionale comparato*” da autoria respectiva dos professores Roberto Sandiford, Constantino Mortati, e Paolo Biscaretti di Ruffia. Na Espanha, os livros “*Derecho constitucional comparado*” de Manuel García-Pelayo, e “*Curso de Derecho constitucional comparado*” de Luis Sanchez Agesta. Na França, o “*Cours de droit constitutionnell comparé*” de Paul Bastid. E em Portugal o “*Notas para uma introdução ao Direito constitucional comparado*”, de Jorge Miranda (SCARCIGLIA, 2011, p. 56).¹⁰⁹

Já por seu turno, e do outro lado do Atlântico, em razão de os Estados Unidos terem emergido após a II Guerra Mundial, enquanto uma liderança política e econômica de

Poderes, donde pendia, perante a força do Estado, e a desconfiança remanescente das épocas do absolutismo, a conservação da liberdade em toda sua dimensão subjetiva. Nesse contexto, avultava e se mantinha sempre debaixo de suspeita o Poder Executivo, sobretudo nas monarquias constitucionais, onde ficava mais ostensivamente sujeito aos freios e controle do sistema parlamentar. Já com o novo Direito Constitucional, a tensão traslada-se, de maneira crítica e extremamente preocupante, para a nervosa esfera dos direitos fundamentais. A partir de então, a Sociedade procura aperfeiçoar o sistema regulativo de aplicação desses direitos, em termos de um constitucionalismo assentado sobre as incoercíveis expectativas da cidadania postulante [...]”.

¹⁰⁸ Como muito corretamente explica Stephen Gardbaum (2013, p. 02) “[...] Se o Direito constitucional comparado foi recentemente reavivado, tornando-se um assunto acadêmico dinâmico, isso se deu, pois ele é filho da revolução dos Direitos, que tomou parte doméstica e internacionalmente a partir do fim da segunda guerra mundial [...]”.

¹⁰⁹ Note-se que tais bibliografias, como se pretende demonstrar no capítulo seguinte, compõem aquilo que denominamos de doutrina clássica do constitucionalismo comparado. Isso porque, pouca ou quase nenhuma ênfase davam-se nestes trabalhos ao uso do material comparatista pelas cortes constitucionais.

proporção global, assim como a União Soviética, a realidade deslocou-se em um sentido completamente oposto. Afinal, em tempos de Guerra Fria,¹¹⁰ preocupavam-se os norte-americanos em dilatar sua zona de influência. Exatamente por isso, como quase tudo o que por lá era produzido à época, também os trabalhos comparatistas acabaram ganhando um firme acento ideológico (ROSENFELD & SAJÓ, 2012, p. 06). Neste contexto, tanto os estudiosos e pesquisadores, quanto os profissionais do Direito, engajavam-se ativamente no objetivo de verem exportadas as leis e as instituições ianques, sobretudo aos novos países recém-fundados no processo de descolonização (CLARK, 2012, p. 23).¹¹¹ Resultantemente, o constitucionalismo comparado nestas paragens acabou assumindo mais um escopo acadêmico-prático do que crítico-reflexivo.¹¹²

Com o passar dos anos, porém, arrefecido o calor dos conflitos por independência, mais uma vez o cotejamento na esfera constitucional entrou em declive. É o ciclo conhecido como da *Fall Era*.¹¹³ Neste período, por consequência, o interesse, as publicações e os cursos, pouco a pouco foram minguando, até serem praticamente inexistentes. No caso norte-americano, a particularidade fica ainda pelo fato de que o ganho de prestígio obtido pela *Supreme Court* trouxe igualmente consigo um interesse maior junto aos estudantes e faculdades pela litigação constitucional interna, realidade na qual, por óbvio, não havia espaço

¹¹⁰ Designação dada ao período que compreende o fim da segunda guerra mundial (1945) e a extinção da União Soviética (1991). Trata-se de um momento no qual houve uma intensa disputa indireta, isto é, sem conflito bélico, por isso “fria”, entre os Estados Unidos e a antiga URSS pela hegemonia política mundial.

¹¹¹ Refletindo sobre este etapa, David Fontana aponta que (2011, p. 22) “[...] Uma forma de imperialismo cultural e legal pode ser frutuoso para o interesse em torno do Direito Constitucional Comparado, para melhor ou para pior. No caso dos Estados Unidos, tendo em conta o viés normativo dos professores de Direito norte-americanos, quando outros países têm culturas constitucionais semelhantes, explicar tais similitudes se mostra menos interessante do que apontar as diferenças e conferir lições [...]”.

¹¹² Em razão de a revolução dos direitos, ocorrida a partir de 1945, ter ocasionado um deslocamento da supremacia parlamentar para a supremacia judicial, pode-se afirmar que o instituto mais exportado pelos norte-americanos, sem dúvida, foi o *judicial review* (GARDBAUM, 2013, pp. 02-03). Neste contexto, aliás, vale lembrar que como se estava no período da Corte Warren, uma das mais ativistas da história, responsável, inclusive, pelo julgamento de casos célebres como *Brown v. Board of Education*, *Reynolds v. Sims* e *Miranda v. Arizona*, houve uma contribuição significativa dos próprios *justices* que compunham o tribunal para que isto se operasse. O próprio Warren viajava frequentemente a inúmeros países para proferir palestras sobre direito constitucional comparado e escrevia um sem-número de ensaios tratando da temática e os publicando nos mais variados tipos de revistas, desde um para a *Fortune and Magazine*, intitulado “*The Law and the Future*”, até em periódicos de cunho estritamente acadêmico como o *American Journal of Comparative Law*. Além dele, é válido também mencionar tanto o *justice* Felix Frankfurter como o William Douglas. O primeiro, principalmente, pela publicação do artigo “*Foreword*”, onde discutia os links históricos entre a Suprema Corte norte-americana e as discussões constitucionais em outros países, e o segundo, pela publicação do livro “*We the judges: studies in american and indian constitutional law from Marshall to Mukherjee*” (FONTANA, 2011, p.18).

¹¹³ A etapa coincide com o declínio do processo de descolonização, que segundo Antony Best et. al (2008, p. 81), se dá entre o início e o meio da década de 60.

para miradas exteriores (FONTANA, 2011, pp. 23-24).¹¹⁴ Já no que se refere ao continente europeu, à especificidade pode ser traduzida pela carência tanto por novos autores, quanto por novos tópicos a serem abordados, algo que, de igual modo, associado ao fator de política mundial, acabou reproduzindo também por lá, um acentuado decréscimo de impulso na dimensão ora enfocada.¹¹⁵

Contudo, a partir do fim dos anos 80, começaram a se configurar mostras de mudança deste cenário (HIRSCHL, 2008, p. 11). Do desmembramento da União Soviética, irrompeu-se outra vez uma onda¹¹⁶ constituinte¹¹⁷ e, junto dela, aos poucos, o estabelecimento de um judiciário forte e protetor (TATE & VALLINDER, 1995, p. 02). No entanto, além destes, um outro fenômeno, a globalização, permitirá o constitucionalismo comparado, de agora em diante, se situar em um novo patamar (MICHELMAN, 2000, p. 1063).¹¹⁸ Afinal, nesta senda, a membrana do Estado-Nação torna-se mais permeável, e a capacidade de governos em impor barreiras à troca de informações, passará a ser continuamente minada pelos avanços no campo da comunicação, do transporte, da tecnologia e em tantos outros (LAW, 2008, p. 1286).

¹¹⁴ Um exemplo que ajuda a ilustrar bem isto é apresentado por Fontana (2011, p. 24). Segundo o autor, se observamos as contratações de professores realizadas pela *Harvard Law School* e pela Faculdade de Direito de Michigan, em dois momentos distintos, um em 1960, ou seja, no ápice da *Rise era*, e outro em 1975, já durante a *Fall Era*, perceberemos que em 1960, juntando as contratações das duas faculdades, dos 14 novos professores que haviam sido contratados, apenas um tinha trabalhado no gabinete de algum juiz federal ou ministro da Suprema Corte. Já em 1975, dos três professores contratados pela Faculdade de Direito de Harvard, todos os três já haviam, em algum momento, exercido uma atividade no gabinete de algum magistrado. Destacam-se nesse rol, professores famosos, tais como Ronald Dworkin, Jesse Chopper e John Hart Ely, que como se sabe, durante suas carreiras, deram um enfoque especial ao judiciário e a litigação constitucional interna, deixando de lado o constitucionalismo comparado.

¹¹⁵ A exceção, talvez, da obra de Giuseppe de Vergotini, “Diritto Costituzionale Comparato”, cuja publicação se deu em 1981, bem como no Brasil, a de Ricardo Fiuza, “Direito Constitucional Comparado”, publicada em 1985, durante vários anos as novidades ficavam apenas por conta da tradução dos manuais já existentes (SCARIGLIA, 2011, p. 58).

¹¹⁶ Para Dixon & Ginsburg (2012, pp. 02-03), a atração pelo ato de comparar está umbilicalmente ligada às denominadas ondas de levantes constitucionais, isto é, aos momentos nos quais se percebe uma proliferação de constituições escritas. Dentre estes períodos que compreendem as revoluções liberais burguesas ou oitocentistas que se sucederam nos séculos XVIII e XIX e o chamado período do pós-guerra, encontra-se de igual modo, o que para os autores trata-se do mais recente deles, o fim da União Soviética, a partir da queda do Muro de Berlim em 1989.

¹¹⁷ O que Hirschl (2004, p. 214) denominará de mania de constitucionalismo.

¹¹⁸ Conforme Mark Tushnet e Vicki Jackson (2002, p. XIII) “[...] o crescente interesse pelo direito comparado é fruto dessa confluência entre a onda de reforma constitucional ocorrida nas três últimas décadas e o desenvolvimento gerado pela globalização [...]”.

1.7 A peroração de um velho século e as primícias de um novo: o renascimento da comparação constitucional

Várias são as acepções possíveis para o termo globalização, conforme sublinha David Law (2008, p. 1278), desde a que identifica que este se refere à escala em que o poder hoje é organizado e exercido, até a que entende que, na verdade, a expressão reflete um processo contínuo, rápido e de extenso fluxo de bens, serviços, pessoas e ideias. De qualquer sorte, seja qual for a concepção adotada, certo é que as consequências ocasionadas por este evento afetaram e hoje, mais do que nunca, afetam o desenvolvimento do constitucionalismo (LAW, 2008, p. 1279). Isso porque, seus efeitos colaterais tais como a comunicação em tempo real, a política, a economia transnacional e o estreitamento de laços políticos e culturais (HALMAI, 2012, p. 1328) trouxeram como consequência, a prática contemporânea neste campo, um interesse pelo direito comparado pouco experimentado no passado.¹¹⁹ Afinal, abriu-se a partir de então, a oportunidade de se ter uma interação maior e mais fácil com fontes, ideias e modelos estrangeiros (HENKIN, 1993, p. 533).¹²⁰

Não bastasse isso também, o *boom* constitucional que se deu nos últimos 30 anos, no qual ou se produziram ou se reformaram o expressivo número de 150 constituições em todo o mundo (HIRSCHL, 2010, p. 771), ocasionando resultantemente uma diversidade de arranjos políticos entre os países, acabou contribuindo, da mesma forma, para o fomento do encanto por esta tendência. Todavia, socorrendo-se aqui do que muito bem aponta Dick Howard (2009, p. 14), “[...] com tantos arranjos constitucionais diferentes a estudar, as oportunidades comparativas mostram-se não apenas muitas, mas sobretudo e principalmente ricas [...]”. Basta, aliás, lembrar que, de agora em diante, não se trata de levar em consideração apenas e tão somente o legado anglo-americano ou continental-europeu, mas, na verdade, realizar, em

¹¹⁹ Neste particular, pode-se citar, inclusive, como uma dos aspectos da globalização que mais chamam a atenção no campo ora estudado, a recentíssima criação pelo site de pesquisa, Google, do *Constitute Project*, site no qual se abre a oportunidade do internauta ter acesso e comparar as Leis Básicas de todo o mundo. Para mais informações acessar: >www.constituteproject.org<.

¹²⁰ Não se quer com isso, porém, dizer que tal interesse não havia no passado, afinal, é o que nos demonstra Jacob Dolinger em trabalho intitulado “*The Influence of American Constitutional Law on the Brazilian Legal System*”. Na referida oportunidade e após fazer um minucioso levantamento de casos, o autor (DOLINGER, 1990, pp. 836-837), chama a atenção para o fato de como os precedentes da Suprema Corte norte-americana influenciaram a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Desta forma, o que se propõe aqui é enfatizar a existência de um crescimento ostensivo proporcionado pelas facilidades oriundas da globalização.

especial, uma abertura a novas realidades, antes dificilmente acessíveis, tal qual as de, por exemplo, Índia, Brasil, África do Sul ou mesmo e por que não, Taiwan.

Nesta conjuntura, mas não longe de controvérsias, é por isso que os últimos vinte anos vêm sendo caracterizados pela doutrina, como de “ascensão do constitucionalismo mundial” (ACKERMAN, 1996, p. 03),¹²¹ de “globalização do direito constitucional” (TUSHNET, 2009, p. 985),¹²² ou ainda, de crescimento do “constitucionalismo transnacional” (JACKSON, 2009, p. 257).¹²³ E como consequência direta deste intervalo, os Textos Políticos passaram a ter uma dependência crescente de materiais comparativos em todas as fases de seu ciclo de vida (CHOUDHRY, 1999, p. 822). A partir daí, de uma ferramenta importante para se compreender como os Estados se organizam politicamente, ou mesmo para auxiliar na edição de novas Leis Fundamentais,¹²⁴ o cotejamento vem se transformando, igualmente, em um destacado e frequente recurso¹²⁵ a ser utilizado por inúmeras cortes constitucionais¹²⁶ ao redor do globo, para a solução de casos internos assemelhados (SAUNDERS, 2006, p. 37).¹²⁷

Aliás, é o que deixa claro Hirschl (2008, pp. 12-13), segundo o qual, no mundo contemporâneo, o direito constitucional comparado é repetidamente utilizado pelos tribunais

¹²¹ De acordo com Ackerman (1996, p. 03), a ascensão do constitucionalismo mundial consiste no fato de que, a partir da queda do Muro de Berlim em 1989, a constituição tornou-se um produto jurídico do tipo exportação e que, por conta disso, pode ser percebida nos lugares mais distantes do mundo.

¹²² Tushnet (2009, p. 985) sugere que o sentido de globalização aqui significa uma convergência entre sistemas constitucionais nacionais nas suas estruturas e na proteção dos direitos fundamentais.

¹²³ Fenômeno que segundo a autora é ocasionado pela interdependência que existe atualmente entre o direito internacional e os sistemas constitucionais que se influenciam mutuamente (JACKSON, 2009, p. 273).

¹²⁴ Um exemplo que pode ser levado em consideração é apresentado por Rosenfeld & Sajó (2012, p. 09). Segundo os autores “[...] Várias constituições, dentre elas, a *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, acabaram influenciando a feitura do *Bill of Rights*, tanto da África do Sul, quanto o de Nova Zelândia, Hong Kong e a *Basic Law* de Israel [...]”.

¹²⁵ Peter Häberle (2006, p. 66), inclusive, vem pontuando que neste particular, a comparação pode figurar como um quinto método de interpretação, complementando o clássico rol dos quatro apresentados no século XIX por Savigny.

¹²⁶ Segundo Cheryl Saunders (2012, p. 574) “[...] Afirma-se frequentemente que a prática de se referir à experiência estrangeira no curso da jurisdição constitucional está aumentando. Com toda a probabilidade, tais afirmações estão corretas. O aumento substancial desde 1990 no número de estados com novas constituições e novas cortes constitucionais é suficiente para aumentar esta incidência global. A maior acessibilidade a materiais constitucionais estrangeiros através de tecnologia da informação também facilita a referência a eles. A proliferação de redes nacionais de juristas e estudiosos, de igual modo, encoraja o diálogo transjurisdicional. E a internacionalização do direito constitucional, especialmente em relação aos direitos humanos, é da mesma forma um catalisador adicional [...]”

¹²⁷ Conforme aludem Rosalind Dixon & Tom Ginsburg (2012, pp. 03-04) “[...] Com a proeminência crescente dos tribunais constitucionais como locais de tomada de decisão social e política, tornou-se evidente que alguns dos problemas enfrentados pelas cortes eram recorrentes entre os países. Muitas das novas democracias, por exemplo, tiveram de lidar com questões de transição, de transformação econômica, bem como de ordem eleitoral, por conta disso, seus tribunais naturalmente começaram a prestar atenção à forma como tais assuntos foram resolvidos em outros países, especialmente nos de democracias já estabelecida e com jurisprudência sobre questões semelhantes bem desenvolvidas [...]”.

para fins de autorreflexão, tanto através da analogia, quanto da distinção ou do contraste. Quer dizer, o autor parte do pressuposto de que muito embora diferentes Estados possam enfrentar desafios constitucionais semelhantes, os mesmos podem vir a adotar meios ou abordagens completamente distintos para lidar com tais contendas. Em virtude disso, o ato de juízes em alguns casos fazerem referência à experiência de outros países,¹²⁸ presumivelmente em situações análogas, pode se mostrar capaz de enriquecer as práticas constitucionais de um dado sistema político que, inclusive, pode ser aprimorado ao se emularem certos mecanismos desenvolvidos em outras realidades.¹²⁹

À vista disso, muito embora ainda se perceba uma certa reticência por parte de algumas supremas cortes, ao se colocarem muitas vezes em um patamar de defesa da posição tradicional segundo a qual a *Lex Magna* doméstica deve ser a única fonte levada em conta para a resolução de problemas intestinos (MOON, 2003, p. 229),¹³⁰ certo é que, como visto acima, em um arranjo marcado pela disseminação de ideias de um sistema legal nacional em outro, de um sistema legal regional em outro, ou ainda do sistema legal internacional em sistemas legais nacionais (SLAUGHTER, 1994, p. 117),¹³¹ há cada vez menos espaço para doutrinas tais como a das “Quatro Paredes”.¹³² Deste modo, tendo em vista que “[...] olhando

¹²⁸ Tal prática, inclusive, vem sendo caracterizada por termos diferentes entre os autores, algo que, aliás, Vlad Perju (2012, p. 05) irá classificar como uma verdadeira “batalha de metáforas”, já que ao fim e ao cabo, a pretensão à que se propõem alcançar é a mesma. Assim, para Vicki Jackson (2007, p. 171), por exemplo, está-se diante de um caso de “engajamento de cortes”. Já para Sujit Choudhry (2006, p. 01) trata-se de um processo de “migração de ideias constitucionais”. Por sua vez para Catherine Dupré (2002, p. 267) o que ocorre é a “importação do direito constitucional”. Para Barry Friedman e Cheryl Saunders (2003, p. 177), na verdade, o que existe são “empréstimos constitucionais”. Para Kim Scheppele (2003, p. 296), por seu turno, há uma “influência do constitucionalismo cruzado”. E por último, para Sarah Harding (2003, p. 424), o que se têm são “diálogos judiciais”.

¹²⁹ Afinal, como destaca Jens Dammann (2002, pp. 520-521), a comparação na interpretação constitucional pode tanto ser utilizada para avaliar as possíveis consequências de uma específica e possível interpretação, como determinar a intenção do legislador que se valeu de alguma experiência estrangeira, ou mesmo para descobrir o significado de um termo, para corroborar ou contrariar uma interpretação particular.

¹³⁰ Como destaca Cheryl Saunders (2012, pp. 574-575) “[...] Outras forças também podem desencorajar a citação a experiências estrangeiras, a reação contra elas nos Estados Unidos e em Singapura, certamente marcam esta afirmativa [...]”.

¹³¹ Impinge-nos destacar, porém, que muito embora, como vimos no começo deste capítulo, um dos significados do constitucionalismo comparado se direcione justamente à possibilidade de auxiliar na construção de um Direito Constitucional Internacional, isto é, “[...] de um direito constitucional que não se encontra apenas no nível nacional, mas que inclui, igualmente, uma perspectiva transnacional, supranacional ou internacional [...]” (LACHMAYER, 2007, p. 98), o foco que aqui será dado diz respeito a nem tão nova possibilidade, mas certamente um dos aspectos que até bem pouco tempo atrás quase não estimulava o interesse, da utilização deste material por cortes constitucionais.

¹³² De acordo com os defensores desta doutrina, ventilada pela primeira vez em 1963 na Malásia, no caso *Government of State of Kelantan v. Government of Federation of Malaya*, sob os esforços do *Chief Justice* da suprema corte daquele país, Thomson, a constituição deveria ser primariamente interpretada dentro de suas próprias quatro paredes, e não à luz de analogias desenhadas por outros países, como Grã-Bretanha, Estados Unidos ou Austrália. Tal posicionamento, aliás, desde 1994, e a partir do caso *Colin Chan v. Public Prosecutor*, é considerado como o oficial para o tribunal constitucional malasiano. Para mais informações ver: THIO. Li-ann.

o direito estrangeiro, podemos muitas vezes enxergar com clareza nossos próprios problemas e desenvolver uma compreensão de possíveis abordagens para os desafios constitucionais mundialmente compartilhados [...]” (JACKSON, 2006, p. 214), figura-se, portanto, resultante o porque de hoje inúmeros magistrados estarem, de fato, se conjugando paradigmaticamente a esta tendência global (MCCRUDEN, 2000, p. 506), de abertura a importação e a exportação de experiências ádvenas (ROSENFELD, 2001, p. 68). Neste rumo, a memória do passado de uma nação passa a ser gradualmente substituída pelo futuro compartilhado comunitariamente entre os povos (MURKENS, 2008, P. 13).

Diante de tal contexto, e como era de se esperar, já que junto dele, de igual modo, repisam-se e se redirecionam as inquietudes acadêmicas, constata-se nos últimos anos, principalmente nos Estados Unidos,¹³³ uma migração incidental de pesquisas e estudos, por muitos anos preocupados com a legitimidade do *judicial review*, para um viés no qual é dada preferência à análise da práxis jurisdicional interpretativa e de sua relação com o uso do referencial estrangeiro (FRANKENBERG, 2012, p. 177).¹³⁴ Tal mudança de atitude, na medida em que tornou possível a investigação em um campo ainda pouco explorado, foi de extrema relevância para o renascimento do constitucionalismo comparado enquanto disciplina (FONTANA, 2011, p. 23).

Neste novel ímpeto, a literatura crescente sobre o assunto,¹³⁵ agora inclui tanto monografias¹³⁶ e livros publicados pelas principais editoras acadêmicas,¹³⁷ como também a

Beyond the “Four walls” in an age of transnational judicial conversations: civil liberties, rights theories, and constitutional adjudication in Malaysia and Singapore. *In: Columbia Journal of Asian Law*. Vol. 19, nº 2, 2006.

¹³³ Mas não apenas, vale lembrar aqui os esforços também desempenhados principalmente por autores alemães e, em menor escala, por professores naturais da França, Bélgica e Áustria.

¹³⁴ De acordo com Paul Kahn (2003, p. 2679), esta orientação “[...] é atualmente dominante na prática contemporânea do constitucionalismo comparado, sendo a principal fonte de interesse no campo [...]”. Todavia, não se quer com isso afirmar que o interesse por outras vertentes clássicas, como por exemplo, o cotejamento no âmbito da separação de poderes tenha morrido. Em verdade, o que ocorre aqui é um redirecionamento de esforços, agora mais robustos, para esta linha de investigação.

¹³⁵ Muito embora insertos cronologicamente nesta etapa, é importante mencionar que tanto a obra “Direito Constitucional Comparado”, da autoria de Ivo Dantas e publicada no ano 2000, quanto o livro “Um pouco de Direito Constitucional Comparado”, de José Afonso da Silva, publicado em 2009, para efeitos desta dissertação, pertencem à vertente que aqui expressamos como sendo clássica, já que não conferem enfoque ao uso do material comparado pelas cortes constitucionais.

¹³⁶ Segundo Sujit Choudhry (2007, p. 01), vários foram os trabalhos apresentados nos últimos anos. A título exemplificativo, o autor cita as monografias de Gary Jacobsohn, *The Wheel of Law: India’s Secularism in Comparative Constitutional Context*, de Stephen Tierney, *Constitutional Law and National Pluralism*, além de outros.

¹³⁷ Principalmente de assuntos pertencentes à subcampos do constitucionalismo comparado, tais como comparação e separação de poderes, chamando a atenção a obra, *The fusion of presidentialism and parliamentarism* (2009) de Richard Albert, federalismo comparado, merecendo destaque o trabalho, *Constitutional Origins, structure and changes in federal countries* (2005) de John Kincaid & Alan Tarr, como

criação¹³⁸ de periódicos (HIRSCHL, 2013, p. 02)¹³⁹ dedicados a publicar os mais relevantes trabalhos sobre o tema em tela, caso do *International Journal of Constitutional Law*.¹⁴⁰ Da mesma forma, destacam-se ainda o ressurgimento de seminários e cursos na agenda acadêmica de diversas instituições,¹⁴¹ e o fato de que as mais importantes escolas de Direito dos Estados Unidos e outras tantas do mundo passaram a considerar a cadeira *comparative constitutional law*, como essencial no currículo. Um exemplo claro disso, inclusive, é apresentado por Hirschl, ao citar a reforma curricular do primeiro ano do curso de Direito, realizada pela *Harvard Law School* no ano de 2007. De acordo com o autor (HIRSCHL, 2008, p. 14), nesta, que para ele, aliás, fora a mais significativa modificação dos últimos 100 anos na referida instituição, o objetivo norteador foi justamente o de introduzir os alunos numa visão cosmopolita do Direito e das instituições jurídicas como um todo. E neste particular, por óbvio, é claro que não poderia faltar espaço para o constitucionalismo comparado.¹⁴²

Ocorre que, apesar de todo este dinamismo, não faltou muito para que, embora com novo alento, os intermináveis problemas epistemológicos e metodológicos, agora com outra roupagem, voltassem a assombrar o constitucionalismo comparado. Afinal, relembradas questões fundamentais alusivas ao próprio significado e propósito das investigações neste campo, diga-se de passagem, ainda hoje em grande parte subteorizadas, embaçadas e

também e principalmente, *judicial review* contrastado, valendo destacar o livro *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the New Constitutionalism* (2004) de Ran Hirschl (HOWARD, 2009, pp. 10-11).

¹³⁸ Um dos que também podem ser citados aqui, já que representa, de igual modo, os esforços nesta mesma linha no continente europeu, é o *German Law Journal*, publicado desde 2000, e que têm como linha editorial mestra, justamente estudos comparativos na seara constitucional.

¹³⁹ Outros periódicos, porém, apesar de não terem sido criados recentemente, e de nem mesmo terem como linha editorial estudos neste campo, caso da *Harvard Law Review*, voltaram, após anos sem o fazê-lo, a publicar trabalhos com a temática do constitucionalismo comparado (FONTANA, 2011, p.47).

¹⁴⁰ Periódico publicado desde 2003 pela *Oxford University Press* em associação com a Faculdade de Direito da Universidade de Nova York, e que se dedica a publicar trabalhos que tenham por objetivo a realização de análises teóricas e práticas, de assuntos que se relacionem com o Direito Internacional e o Direito Constitucional Comparado. Para mais informações ver: <http://icon.oxfordjournals.org/>.

¹⁴¹ Neste particular, vale destacar o seminário “*World Constitutionalism*” na *Yale Law School*, oferecido pelo professor Bruce Ackerman, o curso “*Selected problems of both constitutional design and adjudication*” na *Harvard Law School*, sob a liderança do professor Frank Michelman, o Seminário “*Comparative Constitutional Law*” na *Georgetown Law School*, encabeçado pela professora Vicki Jackson, além do curso “*Comparative Constitutional Law*” na *George Washington University’s Law School*, dirigido pelo professor David Fontana.

¹⁴² É o que, aliás, corrobora Elena Kagan (2008, p. 475), segundo a qual “[...] a mudança teve como firme propósito preparar os estudantes da faculdade para um mundo cada vez mais complexo, e assim, manter a tradição da mesma, de não formar apenas juristas, mas líderes visionários, com capacidade de pensar novos desenhos institucionais, bem como auxiliar na solução de problemas sociais e individuais, desenvolvendo assim a chamada capacidade de imaginação legal [...]”.

incoerentes (HIRSCHL, 2013, p. 09),¹⁴³ também agora, unida a estas, e o que seria natural de se esperar, vem sendo observado um encaminhamento das preocupações no curso de solucionar indagações tais como, por que, quando e de que forma, tribunais e juízes se utilizam ou deveriam se utilizar de referências alienígenas no contexto constitucional (PERJU, 2012, p. 38).¹⁴⁴ Neste patamar, aliás, tem se tornado igualmente frequente a crítica de que o uso do constitucionalismo comparado, concentrado quase que na sua inteireza na verificação e no préstimo de disposições legais e decisões judiciais, vem contribuindo apenas para a elaboração de um quadro raso e incompleto da realidade estrangeira da qual pretende se socorrer (HIRSCHL, 2008, p. 35). Contudo, ao contrário do que a princípio possa parecer, não se objetiva com isso desmerecer ou subestimar os trabalhos descritivos de alta qualidade até então produzidos. Pelo contrário. Reconhece-se a importância destes para a compreensão das diversas nuances e sofisticações verificáveis no campo em tela. No entanto, como Leis Fundamentais não se originam, nem muito menos se operam no vácuo (HIRSCHL, 2013, p. 02), vale a colocação de que nos dias presentes, os mesmos já não têm se mostrado mais suficientes.¹⁴⁵ Diante disto, será inserto nesta e em outras problemáticas teóricas vistas anteriormente, que o próximo capítulo procurará se desenvolver.

¹⁴³ De acordo com Peer Zumbansen (2012, p. 11) “[...] Assim como no direito comparado, a comparação constitucional em geral, ainda hoje, continua atormentada por um grande grau de incerteza metodológica e teórica [...]”.

¹⁴⁴ Como alude Vicki Jackson (2007, p. 161) “[...] Há, é claro, diferentes tipos de debates em diferentes países. Em alguns deles, o debate não é sobre se o direito estrangeiro ou internacional podem ser considerados, mas sim como, quando e com que peso [...]”.

¹⁴⁵ Segundo Ran Hirschl (2008, pp. 36-37) “[...] A migração internacional das ideias constitucionais e o interesse acadêmico pelo constitucionalismo comparado atingiram novos máximos. Todavia, a matriz epistemológica e metodológica do campo ainda se encontra turva. A maior parte dos trabalhos produzidos por estudiosos neste campo permanece descritivo, especulativo, normativo e, acima de tudo doutrinário. Muito pouca atenção é dada, por exemplo, a pesquisas empíricas ou mesmo explicativas e conclusivas. Enquanto no início do século XX o confinamento do direito comparado ao conhecimento enciclopédico e às classificações pode ser perdoado, quando visto seu contexto histórico, manter tais abordagens um tanto enigmáticas no começo do século XXI é uma oportunidade perdida. A conversa internacional entre juristas auxiliados por novas tecnologias de informação têm gerado um considerável banco de conhecimento sobre os vários sistemas jurídicos e constitucionais dos países ao redor do mundo. Graças a este rico conjunto de informações, agora é possível, talvez pela primeira vez, se utilizar das pesquisas comparativas para testar hipóteses e formular ideias generalizáveis sobre as relações causais entre as leis e os vários fenômenos políticos, sociais ou econômicos [...]”.

CAPÍTULO 2 – O CONSTITUCIONALISMO COMPARADO ENTRE O CLÁSSICO E O CONTEMPORÂNEO

2.1 Notas preambulares

Se no capítulo anterior, como visto, a proposta foi conferir enfoque aos contornos históricos do desenvolvimento do direito constitucional comparado, dando destaque naquela oportunidade, tanto as circunstâncias que o favoreceram, quanto as que, em certa medida, dificultaram o seu progresso. No capítulo que ora se inicia, o escopo, por outro lado, traduz-se na busca por se apresentar os pontos que compõem as preocupações teóricas mais básicas, daquilo que denominamos anteriormente enquanto sendo a vertente clássica da referida disciplina, assim como de sua tendência de matriz contemporânea. Tal exercício se mostra necessário, justamente para que se visualize agora, a partir da leitura dos trabalhos produzidos pelos autores que formam cada um dos dois grupos, a diferença entre os temas à que os mesmos põem ênfase, quando estes se dedicam a realizar estudos imersos em uma ou outra direção. Neste sentido, vale, portanto, o registro de que adquirem importância no plano tradicional, questões tais como a finalidade, o objeto e o método da comparação. Já na esfera hodierna e de arranjo contrário, devido ao realce que é dado para o uso do material alienígena de natureza constitucional por juízes ou tribunais, apresentam-se enquanto temas de destaque, dúvidas à respeito das ocasiões em que isso se dá, assim como quais são motivos que fomentam tal prática e de que forma os representantes do judiciário se socorrem ou deveriam se socorrer do referido aparato.

Antes, porém, de nos atermos a cada um destes tópicos, faz-se necessário passar por um debate de origem e de cariz mais geral, só que sempre lembrado previamente a qualquer aprofundamento específico, pelos estudiosos do clássico constitucionalismo comparado. Polêmica embaçada, de posições extremamente conflitantes e que suscitou durante muitos anos os mais variados esforços, sem, inclusive, ter encontrado ainda hoje o seu termo final, trata-se a mesma de saber se o direito comparado é, na verdade um método ou uma ciência autônoma. Para tanto, é claro, não se quer aqui despendar uma quantidade ampla de linhas. Assim, reconhecida a limitação espacial do presente trabalho, o que se propõe na sequência é

apenas expor o estado da arte da discussão, além de, por óbvio, como a mesma no geral, foi posta pelos autores da vertente tradicional da disciplina em comento.

2.2 Entre o método e a ciência autônoma: o embate preliminar do comparativismo lato e sua presença nos domínios do clássico constitucionalismo comparado

Para os comparativistas em geral, dentre os maiores dilemas teóricos até hoje enfrentados, sem dúvidas, o que mais teve destaque foi o que girou em torno da célebre discussão sobre se o Direito comparado trata-se de um método ou de uma ciência (CAÑIZARES, 1954, p. 49). Aliás, por um considerável período de tempo, as atenções se voltaram quase que na sua inteireza para este tópico. Passada, porém, a etapa das discussões apaixonadas, conforme assevera Leontin Constantinesco (1998, p. 280), é possível atualmente agrupar os posicionamentos dos autores em pelo menos três correntes diversas. Neste sentido, houve quem afirmasse que esta disputa somente interessava ao meio acadêmico e, justamente por isso, não merecia ser prolongada. Outros que por sua vez abordaram o problema se pronunciando decididamente a favor do primeiro termo do dilema, isto é, sustentando que o direito comparado nada mais era do que um método. E por último, os que entendiam justamente o contrário, quer dizer, os que assumiram a condição do direito comparado enquanto também, uma ciência autônoma.

No que se refere ao primeiro juízo, o qual, aliás, trata-se do mais recente deles,¹⁴⁶ a argumentação medular que compartilham seus adeptos é a de que, em sendo a controvérsia sobre a natureza do Direito comparado uma disputa de cunho meramente teórico, não haveria como consequência direta, qualquer importância prática em se levar a mesma adiante. Tal posicionamento, cujas origens remontam a reação desencadeada, sobretudo, por autores anglo-saxões que viam com certa desconfiança a polêmica em torno do presente debate, congrega em seu bojo, não só uma relevante parte de autores, quanto tem como seus

¹⁴⁶ Isso por que, conforme salienta Marc Ancel (1980, p. 47), esta corrente é a representação de um grupo de teorias críticas surgido após 1945, e que partiam de uma dupla constatação, a de que após cinquenta anos, ainda não se havia chegado a formular uma definição de direito comparado aceita por todos, e a de que as discussões metodológicas sobre a função, a natureza e a posição do Direito comparado, face às outras ciências jurídicas, resultaram apenas em uma grande confusão.

principais expoentes, importantes nomes do comparativismo em geral, dentre eles, Felipe Cañizares e Clive Schmitthoff¹⁴⁷ (CONSTANTINESCO, 1998, pp. 281-284).¹⁴⁸

De outro modo, porém, sustentam juristas igualmente conhecidos, como Rudolf Schlesinger¹⁴⁹, Tullio Ascarelli¹⁵⁰ e René David¹⁵¹, ser o Direito comparado nada mais do que uma mera técnica. Quer dizer, para estes, uma ciência especial do Direito comparado não existe nem muito menos poderia vir a existir, visto que se está lidando unicamente com um método de pesquisa científica aplicado a uma disciplina, essa sim autônoma, que por sua vez objetiva alcançar seus próprios fins. Deste modo, reconhece-se, portanto, a infelicidade da expressão “*Comparative Law*” larga e comumente utilizada (GUTTERIDGE, 1949, p. 01). Isso porque a mesma, em total contradição com o que postulam os partidários supracitados, traz junto de si a percepção de que designa um corpo de normas individuais realizadas através do cotejamento, fato que por consequência permitiria ao Direito comparado avocar o reconhecimento de ser também parte das muitas vertentes do campo jurídico. No entanto, consoante o raciocínio empregado pelos defensores do entendimento em tela, tal acepção não se revelaria nem um pouco aceitável, vez que para os mesmos, há aqui a ausência de um verdadeiro *independent body of rules*, tal qual existe, por exemplo, no caso do direito de família e em tantos outros (CONSTANTINESCO, 1998, p. 293).¹⁵²

¹⁴⁷ É célebre, inclusive, a opinião de Clive Schmitthoff (1939, p. 94), segundo o qual “[...] parece ser um ponto a ser debatido se o Direito comparado é método ou ciência. A resposta depende inteiramente da interpretação dos termos método e ciência. Estas expressões são tão vagas e intercambiáveis, que no que diz respeito à terminologia jurídica, pode-se notar que existe um ensaio intitulado os métodos da ciência legal, em um livro chamado a ciência do método legal. Assim, pode-se deixar a filologia a tarefa de resolver este problema [...]”.

¹⁴⁸ Leontin Constantinesco (1998, p. 285), no entanto, chama a atenção para o fato de que esta corrente por comodidade ou resignação, acaba ocultando com argumentações sem valor, a existência de um problema autêntico e fundamental.

¹⁴⁹ Para o autor (SCHLESINGER, 1950, p. 01) o “[...] o direito comparado não é um corpo de regras e de princípios. É um método, um modo de ver os problemas jurídicos [...]”.

¹⁵⁰ De acordo com o professor italiano (ASCARELLI, 1952, p. 41) “[...] Mais do que de Direito comparado se deveria, contudo, falar de método comparado no estudo dos problemas jurídicos, já que, na realidade, pela sua própria natureza, não existe ou não pode existir um Direito comparado, mas somente a comparação dos vários institutos ou dos vários problemas [...]”.

¹⁵¹ Segundo o comparativista francês (DAVID, 1950, p. 03), o Direito comparado não pode avocar o título de ciência ou disciplina autônoma, pois “[...] não é uma parte do Direito positivo de uma nação qualquer, como os direitos civil e administrativo [...]”.

¹⁵² Leontin Constantinesco (1998, pp. 292-293), contudo, destaca ser “[...] evidente, por exemplo, que enquanto a comparação serve a uma outra disciplina autônoma, ela não pode pretender ser, por sua vez, uma ciência independente. Da mesma forma, é igualmente exato afirmar que o método comparativo é, antes de tudo, um método, portanto, um instrumento. Todavia, tais afirmações não resolvem o dilema porque, na realidade, o problema não está aí. Na verdade, a questão relativa à existência de uma ciência autônoma deve ser avaliada em função de um campo de investigação que lhe pertence de modo exclusivo e que, justamente, se diferencia dos âmbitos das outras disciplinas. Uma ciência pode pretender a autonomia na medida em que, colocando novos problemas, logra novos conhecimentos integrados em um todo coerente. Ordenando as noções e classificando os

Por seu turno, e na outra extremidade, não se pode ainda deixar de ressaltar a vertente adotada por aqueles que tomam o Direito comparado enquanto ciência.¹⁵³ Contudo, neste âmbito específico, vale a menção de que as direções dadas no sentido de corroborar tal posição, foram senão múltiplas, certamente, e em algumas ocasiões, contraditórias.¹⁵⁴ Neste sentido, eis a razão do porque de se perceber entre os estudiosos que se inserem neste grupo, uma particular fluidez entre as fronteiras das opiniões por eles apresentadas. Afinal, em um trajeto marcado pela imprecisão, não se revela insólita a geração de uma profunda celeuma de razões argumentativas. Desta forma, de uma parte, isso faz com que qualquer classificação seja delicada, já que esta necessariamente, e com os riscos que comporta, obriga a fazer simplificações. Além do que, de outro, torna igualmente difícil agrupar os autores que em sua grande maioria procuram caminhar tanto por direções diversas, quanto e por quase sempre em outras possíveis dimensões do que se entende enquanto científico (CONSTANTINESCO, 1998, pp. 295-296).

Todavia, muito embora se reconheça a controvérsia em tal contexto, com o intuito de auxiliar ao menos na compreensão de tais posicionamentos, os mesmos são passíveis de serem resumidos do seguinte modo: há os que consideram o Direito comparado autônomo, seja como disciplina;¹⁵⁵ ou ainda enquanto ciência *stricto sensu*;¹⁵⁶ os que reconhecem a ele uma pluralidade de objetivos, conteúdo e campo de aplicação;¹⁵⁷ os que afirmam ser ele um

resultados, ela resolve os quesitos colocados e faz progredir a sabedoria humana em um campo no qual nenhuma outra ciência ainda o fez [...]”.

¹⁵³ De acordo com Lucio Pegoraro (2001, p. 14), as consequências de se considerar o Direito comparado como ciência, são múltiplas “[...] em primeiro lugar, a consequência de investigar em um setor autônomo, distinto de outros já trilhados, orienta e especializa um campo do saber, com o qual se contribui para a ampliação, circulação e divulgação dos conhecimentos. Em segundo lugar, melhora a capacidade de organizar as investigações com um método próprio, ou, em todo caso, com metodologias especializadas. Em terceiro lugar, favorece a formulação de classificações e modelos que serão utilizados, ainda que não somente, para verificar a coerência das recepções ou exportações, ou ambas as atividades, de instituições e disciplinas, suas potenciais funcionalidades ou seu rendimento. E em quarto lugar, por que dá vida a uma comunidade de estudiosos que na reivindicação de sua autonomia podem contribuir também para o incremento cultural de novas gerações de estudantes, e para a transmissão de tais conhecimentos, graças à união entre investigação e didática [...]”.

¹⁵⁴ Neste plano em particular, Leontin Constantinesco (1998, p. 296) salienta que “[...] não obstante as aparências contrárias, todos os comparatistas pertencentes a esta corrente estão de acordo sobre um ponto: o fato de que o direito comparado é simultaneamente método e ciência. Este duplo caráter é afirmado de modo explícito somente por alguns, porém, de fato, é aceito de forma tácita por todos. Não existe qualquer teoria que defenda a ideia de que o Direito comparado é somente uma ciência autônoma e não, ao mesmo tempo, um método [...]”.

¹⁵⁵ Em geral, os autores que postulam tal compreensão, apenas afirmam sem, contudo, apresentar suas razões para tanto, é o caso, por exemplo, do trabalho organizado por Henri Capitant (1930, p. 208), no qual se identifica o Direito comparado como “[...] um ramo da ciência jurídica que tem como objeto a aproximação sistemática das instituições jurídicas dos diversos países [...]”.

¹⁵⁶ Sem dúvidas, neste particular, os que mais se destacam são os juristas Raymond Saleilles e Édouard Lambert. Contudo, podem também ser destacados autores como Georges Sauser-Hall e Henri Levy-Ullmann.

¹⁵⁷ O maior defensor desta tese é o professor americano John Henry Wigmore. Entretanto, como identifica Leontin Constantinesco (1998, p. 313), seu argumento é falho na medida em que apenas descreve o processo

método suscetível de evoluir, algumas vezes em ciência, como por exemplo, haveria ocorrido com a filosofia do Direito;¹⁵⁸ outros que assumem ser este um dos inúmeros ramos da ciência comparativa geral, da qual pertencem, dentre outros, a linguística;¹⁵⁹ e por fim, aqueles que entendem ainda, que na verdade, o que existe é uma estreita relação entre este, e uma concepção jurídica universalista, ou seja, o Direito comparado ao contribuir para construção de um Direito tido como mundial estaria, por conseguinte, emancipado (CONSTANTINESCO, 1998, pp. 297-320).¹⁶⁰

Ocorre que diante de tal quadro, no qual como se percebe, existe uma vultuosidade tamanha de opiniões conflitantes e especulativas, como visto no capítulo anterior, não demorou até que muitos dos pesquisadores que se aventuravam pelas paragens do cotejamento se perdessem em verdadeiras elucubrações, que no longo prazo, acabaram por encaminhá-los a um nível de abstração e de cansaço intelectual sem precedentes. Neste ambiente, como era de se esperar, inclusive pela dificuldade de compreendê-la e por ser parcamente convidativa e consensual, a controvérsia pouco a pouco foi cedendo o seu grau de intensidade e de importância até ser praticamente abolida do meio acadêmico (SACCO, 2001, p. 33). Sem que fossem dadas maiores justificativas e com pouquidade de elucidação, artigos e manuais passaram, quando muito, apenas a reproduzi-la exemplificadamente e a tomar partido no sentido de assumir uma das fórmulas vistas acima (CONSTANTINESCO, 1998, pp. 279-280).

Insertos nesta conjuntura, com os representantes do clássico constitucionalismo comparado, isso não se mostrou diferente. Afinal, como já oportunamente registrado em outro momento, levando-se em conta o desenvolvimento acadêmico tardio da referida disciplina em relação ao que fora produzido no domínio do direito privado, tais autores acabaram por não participar ativamente da querela em comento, posto que seus trabalhos se deram apenas quando tal disputa já se encontrava em declive. Neste sentido, em alguns casos, como por

metodológico e determina alguns dos principais escopos deste campo, sem com isso definir o que na verdade seria a ciência do Direito comparado para ele.

¹⁵⁸ Advogada principalmente por Borislav Blagojevic (1953, p. 656), o Direito comparado para o mesmo somente evoluiria para o patamar de uma ciência autônoma se e quando o estudo comparatista fosse sistemático, ocorre que como salienta Constantinesco (1998, p. 315), a tese torna-se estéril e de pouco interesse, já que o próprio expoente desta corrente não identifica o que caracterizaria essa sistematicidade.

¹⁵⁹ São partidários desta concepção principalmente os autores alemães Ernst Rabel e Erich Rothacker.

¹⁶⁰ Posição adotada tanto por Feuerbach quanto por Heinz Kohler.

exemplo, nas obras de Biscaretti di Ruffia,¹⁶¹ e Giuseppe de Vergottini,¹⁶² os juristas sem maiores e aprofundadas considerações, apenas manifestavam diretamente sua posição. Já em outros, e de forma diversa, como se pode ver em uma obra cuja autoria pertence a José Afonso da Silva,¹⁶³ tanto era costume ser destinado um item ou um capítulo para apresentar a contenda, quanto se aproveitava da ocasião para se fazer um resgate abreviado da mesma, assumindo o autor na sequência a sua posição. A partir daí, preenchida tal etapa de caráter propedêutico, os autores, via de regra, sentiam-se então aptos a se dedicarem aos assuntos que como será visto no ponto a seguir, desafiavam a clássica comparação em âmbito constitucional.

2.3 O Direito constitucional comparado tradicional e seus principais impasses: uma mirada elucidativa a partir da Doutrina

Consoante os apontamentos engendrados por Giuseppe de Vergottini (2004, p. 02)¹⁶⁴ e, inclusive, já registrados ao início deste capítulo, pode-se assegurar a existência de três problemas fundamentais, que somados ao intrincado questionamento visto no ponto antecedente, tanto atemorizaram os estudiosos do cotejamento lato, quanto com o escoar do tempo e a particularização cada vez maior das pesquisas em domínios jurídicos delimitados, passaram a ser também encontráveis nas obras dos teóricos adeptos da vertente clássica do constitucionalismo comparado. Em resumo, os mesmos que serão melhor estudados nas linhas subsequentes podem ser apresentados através dos seguintes questionamentos: para que

¹⁶¹ Segundo o jurista italiano (RUFFIA, 1974, p. 03): “[...] para esclarecer o conceito de ciência do direito constitucional comparado, pode-se afirmar preliminarmente que o mesmo se põe ao lado do direito constitucional particular {que se baseia em um único ordenamento estatal} e o direito constitucional geral {capítulo específico da teoria geral do direito destinado a compreender em seus esquemas dogmáticos, uma série vastíssima de institutos, a partir do maior número de direitos positivos} – como uma das ciências jurídicas que se relacionam com o estudo aprofundado dos estados constitucionais [...]”.

¹⁶² De acordo com o autor (VERGOTTINI, 2004, p. 07): “[...] quando o método comparado se constrói com suas próprias modalidades, quando a comparação afeta campos de comparação concretos, responde a fins específicos e atende a regras que são próprias, e não de outras disciplinas científicas, então é possível concluir que a mesma trata-se de uma ciência autônoma das demais [...]”.

¹⁶³ Na linha do que fora feito aqui, todavia, de forma mais simplista, José Afonso da Silva (2006, pp. 266-267) em texto intitulado “Direito constitucional comparado e processo de reforma do Estado”, faz um apanhado das três posições fundamentais sobre a natureza da comparação jurídica. Na ocasião, o autor, assim como o fizemos, chama a atenção tanto para os estudiosos que entendem que tal disputa é estéril, quanto para os autores que tomam o direito comparado enquanto um método ou uma disciplina científica autônoma.

¹⁶⁴ No mesmo sentido, aliás, pode-se citar também Paolo Biscaretti di Ruffia (1974, p. 03).

se compara, ou o problema da finalidade; o que se compara, também conhecido como o problema do objeto; e por último, como comparar, ou o impasse sobre o método.

Antes, porém, de nos aprofundarmos em cada um destes temas, vale aqui uma breve consideração sobre o que entendem por Direito constitucional comparado os autores que compõem a sua tendência tradicional. Em tal âmbito, apesar de existir uma pluralidade de conceitos elaborados e difundidos,¹⁶⁵ como muito bem aponta José Afonso da Silva (2006, p. 348), todos possuem um mesmo núcleo em comum. Quer dizer, percebe-se a existência de um certo acordo informal entre os estudiosos a respeito de uma mesma visão de mundo, segundo a qual, nesta alçada, comparar traduz-se necessariamente em confrontar particularidades institucionais e normativas constantes dos sistemas constitucionais de mais de um Estado.¹⁶⁶ Nesta senda, parte-se, portanto, da premissa de que afim de colocar em evidência tanto as diferenças quanto as similitudes entre soluções jurídicas diversas, para extrair daí conclusões e representações ótimas de uma determinada estrutura,¹⁶⁷ faz-se imprescindível o acareamento do modo como as leis básicas no todo ou em parte, assim como as instituições que delas derivam, são trabalhadas em um dado ambiente nos seus mais variados matizes (RUFFIA, 1974, pp. 03-04).¹⁶⁸

Ocorre que, conforme salienta García-Pelayo (1984, p. 20), para além do que ao contrário possa a primeira vista parecer, as singularidades perquiridas e no mais das vezes alcançadas pelas pesquisas empreendidas neste particular, não necessariamente podem ou

¹⁶⁵ Dentre eles, podemos apontar, por exemplo, o de Roberto Scarciglia (2011, p. 22), segundo o qual “[...] esta disciplina estuda os ordenamentos jurídicos de diferentes países e suas instituições políticas desde o ponto de vista do Direito constitucional, não simplesmente através de uma mera descrição de ordenamentos legais ou do conteúdo das constituições, mas sim pondo frente a frente os mesmos, segundo regras metodológicas compartilhadas [...]”.

¹⁶⁶ Conforme salienta Giuseppe de Vergottini (2004, p. 27) “[...] A comparação pode se referir a ordenamentos contemplados em seu conjunto, macrocomparação, ou a setores ou institutos concretos, microcomparação. A comparação de dois ordenamentos, por exemplo, o italiano e o francês, é certamente possível, porém, em razão do caráter extremamente amplo de seus termos, a mesma pode ser problemática, concedendo resultados excessivamente genéricos. Mas factível é a comparação de setores dos respectivos ordenamentos, ou melhor, a que considerando os ordenamentos francês e italiano como dois sistemas normativos, se efetua entre dois de seus respectivos subsistemas, por exemplo, o direito parlamentar francês e o italiano [...]”.

¹⁶⁷ Vale destacar que “[...] do ponto de vista metodológico, a diferença entre o simples estudo de um ordenamento estrangeiro e sua consideração de efeitos comparativos consiste que no primeiro há um caráter meramente descritivo, enquanto que no segundo, supõe-se além do conhecimento de mais de um ordenamento, um exame conjunto e uma operação lógica de contraste donde se extraem conclusões [...]” (VERGOTTINI, 2004, p. 26).

¹⁶⁸ Para Luis Sanchez Agesta (1968, p. 04), no mesmo sentido, o Direito constitucional comparado deixou de ser “[...] uma via para construir modelos, analisar perfis essenciais de um regime ou destacar os contrastes e as singularidades de apenas uma organização constitucional, para ter uma nova missão própria. Esta missão reside em informar analogias e variedades da organização política dos diversos povos e o perfil histórico no qual estão compreendidos para ajudar a formar nossa consciência do mundo contemporâneo [...]”.

devem se basear apenas e tão somente no confronto realizado entre preceitos positivos vigentes, isto é, valendo-se do chamado critério espacial. Há, por conseguinte, a possibilidade de que o mesmo se dê igualmente através do critério temporal,¹⁶⁹ quer dizer, de molde a considerar em grau equânime, também os cânones provenientes de épocas distintas, restringido-se, todavia, neste caso, ao estudo único e exclusivo de um mesmo Estado.¹⁷⁰ Isso porque, como questões “[...] idênticas ou similares se põem em múltiplos países ou se puseram no passado no mesmo país, faz-se mister conhecer não unicamente como o Direito posto as considera aqui e agora, mas também como são consideradas noutros sistemas, ou indo mais além, como foram noutras épocas no mesmo país [...]” (MIRANDA, 1990, p. 25).¹⁷¹ Isso posto, percebe-se, portanto, neste breve entrecho, representar bem este cenário, a demarcação proposta por Canotilho (2003, p. 156), de acordo com o qual, “[...] por ciência do Direito constitucional comparado entende-se a ciência que estuda, descreve e explica vários sistemas constitucionais positivos, mas não necessariamente vigentes, tentando captar as suas dimensões fundamentais e os seus traços unificadores e compreensivos [...]”.

Ora, de posse destas informações, abre-se na sequência das mesmas a oportunidade de, enfim, nos imiscuirmos no primeiro dos três problemas à que se chamou à atenção no começo deste ponto, qual seja, o da finalidade. Na esteira do que já larga e amplamente havia sido rematado no corpo das perquirições desempenhadas na esfera privada e mercantil, os estudiosos tradicionais do constitucionalismo comparado, valendo-se em grande medida do esforço daqueles, mas guardadas, entretanto, as devidas proporções, chegaram à conclusão da existência de duas funções para a referida disciplina: uma de gradação primária e outra de escala secundária (VERGOTTINI, 2004, p. 03). No que tange a primeira delas, com a qual

¹⁶⁹ Esta distinção entre critério espacial e temporal pode também ser desenhada através das expressões comparação horizontal para a primeira e comparação vertical para a segunda (DANTAS, 2006, p. 114).

¹⁷⁰ De acordo com Paulo Bonavides (2004, p. 42), o critério temporal consiste em confrontar no tempo as constituições de um mesmo Estado, observando-se em épocas distintas da evolução constitucional as semelhanças e discrepâncias das instituições que o direito positivo haja conhecido. Já o critério da comparação do Direito no espaço, por sua vez, se propõe analisar as constituições de vários Estados, vinculados a estes, de preferência, as áreas geográficas contíguas.

¹⁷¹ Vale, porém, a menção de que embora tal divisão seja majoritária em sede doutrinária, a mesma não é unânime. Isso porque, como aponta Ivo Dantas (2006, p. 115), falar em Direito comparado significa reconhecer a existência de dois ou mais sistemas jurídicos vigentes que serão confrontados, e dos quais, preferencialmente, um deles é o nacional. Neste sentido, só haveria, portanto, espaço para a ocorrência do critério espacial, visto que fazer a evolução de um instituto, por exemplo, do Federalismo, em suas diversas fases dentro do mesmo sistema jurídico, seria, na verdade, fazer História do Direito.

praticamente consentem todos os autores, segundo Giuseppe de Vergottini (2004, p. 04), esta teria como âmago a cognoscibilidade,¹⁷² quer dizer,

“[...] através do estudo comparado de ordenamentos ou de institutos de distintos ordenamentos surgem elementos de conhecimento indispensáveis para a ciência do direito constitucional. Um exemplo clássico se constitui no estudo comparado do qual se extrai aquele conhecimento que nos permite elaborar categorias classificatórias para enquadrar e analisar as diversas experiências constitucionais. Os conceitos de forma de Estado e sistemas de Governo procedem justamente de intentos de clarificação realizados pelos estudiosos dos ordenamentos políticos e jurídicos através de investigações comparadas das experiências institucionais do passado e do presente. Deste modo, a comparação pode, portanto, oferecer uma ajuda válida na construção dos conceitos com que se formam as categorizações, com base nos quais, aliás, se desenvolve tanto o estudo do direito constitucional *lato sensu*, como, em especial, de sua vertente comparada [...]”.

Já por seu turno, no que se refere à finalidade secundária, a mesma poderia ser sintetizada do seguinte modo: os resultados obtidos através da comparação podem ser utilizados também para objetivos outros além do mero conhecimento.¹⁷³ Acontece que neste extrato, pouco ou quase nenhum acordo há sobre quais seriam os demais alvos.¹⁷⁴ Cada autor, no geral, apresenta a sua lista e a ordena de acordo com seus próprios critérios (OBIORA, 1998, p. 921). Assim é que, por exemplo, para Paolo Biscaretti di Ruffia (1974, pp. 05-07), os escopos se reduziriam em três: realizar uma melhor avaliação do ordenamento nacional, figurar como material de consulta a ser utilizado pela política legislativa, e é claro, alcançar a

¹⁷² Na mesma orientação, porém, empregando a expressão “satisfação cultural”, Paolo Biscaretti di Ruffia (1974, p. 05) sustenta que tal fim, como a princípio poderia erroneamente transparecer, não termina no “[...] puro âmbito da investigação científica, na verdade, no mundo contemporâneo, o conhecimento dos dados ofertados pela ciência são essenciais mesmo em um nível prático, afinal, uma numerosa categoria de políticos, administradores e pessoas se interessam por fenômenos sociais, entendidos aqui em sentido amplo, principalmente quando estes são projetados em escala mundial [...]”. Aliás, é o que também reconhece Sanchez Agesta (1968, p. 05), de acordo com o qual “[...] o político, o jurista, o sociólogo e o economista precisam ser situados ante as possibilidades jurídicas da Europa, do Ocidente, e até certo ponto de todo o planeta. Para compreender o mundo que os circunda, não basta apenas conhecer a história das relações internacionais, ou o ordenamento jurídico da comunidade internacional, na verdade, é extremamente necessário uma visão das tendências ideológicas e das estruturas constitucionais com as quais os diversos povos se governam [...]”.

¹⁷³ No mesmo sentido, caminha a orientação de Roberto Scarciglia (2011, p. 70), segundo o qual “[...] se pode afirmar que a função primária da comparação, tanto no Direito privado, como no Direito público, é a do conhecimento dos ordenamentos estrangeiros, todavia, é precisamente mediante a aquisição de novos elementos cognitivos o que permite a perseguição de finalidades ulteriores tanto teóricas quanto práticas. E isto vale tanto para o Direito, e seus ramos específicos, como para outras ciências. Desta forma, a função secundária, é então, a utilização dos resultados obtidos mediante a análise comparada [...]”.

¹⁷⁴ Este motivo, inclusive, fez com que Carlos de Almeida e Jorge Carvalho (2013, pp. 14-16) fizessem uma lista na qual fosse minimamente possível ter um panorama geral destes variados fins. Nela, em razão do excesso quantitativo, achou-se por bem ordenar as finalidades da seguinte forma: utópicas; realistas; relativas ao Direito nacional; relativas à uniformização e harmonização de direitos; relativas à construção de regras de aplicação subsidiária; e por último, de cultura jurídica.

perenal unificação jurídica. Em outra borda, para Giuseppe de Vergottini (2004, pp. 07-23), os fins, na verdade, se agrupariam em torno de cinco proposições, três semelhantes às elencadas por di Ruffia, e duas distintas. No que toca as congêneres, estas seriam, primeiro, auxiliar na preparação de textos normativos, segundo, compreender com mais acerto os institutos internos, e por último, eliminar as barreiras que impedem a unificação legal dos Estados. Já as díspares, de outra monta, seriam tanto comprovar ou refutar as investigações realizadas por métodos diversos, quanto auxiliar na tarefa jurisdicional da interpretação.

Sucedem que, apesar desta inconveniente divergência, a mesma, no entanto, não nos impede de perceber, como para os teóricos da vertente clássica do Direito constitucional comparado, os fins deste praticamente não guardavam qualquer referência com sua possível aplicação pelos tribunais constitucionais.¹⁷⁵ A única exceção, talvez, de que se tenha conhecimento, e até por que a obra da qual ela advém se situa em um período de transição,¹⁷⁶ fica por conta da ressalva veiculada por Giuseppe de Vergottini, inclusive já mencionada acima.¹⁷⁷ Desconsiderando-se, porém, o manifesto, mas sutil reconhecimento do hoje professor emérito da Universidade de Bologna, pouquíssima atenção acabou por caminhar nesta direção. Afinal, como anteriormente visto, diante de uma conjuntura onde o judiciário carecia de importância frente ao legislativo, às possibilidades, como consequência retilínea, revelavam-se extremamente limitadas aos juízes.¹⁷⁸

Dando sequência, considerando-se agora a questão a respeito do objeto¹⁷⁹ da comparação, aqui, segundo opinião generalizada dos doutrinadores clássicos, podem ser

¹⁷⁵ Como identificam Carlos de Almeida e Jorge Carvalho (2013, p. 21), com diferentes amplitudes, quase todos os comparatistas consideravam também a organização judiciária como usuária do material contrastado, porém, muito poucos, talvez até mesmo porque o constitucionalismo comparado ainda era muito incipiente, aditavam neste âmbito as jurisdições constitucionais.

¹⁷⁶ Diz-se período de transição, uma vez que a mesma fora publicada já na década de 80, quando alterações políticas que iriam influenciar o desenrolar do Direito comparado já começavam a serem sentidas.

¹⁷⁷ A referência aqui é ao trabalho já citado em outra oportunidade e intitulado “*Diritto costituzionale comparato*”, de acordo com o autor (VERGOTTINI, 2004, p. 12) “[...] se percebe, portanto, como a integração entre ordenamentos conduz inevitavelmente ao recurso da comparação na interpretação das normas sobre os direitos, realizada pelos tribunais constitucionais [...]”.

¹⁷⁸ Roberto Scarciglia (2011, p. 79), aliás, reconhece que no caso de ordenamentos mais fechados axiomáticamente, e, portanto, mais resistentes à comparação, como os de *Civil Law*, há o uso do cotejamento na tarefa interpretativa, contudo, de forma limitada, já que há o desenvolvimento deste emprego, sobretudo em um primeiro momento, apenas e tão somente no campo do direito internacional privado, historicamente mais desenvolvido em atividades como esta.

¹⁷⁹ Interessante notar que de acordo com uma parte da Doutrina, o objeto da comparação pode também ser nomeado de “formante”, é o que assume, por exemplo, em um aspecto mais geral, Rodolfo Sacco (1991, p. 343), e no plano específico do Direito constitucional, local onde, aliás, isso pouco se vê, Roberto Scarciglia (2011, p. 116). Nesta esfera, formariam o grupo dos chamados “formantes principais”, tanto a Lei, como também a Doutrina e a Jurisprudência de um país, sendo esta última no caso, visualizada com muito mais frequência e

incluídos tanto o Direito positivo, quanto por via reflexa, as instituições que dele provêm (VERGOTTINI, 2004, p. 24).¹⁸⁰ Todavia, em termos práticos, é possível afirmar aqui, que os textos das inúmeras cartas magnas encontráveis ao redor do globo, tratam-se, na verdade, do material ordinário para a análise comparativista.¹⁸¹ Isso por que, nesta alçada, um primeiro adendo já deve ser feito, afinal, como muito bem aponta Paolo Biscaretti di Ruffia (1974, p. 09), os que neste bojo pretendem se aventurar, devem estar sempre atentos também ao fato de que dependendo do caso, poderão ocasionalmente se enveredar por destinos outros, nos quais o que prevalece são as regras consuetudinárias. Tais exceções, como no caso, por exemplo, do sistema jurídico britânico, regulado por um Direito comum, em geral não escrito, ao contrário do que à primeira vista poderia se pensar, de maneira nenhuma teriam o condão de desnaturalizar o cotejamento em âmbito constitucional, isso porque, nestes casos, de modo a suprir à regra geral, a pesquisa seria plenamente possível de ser realizada, desde que, para tanto, se levassem em conta às chamadas convenções constitucionais.¹⁸²

Ocorre que para além desta excepcionalidade, uma outra ressalva precisa igualmente ser feita. Afinal, embora a abordagem positivista pura e simples tenha, por alguns anos, prevalecido entre os trabalhos realizados na esfera do constitucionalismo comparado,¹⁸³ com

abertura tanto na seara privatista, quanto no contexto do *Common Law*. Já quanto ao demais, isto é, no que tange aos outros objetos que não se encaixam em nenhum dos “formantes” tidos como principais, estes receberiam o nome de “criptotipos”.

¹⁸⁰ Como alude Sanchez Agesta (1968, p. 14), não se tratam de dois objetivos distintos, mas sim uma mesma matéria em duas posições, “[...] no primeiro caso se estuda o ordenamento constitucional desde as instituições que nele se ordenam, já no segundo, as instituições aparecem como parte do ordenamento constitucional [...]”.

¹⁸¹ Aqui vale fazer um destaque, pois há uma opinião muito difundida entre os estudiosos, segundo a qual entre os objetos a comparar, chamados de *comparatum* e *comparandum* haveria de existir sempre um *tertium comparationis*, isto é, um denominador minimamente comum, e que serviria como referência (VERGOTTINI, 2004, p. 38). Porém, como apontam Carlos de Almeida e Jorge Carvalho (2013, pp. 17-18) esta formulação é equívoca, pelo que parece aconselhável evitá-la, isso porque “[...] em primeiro lugar, a designação *comparatum* e *comparandum* dos termos em comparação sugere não só uma dualidade limitativa ou artificial, mas também uma inconveniente ordem lógica entre eles, que pode fazer supor que o primeiro é sempre o direito nacional e o segundo um direito estrangeiro. Em segundo lugar, a expressão *tertium comparationis* sugere ainda que este termo é da mesma natureza dos termos em comparação, isto é, um terceiro sistema ou um terceiro instituto jurídico, quando na verdade, nas diferentes soluções propostas, trata-se geralmente de noções e categorias gerais para o efeito aproveitadas ou construídas, de funções ou finalidades ou mesmo de categorias sociológicas. Por último, não é também clara a aplicação do conceito, uma vez que, começando por ser invocada para resolver a questão preliminar da comparabilidade, surge depois transfigurado em novos *tertium comparationis* criados a partir da decomposição em elementos de todos os termos intervenientes na comparação. Ora, esta pluralidade, para além de redundar em perturbadora evolução conceitual, só é compreensível enquanto integrante do próprio processo comparativo [...]”.

¹⁸² As convenções constitucionais são acordos de procedimentos informais, não codificados, e seguidos pelas instituições de um determinado Estado. São encontráveis, sobretudo, nos países onde se dá o chamado sistema de *Westminster*, leia-se, Reino Unido e algumas de suas antigas colônias.

¹⁸³ Apesar de trabalhos deste tipo, como os produzidos, sobretudo, no período entre guerras, sendo alguns deles até mesmo citados no capítulo anterior, não estarem inseridos no contexto do que aqui chamamos de constitucionalismo comparado clássico, não se pode deixar de reconhecer a importância destes para o

o desenrolar do tempo, a mesma acabou se mostrando insuficiente para atingir robusta e confiavelmente os infindáveis propósitos à que, como visto, se pretendia alcançar com o cotejamento (MIRANDA, 1970, p. 41). Diante de tal contexto, não demorou muito até que os que se preocupavam com a construção e o desenvolvimento do campo em tela chegassem à conclusão da importância de se examinar o Direito posto, sem, porém, dissociá-lo da realidade social.¹⁸⁴ Isso por que, “[...] a divergência, potencial ou efetivamente produzida, entre os textos normativos e o Direito que se aplica na prática, reveste-se de particular importância, sobretudo no campo constitucional, já que nele a influência da política condiciona evidentemente a aplicação da norma positivada [...]” (VERGOTTINI, 2004, p. 28).¹⁸⁵

Neste âmbito, levando-se em conta então que os textos normativos somente criam algumas condições de desenvolvimento, de transformação e de realização política, e mais do que isso, não são os fatores determinantes de um dado regime constitucional (MIRKINE-GUETZEVICH, 1951, p. 195), para que fosse impressa confiabilidade às pesquisas comparatistas, não houve outra alternativa senão a defesa de que as mesmas migrassem para além da simples análise formal. Consequentemente, em associação a esta,¹⁸⁶ e de modo a

desenvolvimento das pesquisas nestas paragens, mesmo que tenham se dado sem maiores preocupações, já que se tratavam, em grande parte, de meras descrições legais.

¹⁸⁴ Tal pressuposto, Jorge Miranda (1970, p. 42) dará o nome de “necessidade de localização”, isto é, “[...] a necessidade de raciocinar dentro dos quadros conceituais e técnicos do direito constitucional donde se isolam os institutos objeto da comparação, e a necessidade de contemplar as condições de aplicação das normas no ambiente e no estágio social em causa [...]”.

¹⁸⁵ Neste diapasão, Giuseppe de Vergottini (2004, p. 29), inclusive, vai além, chegando até mesmo a afirmar que seria “[...] absolutamente impensável limitar a comparação exclusivamente ao direito formalizado, isto é, escrito e codificado. Ao assim se proceder, a comparação resultaria parcial, distante da realidade social e jurídica e, portanto, sem valor. Afinal, o direito constitucional, para além de ser o direito da organização social e da liberdade, e em quanto tal, em princípio codificado, normalmente é também o direito do fato político, na medida em que consiste em um conjunto de normas que tende a regular o desenvolvimento da ação política. Por isso, sua formalização é, em princípio, impossível ou inoportuna. Basta perceber que muitas das normas de comportamento dos atores políticos, são frequentemente plasmadas e modificadas por eles mesmos, em lugar de serem consignadas em normas constitucionais. Além do mais, muitas das condutas que são consideradas obrigatórias e por isso mesmo observadas pelas forças políticas e pelos órgãos constitucionais, assim o são, independentemente de serem formalizadas pela constituição, da mesma forma, em alguns ordenamentos o próprio direito constitucional não codificado assume uma posição concorrente ou preferente frente ao direito escrito, como é o caso dos países da *Common Law*, Estados islâmicos, asiáticos, africanos e recém-independentes. Ao fim e ao cabo, o direito constitucional formal, quando existe, é frequentemente modificado em sua aplicação prática e tais modificações de fato desnaturalizam as previsões formais. Todas estas precisões indicam que o comparatista não pode ignorar o ser real e o funcionamento das constituições, limitando-se, onde existe, ao exame do texto formal. A comparação, deve, pois, ter em conta ambos [...]”.

¹⁸⁶ Diz-se em conjunto, pois não se quer com isso deixar transparecer, aqui erroneamente, que para os autores clássicos a análise do texto fundamental tinha pouca importância para o cotejamento, pelo contrário, como dito anteriormente, este permanece como o seu objeto regular. Contudo, como sublinha Jorge Miranda (1970, p. 46), há que se buscar no contexto, os elementos que completem e esclareçam o sentido de cada norma.

complementá-la¹⁸⁷ passou a gozar do mesmo grau de importância entre os autores clássicos, a obtenção tanto de um conhecimento geral da história política de um Estado qualquer, quanto também de seu sistema de fontes e a aplicação da normativa constitucional no plano fático (VERGOTTINI, 2004, pp. 25). Tal mudança de paradigma, aliás, acabará inclusive por influenciar o próprio procedimento comparativo, vez que, apreender o cenário no qual se encontra o Direito será alçado ao patamar de estágio deste.

Ora, nesta senda, questão interessante e que, inclusive, atravessou todo o desenvolvimento do clássico Direito constitucional comparado, diz respeito a saber se existem vários ou apenas um método neste meio. Discussão complexa, aplicada mais às investigações acadêmicas, e que igualmente excede o propósito destas linhas, vale apenas destacar que reconhecida à pluralidade dos métodos,¹⁸⁸ a escolha de um, sempre corresponderá à valoração pessoal do estudioso frente aos objetivos que o mesmo pretende alcançar (SCARCIGLIA, 2011, p. 87). Feita, porém, esta opção pelo pesquisador, que, aliás, pode ser por ele adaptada,¹⁸⁹ o que no geral se pede do mesmo, é que o estudo comparativo percorra três fases procedimentais, ou momentos lógicos, expressos em regra na seguinte ordem: conhecimento, compreensão e comparação *stricto sensu*.¹⁹⁰ Tais etapas, de acordo com José Afonso da Silva (2006, p. 275), por serem complementares, obrigam necessariamente o pesquisador a seguir¹⁹¹

¹⁸⁷ É o que também assume Paolo Biscaretti di Ruffia (1974, p. 14), de acordo com o qual “[...] no direito público, de fato, e no direito constitucional em espécie, o conhecimento dos aspectos políticos, históricos, econômicos e sociológicos é essencial e possui importância decisiva para uma correta interpretação e avaliação das regras e instituições de um país [...]”.

¹⁸⁸ No geral, quer dizer, ainda que escape um ou outro de menor importância entre as obras de Direito comparado, reconhece-se a existência de ao menos três métodos, diferenciados quanto ao cerne. No que se refere ao primeiro deles, o da aproximação funcional, “[...] diz-se, não é abstrato e jurídico, mas concreto, funcional e social. Através dele, comparáveis são os institutos jurídicos que, em diversos sistemas e com soluções eventualmente diversas, dão resposta jurídica a necessidades semelhantes, e resolvem o mesmo problema da vida, isto é, o mesmo problema social, político, econômico ou criminológico [...]” (ALMEIDA & CARVALHO, 2013, p. 23). Já o segundo, que se subdivide em dois, o método problemático, e o método casuístico, a escolha de um não necessariamente exclui o uso do outro, podendo ambos serem resumidos da seguinte forma, enquanto o *Problem Method* centra seu interesse no estudo comparado de um problema concreto, o *Case Method* se caracteriza pelo estudo e exame de casos judiciais (SCARCIGLIA, 2011, p. 88). Quanto ao terceiro, também conhecido como método factual, a ideia fundamental consiste em “[...] apurar a existência de funções ou subfunções sociais comuns em diferentes sistemas jurídicos, a partir de segmentos da vida ou pequenas unidades de discussão, tal como resultam de questionários elaborados com base em situações de fato. A comparação far-se-á com base nas respostas obtidas, que indicam o modo como cada sistema jurídico reage às várias situações de fato constantes do questionário [...]” (ALMEIDA & CARVALHO, 2013, p. 23).

¹⁸⁹ Isso porque como há distinção de foco entre os métodos, ao se aplicar um deles, pode ser que eventualmente não seja necessário passar por todas as fases indicadas.

¹⁹⁰ Exatamente por isso, este *iter* é também muito conhecido como a regra dos três “C”.

¹⁹¹ É o que também sustenta Roberto Scarciglia (2011, p. 91), de acordo com o qual “[...] o procedimento comparado se compõe de uma série de fases, concatenadas e propedêuticas entre elas, com a finalidade de comprar modelos, soluções ou instituições jurídicas que normalmente pertencem a ordenamentos distintos, com o propósito de obter resultados mais ou menos aplicáveis ao serem concluídas as fases e as operações de comparação [...]”.

de forma rigorosa a disposição que se encontra indicada.¹⁹² Isso por que, conforme alude o professor da Universidade de São Paulo,

“[...] o conhecimento das partículas jurídicas elementares que formam o termo a comparar não é senão a preparação obrigatória pela qual o comparatista consegue, na fase posterior, a compreensão dos termos a comparar no quadro de seus ordenamentos constitucionais, e essa compreensão, por seu lado, é condição indispensável à comparação propriamente dita. Quer dizer, deve-se conhecer para compreender e deve-se compreender para poder comparar [...]”.

No que toca ao primeiro dos três estágios, qual seja, o do conhecimento, este tem por finalidade ser um momento no qual o estudioso buscará compilar informações à respeito do objeto em apreciação (SCARCIGLIA, 2011, p. 93). Para tanto, exige-se do mesmo a observância de dois princípios, um segundo o qual o direito constitucional estrangeiro deve ser examinado, dentro do seu quadro, e operando-se com seus conceitos, sua lógica e seus métodos de interpretação, e outro, de acordo com o qual, do investigador se espera que este aja como jurista do ordenamento em análise, recorrendo-se, portanto, das mesmas fontes, as atribuindo o mesmo valor, e interpretando-as da mesma maneira (SILVA, 2006, p. 276). Quer dizer, em outros termos, tais princípios podem ser sumarizados em cinco passos dispostos da seguinte forma: 1) o objeto deve ser estudado tal e como aparece na realidade;¹⁹³ 2) o exame deve ser feito considerando suas fontes originais e autênticas;¹⁹⁴ 3) há de se estudá-lo a partir da complexidade e totalidade das fontes de Direito; 4) não se pode permitir que se desrespeite a hierarquia que há entre estas;¹⁹⁵ e por último, 5) o termo deve ser interpretado de acordo

¹⁹² Uma observação, porém, deve ser feita, afinal, como sublinham Carlos de Almeida e Jorge Carvalho, (2013, p. 27) “[...] cada uma das fases se relaciona com as outras em termos dialéticos, sendo por vezes útil ou necessário retornar a uma fase anterior para rever, reformular e alterar resultados provisórios, em consequência da investigação nas fases seguintes [...]”.

¹⁹³ “[...] Este cânone dirige-se não só à descoberta da regra jurídica efetivamente vigente como também à busca do modo como é compreendida e aplicada no seu contexto social [...]” (ALMEIDA & CARVALHO, 2013, p. 28).

¹⁹⁴ “[...] Esta exigência prejudica a utilização exclusiva de obras de direito comparado ou escritas por autores estrangeiros em relação ao sistema jurídico em estudo. As fontes secundárias da ordem jurídica em análise não devem geralmente ultrapassar a sua função própria de meios auxiliares de pesquisa [...]” (ALMEIDA & CARVALHO, 2013, p. 27).

¹⁹⁵ “[...] Raramente será admissível extrair a caracterização de uma instituição jurídica a partir de uma só fonte. Para os direitos romano-germânicos, além da relação entre disposições legais aplicáveis, ter-se-á geralmente de atender também à jurisprudência e à doutrina. Para as ordens jurídicas de *common law*, o regime jurídico revela-se em regra através de uma teia de casos, envolvendo ou não enunciados legais, que o jurista formado como *civil lawyer* só compreenderá com a ajuda de fontes secundárias [...]” (ALMEIDA & CARVALHO, 2013, p. 27).

com o método hermêutico empregado no ordenamento constitucional em foco (SCARCIGLIA, 2011, p. 94).¹⁹⁶

Após transcorridos estes estágios, na sequência, alcança-se a etapa da compreensão. Nela, parte-se do pressuposto de que a visão global da ordem jurídica e a integração de suas instituições não se compadece com uma atitude exclusivamente sincrônica e limitada aos dados do sistema jurídico. Nesta direção, a consideração, portanto, de elementos histórico-jurídicos, além de elementos meta-jurídicos (de outros sistemas sociais), mostra-se indispensável para o sucesso desta fase (ALMEIDA & CARVALHO, 2013, p. 29). Quer dizer, enquanto na primeira parte do percurso, o objeto da comparação é apreciado de forma isolada, isto é, observado apenas e tão somente nos seus pormenores técnicos, na segunda, o estudioso precisa relacioná-lo ao meio político, social e econômico (SILVA, 2006, pp. 276-277). Assim, o que se propõe aqui, é apreender o papel que um determinado termo desempenha na ordem jurídica a que pertence, porém, para que isso seja feito, é necessário ir adiante, quer dizer, há de se compreendê-lo também dentro da atmosfera imaterial na qual este se encontra imerso.

Dando prosseguimento, após vencer as duas primeiras etapas, o material a comparar finalmente encontra-se apto a converter-se em um instrumental para a terceira e última fase do processo metodológico. Neste plano, o investigador necessariamente deverá assumir três posturas, sendo a primeira, identificar e destacar as relações de semelhança e de discrepância que existem entre os ordenamentos acareados; a segunda, englobar, na síntese comparativa, as ligações que eventualmente surgem nos mais diversos planos durante o desenvolvimento do estudo; e, por fim, evitar qualquer conclusão, antes de se ter esmiuçado toda a realidade jurídica das ordens a que o termo pertence (SILVA, 2006, p. 277).¹⁹⁷ Observados e cumpridos tais trâmites, a partir daí, os resultados obtidos estarão, agora sim, livres para serem utilizados

¹⁹⁶ “[...] O comparatista tem de prescindir dos métodos da sua própria ordem jurídica quando trabalha sobre dados relativos a outra ordem jurídica. Seria erro crasso, por exemplo, que o comparatista formado num direito de *civil law* se arriscasse a interpretar por si textos legais produzidos num sistema de *common law*. Mas semelhante humildade o deve acompanhar também no estudo de qualquer direito que não seja o seu, por melhor que julgue conhecê-lo. Salvo raras exceções, não há plurilinguismo jurídico. A descoberta do direito em dada ordem jurídica pertence aos juristas que nela se formaram e que a aplicam. Pela sua palavra se deve guiar o comparatista [...]” (ALMEIDA & CARVALHO, 2013, p. 27).

¹⁹⁷ Em síntese, conforme Carlos de Almeida e Jorge Carvalho (2013, p. 30) “[...] o comparatista procura primeiro a diversidade sob uma mesma aparência, a dessemelhança na semelhança superficial. Mas, uma vez analisadas as dessemelhanças, estabelece as probabilidades de convergência. O comparatista deve evitar a atração ingênua para a identidade e a assimilação precipitada. Mas, ao mesmo tempo, não deve exagerar as diferenças inicialmente verificadas [...]”.

cada qual de forma distinta, dependendo dos intentos, que como se sabe, inspiram e movem o pesquisador.

Ora, visto isso, e uma vez concluída a ilustração dos temas principais que nortearam as discussões em torno do constitucionalismo comparado durante o seu ciclo clássico, abre-se enfim a oportunidade de, como destacado previamente, nos imiscuirmos nos assuntos nevrálgicos pelos quais tem avançado sua tendência contemporânea. Neste contorno, a proposta do ponto seguinte, portanto, na esteira do que também já se falou, nada mais é do que promover uma reflexão à respeito de temas que dialogam diretamente com o renovado ímpeto que tem caracterizado boa parte dos trabalhos atuais, qual seja, a utilização do referencial estrangeiro pelas supremas cortes. Assim, por óbvio, novas indagações como, em qual ocasião, por qual motivo, e de que forma, juízes ou tribunais, no plano constitucional, se socorrem ou deveriam se socorrer do material alienígena, são impasses que não poderão ser negligenciados.

2.4 O constitucionalismo comparado hodierno: inquietações de um novo rumo

Diferentemente dos autores clássicos, que na sua grande maioria dedicavam-se em ao menos uma das seções de seus trabalhos, a expor de forma direta o conceito que tinham sobre o constitucionalismo comparado, entre os estudiosos de hoje não se percebe a mesma preocupação. No entanto, à luz deste cenário, embora em um primeiro momento possa se concluir equivocadamente ser inviável demonstrar o contraste que existe entre uma concepção e outra, o que se busca evidenciar aqui é justamente o contrário. Afinal, basta uma leitura um pouco mais atenta, para perceber que mesmo de forma despretensiosa, há também nos dias atuais um cuidado por parte dos comparatistas no sentido de frisar o que os particulariza. É o que, inclusive, se mostra cristalino, no que muito precisamente pontua Lorraine Weinrib. Segundo a professora da Universidade de Toronto (WEINRIB, 2002, p. 03-04), levando-se em conta os empreendimentos realizados no passado, a confrontação em âmbito constitucional na atualidade, tem se enveredado por um universo bem mais amplo. Isso porque, se antes o uso do referencial alienígena ficava restrito praticamente a pesquisa

acadêmica e aos processos de edição de novas cartas políticas,¹⁹⁸ nos dias correntes, a prática de se referir a experiências estrangeiras¹⁹⁹ passou a também ser encontrada de modo regular nos domínios da jurisdição constitucional, seja ela vinculada a tradição jurídica do *common law*,²⁰⁰ seja, como reconhece Lucio Pegoraro (2008, pp. 406-407), pertencente à família romano-germânica.²⁰¹

Tais tribunais, através de um processo de justificação discursiva (CHOUDHRY, 2006, p. 22),²⁰² vêm se apropriando do material comparado assim como se faz com os conselhos de alguém mais experiente, para tomar decisões,²⁰³ sobretudo em casos que envolvam questões de natureza complexa²⁰⁴ (BARAK, 2005, p. 196).²⁰⁵ Quer dizer, quando uma corte se encontra diante de dissensos nos quais os materiais jurídico-positivos não conseguem dar conta (CHOUDHRY, 2006, p. 04),²⁰⁶ o elemento forasteiro, durante o

¹⁹⁸ Isso, porém, não quer dizer que tal prática tenha encontrado seu fim, em verdade, ela continua ainda hoje sendo muito importante, bem como extremamente corriqueira. Só que somada a esta agora, chama a atenção também a rica atividade do uso do constitucionalismo comparado pelas supremas cortes (CHOUDHRY, 2006, p. 13).

¹⁹⁹ E aqui uma observação deve ser feita, afinal, diferentemente do comparativismo clássico, o material estrangeiro de consulta hoje vai além do simples texto constitucional e da Doutrina, sendo encontráveis também, muito frequentemente, tanto a jurisprudência de um outro tribunal, quanto elementos de cunho empírico, dentre outros (CHOUDHRY, 2006, p. 23).

²⁰⁰ Este grupo, aliás, como salienta Andrea Lollini (2012, p. 56), está até mesmo mais habituado com este tipo de atividade, já que desde o século XIX, até boa parte ainda do século XX, países hoje como Nova Zelândia, Austrália, África do Sul, Índia, Hong Kong, Canadá, e outros da região do Caribe, antigas colônias e domínios do então Império Britânico, estiveram submetidos à jurisdição do *Judicial Committee of the Privy Council of the United Kingdom*, corte final de apelação para casos da órbita do Direito privado, e que tinha como prática o uso do referencial comparado.

²⁰¹ Como salienta Jolyon Ford (2004, p. 06), foi justamente o fato de se ver o judiciário na vanguarda da utilização do Direito constitucional comparado em várias partes do mundo, que permitiu a enorme quantidade de atenção e de comentários voltados a esta prática, algo que, por consequência, acabou contribuindo para o resgate de interesse pela disciplina.

²⁰² Por este tipo de processo, leia-se, o ato de juízes se utilizarem argumentativamente das experiências estrangeiras, discutindo-as, analisando-as, distinguindo-as, ou ainda as tomando emprestado, de modo a justificarem uma posição por eles adotada (HARDING, 2003, p. 425).

²⁰³ No mesmo sentido pode se citar, por exemplo, Alan Brudner. Segundo o professor da Universidade de Toronto (BRUDNER, 2004, p. VIII), “[...] hodiernamente aqueles que interpretam suas constituições locais tem tido um vívido interesse na forma como seus correspondentes de outras jurisdições interpretam as leis fundamentais. Tal interesse, aliás, é extremamente profissional. Quer dizer, os estudos constitucionais comparativos são tomados por aqueles que deles se socorrem, não como um lazer, ou um passatempo, mas sim como um relevante auxílio na tarefa interpretativa [...]”.

²⁰⁴ Também conhecidos como *hard cases*, o que segundo David Fontana (2001, p. 558) significa “[...] os casos nos quais um novo problema é apresentado a corte, e onde ainda que as fontes apontem em uma determinada direção, não houve ainda nenhuma experiência prática de como uma decisão em uma direção ou em outra vai funcionar [...]”.

²⁰⁵ Taavi Annus (2004, p. 318), aliás, deixa isso mais claro ainda ao afirmar que “[...] mesmo quando a análise das referências estrangeiras possa dar suporte ao seu uso direto, as cortes tendem a se sentirem constrangidas de aplicá-las. Por isso, estes mesmos tribunais não citam experiências estrangeiras estritamente como parte de sua exploração, mas sim como uma iluminação às questões que envolvem o caso em tela [...]”.

²⁰⁶ Esta é também a visão de Mark Tushnet (1999, pp. 1230-1231), segundo o qual, a demarcação de uma licença para o uso do direito constitucional comparado pelos tribunais deve ser clara, e isso significa que tal atividade é

progresso da tarefa interpretativa, acaba funcionando, por consequência, como um importante argumento de persuasão (SMITS, 2006, p. 483).²⁰⁷ Ocorre que, como salienta Taavi Annus (2004, p. 319), em razão do uso ou não da experiência estrangeira ser sempre uma opção estratégica,²⁰⁸ o que, como resultado, permite aos juízes, por exemplo, omitirem aquelas referências que não suportam suas opiniões, o peso, a ser dado a cada uma delas, pode não necessariamente ser o mesmo. Neste sentido, para o autor, é possível que haja uma gradação quanto ao emprego do aparato externo, que no caso, poderá ser sempre *soft* ou *hard*.²⁰⁹

O modo *soft* é o que simplesmente discute as práticas alienígenas sem, porém, conferir uma importância considerável as mesmas para a decisão final,²¹⁰ isto é, trata-se apenas de uma fonte de inspiração (ANNUS, 2004, p. 314),²¹¹ que segundo David Fontana (2001, p. 552), será sempre estabelecida *obiter dicta*. Em tais termos, uma corte pode então utilizar a referência estrangeira simplesmente como uma forma de fornecer o contexto no qual

possível quando as fontes de interpretação da constituição se esgotam, quer dizer, quando considerações do texto, estrutura e teorias existentes não conseguem dar conta da questão constitucional que se coloca.

²⁰⁷ Aqui é importante destacar, à luz do que pontua Christopher McCrudden (2000, p. 502), a diferença que existe entre argumento de autoridade e argumento persuasivo. Enquanto em relação ao primeiro, o juiz deve aplicar e seguir, sendo por ele, até mesmo, limitado, o argumento persuasivo por outro lado, não o vincula. É o que, aliás, também aponta Frederick Schauer (2008, pp. 1931-1936), com a diferença, porém, de que o argumento persuasivo para o autor seria chamado de “razão substantiva”, enquanto que o argumento de autoridade, nomeado de “razão independente de conteúdo”. No que toca a “razão substantiva”, esta seria como o fato das pessoas olharem para os dois lados, antes de atravessarem as ruas, em razão de não quererem ser atropeladas. A segurança é uma razão substantiva. Já, quanto a “razão independente de conteúdo”, esta em contraste, seria semelhante a uma criança que obedece seu pai ou sua mãe que lhe diz, “por que eu disse” não por que compreende as razões substantivas de tal determinação, mas sim por que seus pais assim lhe ordenaram.

²⁰⁸ E por assim ser, não obriga a corte, ainda que se utilize de uma experiência estrangeira, a adotar os mesmos argumentos daquela (ANNUS, 2004, p. 318).

²⁰⁹ Cabe aqui salientar, que como registra Cheryl Saunders (2006, pp. 49-50), esta é uma das muitas tentativas de categorizar o peso do direito estrangeiro no plano da jurisdição constitucional. Porém, como nenhuma delas atende plenamente a diversidade das formas em que os tribunais se referem às outras experiências, optou-se por trazer a baila a de Taavi Annus, por se tratar da de mais fácil compreensão.

²¹⁰ Segundo Taavi Annus (2004, p. 316), nos casos onde os tribunais usam a forma *soft*, é comum visualizar os mesmos “[...] usando termos como útil ou instrutivo. Da mesma forma, um tribunal pode declarar que concorda com a fundamentação da decisão estrangeira. Pode também mencionar os casos estrangeiros de passagem e afirmar que tribunais estrangeiros alcançaram resultados semelhantes, sem dar razões explícitas do porque a referência foi inserida no parecer. Podem ainda declarar que um precedente estrangeiro apoia a própria conclusão por ele alcançada ou de outra forma que ofereceu a orientação para tanto. Além disso, em muitas vezes se vê a referência sendo feita apenas em nota de rodapé. E em outras tantas, a linha entre a referência que reconhece o peso persuasivo de uma decisão estrangeira acaba sendo especialmente difícil de se desenhar já que logo em seguida o tribunal pode adotar explicitamente a fundamentação da decisão [...]”.

²¹¹ Na mesma linha pode se citar Jan Smits (2006, p. 488), que diferentemente de Taavi Annus, não se utiliza da nomenclatura *soft*, porém, assim como o professor da Universidade de Tartu, reconhece que o uso do direito comparado por uma corte constitucional pode sim figurar como um mecanismo de renovação de ideias, não sendo, inclusive, necessário, que a corte emita qualquer justificativa para tanto, já que de acordo com o autor, este material na maioria das vezes é utilizado *en passant*.

a discussão se encontra.²¹² Já em outras ocasiões, um tribunal pode achar por bem se valer do constitucionalismo comparado, apontando para a adoção de uma regra particular ou de um princípio, ou ainda reconhecendo algum fato relevante, sem com isso, porém, fazer com que tal registro conste como parte da decisão final tomada.

De outra forma, no que se refere ao uso *hard*,²¹³ neste, as cortes conferem as referências um grau um pouco mais acentuado de relevância, podendo as mesmas, ademais, serem uteis para dois propósitos: ajudar na ponderação de diferentes valores constitucionais,²¹⁴ ou ainda, funcionar como instrumento de previsão das possíveis consequências provenientes de uma decisão específica (ANNUS, 2004, p. 314).²¹⁵ No primeiro caso, o tribunal busca se beneficiar da sabedoria adquirida por outro país, razão pela qual este tipo de abordagem é mais apropriado tanto para situações onde é a primeira vez que se trata de um dado problema,²¹⁶ quanto para momentos onde falta clareza às fontes.²¹⁷ Por sua vez, no segundo caso, a ideia é fazer uma projeção de aceitabilidade ou avaliar a racionalidade de uma eventual decisão, para ver se um dos possíveis fins é ou não atraente (FONTANA, 2001, pp. 552-556).²¹⁸

²¹² Um exemplo aqui é o caso *Washington v. Glucksberg* (521 U.S. 702 1997) onde o Chief Justice Rehnquist se utilizou do direito constitucional comparado simplesmente para demonstrar que a matéria que a corte estava julgando, estava também sendo discutida em muitos lugares do mundo.

²¹³ Também chamado de uso normativo, isto é, o fato de uma referência estrangeira ser utilizada ao menos como um dos importantes fatores que favorecem o alcance de um determinado resultado (SMITS, 2006, p. 488).

²¹⁴ De acordo com Jan Smits (2006, p. 489) o melhor exemplo neste âmbito são os casos onde há um certo consenso internacional ou uma solução estrangeira muito boa sobre determinada matéria. Neles, a referência é tida como um argumento que em conjunto com outros será ponderado pelo tribunal, tornando-se, por consequência, codecisivo para o desfecho interpretativo.

²¹⁵ Quer dizer, para Annus (2004, p. 337), as experiências estrangeiras seriam como laboratórios, que permitem tanto evitar erros cometidos em outros lugares, quanto prever os eventuais acertos.

²¹⁶ Um exemplo dado por Fontana (2001, p. 574) aqui é o do caso *Shaughnessy v. United States* (345 U.S. 206 1953), nele o tribunal se pronunciou a respeito da constitucionalidade da exclusão continuada de um estrangeiro sem uma audiência, embora o estrangeiro não tivesse nenhum país para retornar. A dissidência notou a dificuldade de encontrar um sistema de valores nacionais que se relacionassem a situação, de modo que como não foi possível usou o uso paradigmático do raciocínio comparatista negativo, olhando para exemplos que não eram próximos do sistema norte-americano. O Justice Robert Jackson afirmou que tal prática tinha nuances inconfundíveis com a custódia protetora dos nazistas [...].

²¹⁷ Aqui a opinião do Juiz Calabresi no caso *United States v. Then* (56 F.3d 464, 468–69, 2d Cir. 1995), e trazida à colação por David Fontana (2001, p. 554) pode elucidar bem estes tipo de situação. O magistrado na ocasião argumentou essencialmente que “[...] a tradição constitucional norte americana pôde nos ajudar a encontrar um conceito relevante, mas o direito constitucional comparado pode nos auxiliar a achar uma regra ou um princípio viável, a concepção, neste caso, a noção de veto suspensivo utilizado na Itália e na Alemanha [...]”.

²¹⁸ Em *Washington v. Glucksberg* (521 U.S. 702 1997) “[...] a opinião do Justice Souter se vale do constitucionalismo comparado, mais precisamente da prática constitucional holandesa em torno da eutanásia, para argumentar que certos meios não produziram um determinado fim que se dizia, em razão da experiência holandesa [...]” (FONTANA, 2001, p. 555).

Acontece, porém, que como intimamente relacionados a essa atribuição diferente de grau, encontram-se tanto um sem número de motivos (JACKSON, 1999, p. 591), como também estes mesmos se apresentam de forma encoberta. Em atendimento ao que se propôs discutir neste capítulo, listar tais fatores torna-se uma tarefa de dimensões hercúleas, que, inclusive, vale a menção, não conseguirá retratar a realidade na sua completude, já que esta é sempre fugaz e, portanto, não comporta categorizações.²¹⁹ Diante disto, o que se percebe, é sempre uma tentativa por parte dos autores, de oferecer quando se encontram desenvolvendo pesquisas neste âmbito, um panorama o mais fiel possível das inúmeras razões que podem levar um tribunal a se socorrer de referências externas (DAMMANN, 2002, p. 522). Contudo, como na maior parte dos casos não há um diálogo entre os mesmos, no fim, trabalhos que se complementam ou que até mesmo se sobrepõem são encontrados frequentemente. Assim sendo, de modo a não comprometer o desenvolvimento da presente dissertação, mas também sem deixar de oferecer um quadro satisfatório dos prováveis fundamentos que podem influenciar os tribunais neste particular, optou-se aqui, por se apresentar na sequência, um rol ilustrativo mas ao mesmo tempo abrangente de tais razões.

Ora, e neste âmbito, sem dúvidas, uma primeira listagem que não pode deixar de ser citada, é a que é apresentada por Taavi Annus. De acordo com o autor (2004, p. 343), a prática de se valer de experiências estrangeiras é vista por boa parte dos estudiosos, como sendo sempre tributária da motivação que pode orientar ou os juízes ou as cortes em geral. Quer dizer, as abordagens neste âmbito partem da compreensão de que a escolha por usar ou não este aparato pode ser fruto às vezes de uma opção pessoal e outras de uma opção institucional. Quando se trata da perspectiva individual, Taavi Annus (2004, p. 36) identifica dois fundamentos potenciais. O primeiro e mais frequente, seria atitudinal, isto é, em alguns casos, os juízes usariam o direito comparado sempre que este material apoiasse suas teses, não se preocupando, portanto, com qualquer tipo de questão lógica ou mesmo de legitimidade. Já, quanto ao segundo, este levaria em consideração o fato de que os juízes diante do caso concreto optariam por empregar a referência exterior a partir de uma decisão racional, e exatamente por isso, não se socorreriam deste arcabouço com tanta facilidade, uma vez que

²¹⁹ Na mesma linha é o que acentua Vlad Perju (2012, p. 29), segundo o qual “[...] o ato de se valer de experiências constitucionais estrangeiras não possui uma única, uma simples, ou um conjunto de motivações [...]”.

estariam sempre preocupados em saber como um discurso com tal argumento seria percebido pelos colegas de judicatura, bem como pelas demais instituições.²²⁰

No tocante a percepção institucional, entretanto, vale destacar, que se estrutura sobre o pressuposto de que uma corte é, na verdade, um ator unitário, e por assim ser, pode eventualmente se valer do direito contrastado com o objetivo de persuadir os demais poderes instituídos a não modificarem sua posição (ANNUS, 2004, p. 343).²²¹ Quer dizer, percebe-se então que aqui, a preocupação não é tanto pronunciar um argumento melhor, mas sim conferir legitimidade ao tribunal. Exatamente por isso, aponta o professor da Universidade de Tartu (ANNUS, 2004, p. 344), tal prática é muito comum de ser vista principalmente em países que se encontram em períodos de transição democrática,²²² já que há uma necessidade muito forte por parte de jovens cortes constitucionais, em informar que suas decisões estão em consonância com o que vem sendo feito em escala mundial.²²³

Ocorre que de forma complementar, aponta também o jurista estoniano (ANNUS, 2004, pp. 345-346), que para além da questão da legitimidade, três outros motivos, de igual modo, acabam entrando comumente na conta do aspecto institucional. Um deles seria o de que países mais poderosos, econômica, militar e politicamente, como acreditam terem pouco a aprender com outros, acabam se tornando conseqüentemente menos entusiastas com a incorporação de experiências estrangeiras. Isso, aliás, explicaria o porquê de, por exemplo, alguns membros da Suprema Corte norte-americana entenderem a análise comparatista como inapropriada para se interpretar a carta magna.²²⁴ Já uma segunda explicação possível, seria a de que a corte pode ocasionalmente estar preocupada com a responsividade de sua decisão

²²⁰ É o que deixa claro Taavi Annus, segundo o autor “[...] o modelo atitudinal sugere que os juízes votam suas sinceras preferências, enquanto que no modelo racional, os magistrados são constrangidos por fatores internos e externos; internamente eles precisam acomodar e barganhar com o objetivo de ganhar o apoio de outros justices, externamente eles precisam considerar a interação entre diferentes poderes [...]”.

²²¹ Isto por que, como sublinha William Eskridge (1991, p. 644), o tribunal constitucional é um dos atores do jogo “corte/congresso/presidente”. Nele “[...] cada jogador opera com informações completas sobre as preferências dos outros jogadores, e assim, pode antecipar perfeitamente o futuro do curso do jogo. Além disso, cada jogador ao fazer seus movimentos não quer tomar uma decisão que venha a ser modificada por outro jogador com autoridade para fazer isso. Em outras palavras, no momento de decidir se age ou não, cada jogador pode não fazer nada se percebe que sua decisão será anulada pelo próximo jogador [...]”.

²²² Um exemplo que poderia ser apontado seria o da corte constitucional do Zimbábue.

²²³ Todavia, não se pode também deixar de registrar, que em realidades que não essa, quando do uso do elemento estrangeiro, o efeito pode ser justamente o contrário, isto é, pode se operar uma diminuição da legitimidade da decisão. Assim, como em tais casos, o povo ou as outras instituições tendem a enxergar o ato de se inspirar no que é feito externamente, como uma rendição a um tipo de imperialismo legal, os tribunais, por óbvio, neste tipo de contexto, tendem a não se enveredar por tais caminhos (ANNUS, 2004, p. 345).

²²⁴ Uma das mais comuns citações nesse âmbito, aliás, é a de um trecho do voto do justice Antonio Scalia em *Thompson v. Oklahoma* (487 U.S 815 1987), nela, assevera o magistrado que “[...] não se pode esquecer que quando se está diante de um caso de controle de constitucionalidade, está se analisando a constituição dos Estados Unidos e nada mais [...]”.

perante a população, motivo pela qual, em tais situações, tenderia a adotar somente o material comparado oriundo dos países pertencentes a um grupo de democracias liberais. Por último, destaca ainda que em alguns momentos, os tribunais acabam se motivando a utilizar o direito estrangeiro, não por conta de uma das duas causas expostas anteriormente, mas sim por que se enxergam como parte de uma comunidade internacional de tribunais superiores.²²⁵

De outra forma, afinal, como fora salientado anteriormente, Taavi Annus não é voz uníssona na tarefa de explicar o porquê as cortes miram experiências alienígenas, vale aqui, de igual modo, expor também o catálogo elaborado pelo professor Christopher McCrudden, da Universidade de Belfast. Segundo o mesmo (MCCRUDDEN, 2000, pp. 516-527), dez são os fatores, cuja ausência ou presença, podem influir ou não em tal prática. O primeiro seria o regime político no qual a corte está inserida: quanto mais próximo, maior por consequência o grau de relevância das soluções jurídicas externas adotadas.²²⁶ Já o segundo, seria de natureza pedagógica, uma vez que neste particular, o objetivo é se valer do *know-how* adquirido por nações democraticamente mais estáveis.²²⁷ Quanto as terceira e quarta razões, estas seriam respectivamente o público vinculado ao tribunal, isto é, se a audiência que esta atenta para as decisões da corte é simpática ou não ao uso do referencial estrangeiro,²²⁸ bem como a existência de alianças entre Estados, seja esta constituída por meio de laços históricos comuns, seja em virtude de um programa político integrativo.²²⁹ No que se refere à quinta

²²⁵ Aliás, isso pode também explicar o porquê do número de citações por outros tribunais a casos decididos pela suprema corte norte-americana estar em declínio, afinal, como a corte ianque pouco se insere neste engajamento acaba mandando sinais de que não se sente como parte desta comunidade (ANNUS, 2004, p. 345).

²²⁶ O autor (MCCRUDDEN, 2000, p. 517) neste bojo cita o caso, por exemplo, de ser totalmente incomum a citação pela House of Lords de experiências provenientes da China. Para ele, como o regime de Pequim é completamente distinto do inglês, então o que por lá se faz no plano jurídico é praticamente irrelevante para os britânicos.

²²⁷ É o que se pode perceber na leitura de Gary Jacobsohn (1994, p. 225), segundo o qual “[...] o ativismo judicial em Israel envolve um compromisso pedagógico autoconsciente, baseado na premissa de que se faz necessário inculcar hábitos das democracias ocidentais, em um corpo político que não possui experiência nesses caminhos. Assim, o modelo americano é um dos que pode facilitar a realização de tal aspiração [...]”.

²²⁸ Especificando melhor, McCrudden (2000, p. 519-520) vai dizer que “[...] nos casos em que há uma disputa entre o público-alvo a respeito de quais referências estrangeiras são apropriadas para um determinado caso, os juizes tendem a ser extremamente cautelosos em sua escolha. Quer dizer, definir qual é o grupo relevante afeta não somente o fato de o juiz usar ou não o material alienígena, mas também se este pode ser considerado adequado. Se o público principal for à opinião popular nacional, então citar ou não casos externos, pode depender se tal citação será suscetível de reforçar ou enfraquecer, a sua legitimidade com esse público. Onde a opinião é uníssona no sentido de que os direitos humanos, por exemplo, não se sujeitam ao debate internacional, seja por causa do unilateralismo, relativismo, isolacionismo ou particularismo, fazer referência a elementos exteriores pode ser muito pouco provável [...]”.

²²⁹ Um exemplo quanto a laços históricos comuns fica pelos resquícios do *Judicial Committee of the Privy Council of the United Kingdom*. No âmbito do mesmo é comum serem utilizadas referências do Canadá, dos Estados Unidos, da Nova Zelândia e da Austrália, todas antigas colônias britânicas. Já no que se refere a integração política, pode se citar a corte europeia de direitos humanos, que frequentemente cita em seus julgados o que fora decidido pelos tribunais dos países membros da União Europeia (MCCRUDDEN, 2000, pp. 523-521).

causa, esta, por seu turno, estaria intimamente ligada à necessidade de se ocupar de forma temporária o vácuo oriundo do fato de uma matéria ainda não se encontrar madura o suficiente no contexto nacional.²³⁰ O sexto motivo, de outra banda, dependeria da própria natureza da constituição, percebida enquanto conservadora ou de transformação.²³¹ Por sua vez, os sétimo e oitavo fatores seriam tanto as teorias da lei e da interpretação com que operam os juízes,²³² quanto à possibilidade de a experiência estrangeira figurar como dado empírico.²³³ E por fim, quanto à nona e a derradeira razão, estas podem ser resumidas em duas proposições: a percepção sobre o papel que possuía a corte que decidiu o caso referência²³⁴, além das diferenças entre as estruturas constitucionais.²³⁵

Com outras nuances, já que ao mesmo tempo em que elabora uma classificação quanto as diferentes posturas que um tribunal pode adotar frente ao material comparatista, expõe de igual modo os motivos que os levam a tanto, um terceiro inventário que cabe ainda aqui ser apresentado é o que pertence à professora norte-americana Vicki Jackson. De acordo com a autora (JACKSON, 2007, p. 162), os tribunais normalmente tendem a resistir, convergir ou se engajar no movimento de utilização do material forasteiro, dependendo de algumas circunstâncias que os encaminham para tal direção. Assim, para as cortes resistentes, como seria o caso, da *Supreme Court*²³⁶ dos Estados Unidos,²³⁷ em razão de compartilharem

²³⁰ A hipótese é “[...] quando a jurisprudência nacional é suficientemente abundante e sofisticada, o uso do material comparado declina significativamente [...]” (MCCRUDDEN, 2000, pp. 523).

²³¹ Uma constituição é de transformação quando seu propósito é modificar o *status quo* do momento em que foi editada; já uma constituição conservadora é aquela criada para preservar o que por ela fora feito, tido como o que de melhor se poderia alcançar. Quando um país possui o primeiro tipo de lei fundamental, percebe-se uma maior abertura para a recepção de abordagens forasteiras, já quando se trata de um Estado que adota o segundo tipo, nestes, este tipo de ação não é tão frequente (MCCRUDDEN, 2000, p. 524).

²³² Quanto às teorias da Lei, McCrudden (2000, pp. 524-525) se vale da distinção que faz Patrick Glenn entre lei vista como resposta nacional e lei como investigação. No primeiro caso, há uma simbiose entre nacionalismo e positivismo e por isso não há tanta abertura para miradas externas; já no segundo, a lei é vista como um processo em curso, e por assim ser, não há uma lista fechada de fontes, permitindo assim o uso de referências exteriores. Já no que se refere às teorias da interpretação, o autor chama a atenção para o fato de que se nos valermos, por exemplo, do originalismo, o resultado pode ser um fechamento de portas para o material comparativo.

²³³ McCrudden (2000, p. 526) neste ponto traz o exemplo do caso *Printz v. US* (521 US 898 1997). Nele, o Justice Breyer justifica o uso de referências europeias no seu voto, afirmando que a experiência destes pode lançar uma luz empírica nas consequências das diferentes soluções possíveis para o problema enfrentado, o suicídio assistido.

²³⁴ Aqui o que se discute é a preocupação que os juízes no geral possuem de averiguar se a falta de competência da corte estrangeira para decidir um caso os levará a cometer erros. Tais situações normalmente levam a um desconforto de se considerar a jurisprudência externa como persuasiva (MCCRUDDEN, 2000, p. 526).

²³⁵ Caso a estrutura constitucional esteja afetada por algo semelhante a um nacional excepcionalismo, então juízes tendem a serem mais resistentes a importação das práticas ádvenas (MCCRUDDEN, 2000, p. 527).

²³⁶ Esse posicionamento conservador e reticente frente à utilização do argumento de direito comparado, em um mundo cada vez mais dialógico, vem trazendo como resultado, aliás, uma perda considerável da influência constitucional norte-americana para países como Canadá e África do Sul (LAW & VERSTEEG, 2012, p. 767). Há inclusive evidências empíricas que demonstram o fato de que a citação de precedentes da *Supreme Court* por tribunais estrangeiros encontra-se em declínio (SMYTH, 2008, p. 15). Contudo, e aqui é preciso deixar bem

uma compreensão de que a lei básica trata-se na verdade da expressão da identidade nacional (RUBENFELD, 2001, pp. 146),²³⁸ interpretá-la à luz de elementos estranhos ao ordenamento jurídico pátrio não seria nem um pouco recomendável.²³⁹

Já no que tange aos tribunais convergentes, estes, segundo Jackson (2007, p. 164), recebem tal denominação, pois quando das suas decisões é comum que os mesmos, tanto em razão da mera iniciativa, quanto também por conta de elementos normativos, institucionais, ou exógenos, se agrupem ora ao que determina o direito internacional, ora a um consenso transnacional emergente, ora ainda ao que consideram como sendo a melhor prática adotada entre os países. No âmbito do fator normativo, é a própria constituição que convida o tribunal a adotar esta postura (JACKSON, 2007, p. 168).²⁴⁰ Por outro lado, no que toca ao elemento institucional, este dependeria da noção que a própria corte possui de seu papel, enquanto intérprete.²⁴¹ De outra forma, quanto ao componente exógeno, aqui, cenários marcados por

claro, isso não quer dizer que o constitucionalismo *ianque* tenha perdido totalmente seu prestígio, pelo contrário, ainda hoje a lei fundamental norte-americana continua sendo considerada como o protótipo essencial de um texto político. Contudo, a especificação precisa dos valores essenciais que compõem uma carta magna, vem cada vez mais, nos últimos anos, sendo realizada com base nas soluções adotadas por outros países. Tal fato nos leva a conclusão lógica, portanto, de que o constitucionalismo autóctone encontra-se encurralado, não havendo mais espaço na realidade atual para a manutenção da clássica lógica de que algumas cortes são essencialmente receptoras, enquanto outras quase que exclusivamente doadoras (HALMAI, 2012, p. 1333).

²³⁷ Tal postura em geral é fruto tanto do chamado *American Exceptionalism*, termo que teria sido cunhado por Alexis de Tocqueville no ano de 1831, e que se refere à percepção própria dos americanos, de que os Estados Unidos difere qualitativamente de outras nações, em razão de sua origem única e da evolução histórica e distinta de suas instituições. Como também da influência que exerce a teoria originalista, isto é, do método constitucional de interpretação que busca nas intenções dos founding fathers o real fundamento para se interpretar o texto fundamental no tempo presente (WHITTINGTON, 2004, p. 599).

²³⁸ Isso, aliás, fica patente, por exemplo, no caso *Stanford v. Kentucky* (492 U.S. 361 1989), onde se discutia a imposição de pena de morte a indivíduos que cometessem crimes entre 16 e 17 anos. Na ocasião, escrevendo pela maioria, expôs abertamente o Justice Scalia, que não cabia à corte discutir a prática ou as opiniões sobre a constitucionalidade da pena de morte juvenil, que fossem encontráveis ao redor do globo, uma vez que o dispositivo que se analisava era apenas e tão somente o norte-americano e nenhum outro mais (JACKSON, 2007, p. 169).

²³⁹ Uma observação, porém, deve ser feita, afinal resistir não é sinônimo de não utilizar. Assim sendo, apesar da jurisprudência norte-americana ser recheada de julgados, onde se percebe nitidamente essa postura recalcitrante, a mesma também possui alguns onde se vê cristalinamente o material comparatista sendo utilizado (JACKSON, 2006, p. 206). É o caso, por exemplo, de *O'Malley v. Woodrough* (307 U.S. 277 1939), *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436 1966), *Washington v. Glucksberg* (521 U.S. 702 1997), e *Roper v. Simmons* (543 U.S. 551 2005). Este último, aliás, causando enorme perplexidade, não pelo fato puro e simples de seus ministros se valerem de referências estrangeiras em seus votos, mas sim por que foi através desse julgamento que o tribunal fundamentando sua decisão em direito comparado, entendeu ser inconstitucional a pena de morte para delinquentes menores de 18 anos, algo que 16 anos antes em *Stanford v. Kentucky* não havia sido possível. O exemplo aqui fica pela a opinião dada pelo Justice Kennedy que pela maioria, afirmou que a pena de morte juvenil era desproporcional, e colocava os Estados Unidos no patamar de ser ainda o único país do mundo a aceitar oficialmente tal sanção.

²⁴⁰ Um exemplo disso seria o caso da constituição colombiana de 1991, que prevê que os direitos previstos nela devem ser interpretados consistentemente em conjunto com os tratados internacionais de direitos humanos, os quais o país tenha ratificado (JACKSON, 2007, p. 165).

²⁴¹ É o que, aliás, se pode ver no caso *Kartinyeri v. Commonwealth*, julgado pela *High Court of Australia* (HCA 22. 195 CLR 337 1998), em 1998. Na ocasião, afirmava o Justice Michael Kirby, conduzindo a maioria, que

pressões econômicas e/ou políticas externas, podem da mesma forma, acabar constringendo uma corte a se direcionar para um dado rumo.²⁴² Associado a este, faz constar ainda a jurista de Harvard (2007, pp. 171-177) um último modelo, o do engajamento. Nele, os juízes, ao menos em princípio, não conseguem resistir ao material de direito comparado, posto que seu manejo se mostra, para eles, extremamente funcional na prática. Isso por que a experiência não-nacional aqui seria vista pelos magistrados como um importante e necessário mecanismo de teste e compreensão das próprias tradições jurídicas.²⁴³

Ora, diante disto, vê-se então à luz do esforço descritivo desempenhado por cada um dos autores analisados, que o fato de uma corte decidir por utilizar ou não, elementos estranhos ao normativismo na qual se encontra inserida, não é nem de longe accidental. Na verdade, trata-se de um fenômeno que, como em certa medida se tentou demonstrar, pode se fundamentar em intenções muito díspares, exigindo, até mesmo, em alguns momentos, um cuidado meticuloso que pode passar pela ponderação de inúmeras variáveis. Contudo, apesar do entusiasmo para com esta prática, a mesma, ao contrário do que se possa a princípio imaginar, não se revela isenta de críticas. Neste sentido, avaliando-a *cum grano salis*, é possível, de acordo com o que propõe Cheryl Saunders (2006, p. 41-42), agrupar as objeções desempenhadas contra a recente impulsão do Direito constitucional comparado, em dois grupos distintos, aquele que questiona a própria legitimidade deste recurso, e o que confere enfoque ao impasse metodológico.

Quanto ao primeiro conjunto, como aponta Luiz Magno Junior (Não publicado, p. 32), o mesmo possui diferentes matizes, podendo estes serem identificados como a dificuldade cultural, (ou a ameaça à identidade); a dificuldade contramajoritária, (ou a ameaça à soberania democrática); e a dificuldade institucional, (ou a ameaça ao funcionamento da arquitetura das instituições). No que tange à crítica de natureza cultural, um raciocínio típico

sempre que a constituição fosse ambígua, a corte deveria adotar o significado que fosse conforme os princípios e direitos tidos como universais, já que esta era a sua missão (JACKSON, 2007, p. 166).

²⁴² Um bom exemplo que, inclusive, confirma essa percepção, aconteceu com o tribunal constitucional da Hungria em 1990. Segundo a opinião de muitos observadores à época, a corte invalidou a pena de morte, tanto por questões de princípios, quanto por ter por objetivo ingressar como membro efetivo na União Europeia (JACKSON, 2007, p. 168).

²⁴³ Neste particular pode se citar o caso *Her Majesty The Queen v. James Keegstra* (3 S.C.R 697 1990), julgado pela *Supreme Court of Canada* em 1990. No julgado em comento, onde se discutia se uma previsão do código penal canadense que proibia a promoção de ódio contra grupo identificável feria ou não a cláusula constitucional da liberdade de expressão, tanto a maioria, quanto os dissidentes, passaram boa parte do tempo do julgamento discutindo a jurisprudência norte-americana sobre liberdade de expressão, para aí sim fundamentarem a tese que defendiam. A justificativa para isso, na ocasião, foi a de que era notável a aproximação que possuíam Canadá e Estados Unidos no tocante à proteção constitucional daquele direito fundamental, o que não poderia ser negligenciado.

aqui é o que é apresentado por Sarah Harding.²⁴⁴ A autora (HARDING, 2003, p. 411) afirma que “[...] como há uma conexão próxima entre lei e cultura local, o material estrangeiro, por consequência, possuiria pouco espaço na interpretação judicial [...]”, principalmente se considerarmos contextos como o norte-americano, onde há um medo latente de se perder o que os particulariza, ao serem privilegiadas análises comparatistas (HARDING, 2003, p.462). Seria o que Osiatynski (2003, p. 245) chama de “senso de orgulho nacional”. De outra forma, compartilham como ideia principal, os adeptos da segunda vertente, a contramajoritária, o fato de que, na verdade, o comparativismo não seria legítimo, posto que sua lógica não se coaduna com a noção de democracia política (ALFORD, 2005, p. 709).²⁴⁵ Além disso, apontam também aqueles que compõem o quadro da terceira contradita, que como a importação do referencial alienígena pode trazer eventualmente riscos ao equilíbrio que existe entre as instituições de um dado sistema, tal atividade, como consequência, não seria recomendável (HARDING, 2003, p. 412).²⁴⁶

Em um plano diverso de tais vieses, ao se levar em conta as críticas erigidas a partir do prisma metodológico, as tendências passíveis de serem identificadas aqui acabam sendo reunidas em duas. Há aquelas formuladas na condição de admoestações, e há outras que se centram em questões substantivas preocupadas ora com a ameaça a integridade do sistema doméstico, ora com o problema da irracionalidade que permeia o uso do material forasteiro pelas cortes (JUNIOR, Não publicado, p. 34). Em relação as que procuram se expressar através de conselhos, destacam-se, neste particular, tanto a que se concentra em indicar a relevância do contexto para a importação de experiências ádvenas (OSIATYNSKI, 2003, p.

²⁴⁴ De forma distinta, mas no mesmo sentido Rosenkrantz (2003, p. 270), vai afirmar que o uso do aparato alienígena, na medida em que prejudica a identidade nacional, acabaria por figurar como a porta de entrada para um novo tipo de imperialismo, o jurídico.

²⁴⁵ Segundo Roger Alford isso se daria de quatro maneiras fundamentais (2005, p. 709) “[...] em primeiro lugar as normas internacionais não podem servir como pontos de referência contemporânea sem que sejam ou supérfluas ou contramajoritárias. Isso por que, na medida em que as normas internacionais refletem preferências majoritárias contemporâneas dentro da experiência nacional, o valor acrescentado por elas quando da sua nacionalização é limitado. Na medida em que são incompatíveis com valores nacionais, não podem servir como norma constitucional sem serem contramajoritárias. Em segundo lugar, enquanto que todas as decisões judiciais nacionais têm um certo grau de legitimidade democrática, juízes estrangeiros não têm. Imunes às forças democraticamente corretivas de eleição ou nomeação, não há nada que lhes possa conferir essa legitimidade. Em terceiro lugar, se os defensores da teoria comparatista defendem a tomada de decisão em agregação com os demais sistemas judiciais, essa deferência implicará em menos deferência às preferências majoritárias do que em um sistema onde as decisões são tomadas de forma desagregada. Em quarto lugar, a teoria comparativa é mais antipática com a democracia política do que muitas outras teorias substantivas [...]”

²⁴⁶ Aqui de acordo com Luiz Magno Júnior (Não Publicado, p. 34) as “[...] objeções são reforçadas pela percepção das dificuldades da utilização da comparação jurídica a partir dos pressupostos funcionais, não somente pela complexidade das variáveis envolvidas, como também pela imprevisibilidade dos efeitos provocados com o rearranjo institucional precipitado pela tradução jurídica em questão [...]”.

262),²⁴⁷ quanto a que, por sua vez, frisa a circunstância de que os operadores do Direito não possuem capacitação suficiente para se valerem do cotejamento (RAHDERT, 2007, p. 665).²⁴⁸ Já no tocante as colocações de natureza substantiva, a tese central dirigida primeiro por aqueles que se propõe a refletir sobre a consistência e a coerência interna do ordenamento jurídico,²⁴⁹ é a de que o recurso ao argumento de direito comparado, abre espaço para que a constituição perca seu papel de instrumento de estabilização política e social (HARDING, 2003, p. 454).²⁵⁰ Por outro lado, em segundo lugar, para os que trabalham no âmbito da carência de racionalidade, a preocupação medular destes passa pelo fato de que como há uma verdadeira esquizofrenia de teorias comparatistas (ALFORD, 2005, p. 711), isso contribui para que não haja um único e coerente modo dos tribunais se valerem das referências alienígenas, abrindo-se então espaço para que o uso de tal recurso seja auto-orientado (GLENSY, 2005, p. 401) e difícil de ser monitorado (JUNIOR, Não publicado, p. 35).²⁵¹

Ocorre que à luz do que chama à atenção David Fontana (2001, p. 562), uma vez que as cortes continuam a se socorrer de elementos forasteiros sem maiores elucubrações sobre se tal atividade é legítima ou não, as disputas acadêmicas neste domínio, que, diga-se de passagem, até o momento ainda não produziram também qualquer consenso, já que existem opiniões respeitáveis para ambos os lados (DAMMANN, 2002, p. 516), acabaram se mostrando no geral pouco construtivas.²⁵² Isso, contudo, não significa dizer que o mesmo se

²⁴⁷ “[...] As condições sociais não apenas possuem um importante papel no processo de empréstimo, mas podem até mesmo decidir o sucesso ou a falha de transplantes constitucionais. Algumas experiências que funcionam muito bem em um determinado contexto social, podem ser inúteis ou até mesmo destrutivas em outros [...]” (OSIATYNSKI, 2003, p. 262).

²⁴⁸ “[...] Qualquer abordagem para a interpretação constitucional deve ser avaliada em termos de seus custos de decisão {tempo, esforço, e custos envolvidos na decisão de casos de uma forma particular} e os seus custos de erro {a probabilidade de cometer erros, ao prosseguir um método particular}. Ambos os tipos de custo parecem prováveis que sejam altos para tribunais que lidam com material estrangeiro, dado à barreiras linguísticas e culturais e à falta de formação da maioria dos profissionais do Direito na análise comparativa. Conforme análise de resumos do caso *Atkins v Virginia* e *Lawrence v. Texas* realizada pelo professor Ramsey conclui, nem advogados, nem juízes tem investido os recursos necessários para levar a análise comparativa aos padrões do rigor exigidos dos argumentos fundamentados no Direito interno [...]” (YOUNG, 2005, pp. 165-166).

²⁴⁹ Como indica Mark Rahdert (2007, p. 589), os que advogam esta proposição entendem que “[...] o uso do referencial estrangeiro pelas cortes corrói o controle do povo sobre o que suas leis e sua constituição significam, bem como o que as políticas devem ser [...]”.

²⁵⁰ Isso por que na linha do que afirma Frederick Schauer (1997, p. 1376), ao se utilizar excessivamente o direito comparado, a constituição escrita perde sua força de estabilização, algo que por consequência, permite que muitos problemas se mantenham excessivamente incertos.

²⁵¹ No mesmo sentido, segundo Christopher McCrudden (2000, p. 507), “[...] há cada vez mais preocupações expressas pelos comentaristas acadêmicos à respeito do substancial ‘cherry picking’ de jurisdições a citar, de que as jurisdições escolhidas serão sempre aquelas que são suscetíveis de apoiar a conclusão inicialmente pensada, abrindo margem para a tomada de decisões arbitrárias e julgamentos ilegítimos [...]”.

²⁵² Basta, por exemplo, lembrar a defesa feita por autores como Gary Jacobsohn (2004, p. 1812) para quem tal prática deve ser considerada legítima, principalmente em contextos de transição democrática, já que em tais casos “[...] a comparação tem o poder de iluminar o desafio judicial que se apresenta inerente ao vão que há entre

dá em relação às ultimas colocações postas acima, quais sejam, as de cunho metodológico. Afinal, é justamente partir do reconhecimento dos óbices apontados pelos autores neste curso, que foram pensadas algumas propostas tendentes a cobrir o vazio que ainda hoje existe, sobre como os juízes deveriam proceder de forma racional e justificada, quando da utilização de experiências estrangeiras no desenvolvimento da interpretação da lei maior.

Assim, longe de estar sedimentada, a discussão sobre o método no Direito comparado continua ainda hoje a levantar inúmeros questionamentos.²⁵³ A diferença, contudo, no âmbito constitucional, fica pelo fato de que a mesma, assim como vem sendo visto até o momento, passa a ser temperada também pela utilização do arcabouço forasteiro pelas supremas cortes. Em tal âmbito, o que se vê é a existência de pelo menos duas posições básicas: uma capitaneada por Mark Tushnet e outra por Sujit Choudhry. Enquanto o primeiro parte do pressuposto de que o moderno constitucionalismo comparado não se preocupou em criar métodos próprios, pois recebeu como herança àqueles utilizados pela ciência do Direito comparado geral, sendo os mesmos perfeitamente utilizáveis, inclusive, pelos tribunais (TUSHNET, 2006, p. 67), o segundo critica o fato de que nenhuma das metodologias existentes se direcionou para a tarefa de interpretação da carta magna (CHOUDHRY, 1999, p. 833). Considerando tais posicionamentos, o escopo das linhas seguintes, será justamente o de demonstrar de que forma estes são encaminhados pelos autores.

No que se refere ao direcionamento dado por Mark Tushnet, o autor oferece um mapa conceitual com ilustrações concretas de três métodos que, segundo ele, as investigações no âmbito do direito constitucional comparado podem-se valer.²⁵⁴ O primeiro seria o chamado universalismo normativo (TUSHNET, 2006, p. 68).²⁵⁵ Aqui, o raciocínio é bem simples, afinal, como o próprio constitucionalismo implica na assunção de alguns princípios fundamentais, a comparação, portanto, se daria entre as diferentes versões que podem ser

condições atuais e condições ideais [...]”. Bem como o que pontua Jens Dammann (2002, p. 526), segundo o qual, as referências estrangeiras figuram atualmente como uma espécie de Direito Natural.

²⁵³ Segundo Vernon Palmer (2004, p. 01) as discussões em torno do método no direito comparado ainda hoje continuam a ser uma boa cura para a insônia, já que o que há neste plano é um verdadeiro caos.

²⁵⁴ Para Tushnet (2006, p. 68), cada método possui seus benefícios e limitações, assim não há o que se falar sobre a superioridade de um ou de outro.

²⁵⁵ A dificuldade aqui está no fato de que “[...] este método opera em um nível muito alto de abstração. Assim, podemos supor que existem princípios universais de liberdade e justiça, mas também podemos estar razoavelmente confiantes de que tais princípios não são tão facilmente captados em se tratando, por exemplo, de liberdade de expressão ou de igualdade [...]” (TUSHNET, 2006, p. 74).

encontradas destes postulados.²⁵⁶ Já quanto à segunda metodologia, conhecida como funcionalista, de acordo com Tushnet (2006, p. 72), nesta o pesquisador ao observar distintos arranjos ou práticas constitucionais ao redor do mundo, procuraria por equivalentes funcionais de um dado instituto, a fim de determinar quais seriam as melhores soluções.²⁵⁷ Quer dizer, levando-se em conta, por exemplo, o fato de que praticamente todas as nações democráticas possuem uma cláusula insculpida em seus textos constitucionais, responsável por lidar com situações de guerra ou de emergência doméstica, capazes, até mesmo, de ameaçar eventualmente a própria continuidade do Estado, uma pesquisa funcionalista com o fito de determinar quais são as mais acertadas, e também quais são os mais controversos processos neste particular, faria as seguintes indagações:²⁵⁸

“[...] o detalhe e as circunstâncias do procedimento incentivam a participação do legislador e do Executivo na tomada de decisão? Ou pelo contrário, não oferece detalhes, permitindo ao executivo a ação unilateral? Por exemplo, podem as disposições de um país correrem o risco de que o Executivo afirme plausivelmente que é necessário estender a emergência para além do período autorizado pelo Legislativo, por que as circunstâncias assim o requerem? A falta de detalhes incentiva a negociação política entre o Legislativo e o Executivo, ou pelo contrário, ou dá ao Executivo recursos para argumentar que sua ação sem respaldo do Legislativo é constitucionalmente permitida já que não expressamente proibida pela constituição? É uma exigência constitucional que o Legislativo participe da limitação do número de ocasiões nos quais a emergência pode ser declarada? Ou, pelo contrário, tal disposição permite que o Executivo passe por cima do Legislativo apelando ao povo para que repudiem a legislatura que, não é capaz de reconhecer e responder a emergência que a nação enfrenta? [...]” (TUSHNET, 2006, p. 73).

Na sequência, em relação a terceira e última abordagem, a qual Tushnet (2006, p. 68) dá o nome de contextualista, esta, segundo o mesmo, pode se desenvolver em duas

²⁵⁶ Um exemplo capaz de elucidar bem esse método, e que é apresentado por Tushnet, diz respeito à regulação do *hate speech*. De acordo com o autor (TUSHNET, 2006, pp. 71-72) “[...] os defensores de uma maior regulação do discurso do ódio nos Estados Unidos, muitas vezes referem-se a normas constitucionais transnacionais, como a que possui o Canadá sobre a mesma matéria, para defender a proposta de que a regulamentação do *hate speech* não deve ser tratada como inconstitucional à luz da primeira emenda. Eles argumentam com razão, que o fato de democracias liberais modernas regulamentarem o discurso do ódio sem que caminhem para regimes tirânicos, e onde, inclusive, o governo se engaja em tal controle, mostra que a existência de regulamentos do discurso do ódio é compatível com as normas gerais de liberdade de expressão [...]”.

²⁵⁷ O problema, porém, deste método, é que ele “[...] sempre omite algumas variáveis relevantes, bem como, mesmo considerando um número de variáveis adicionais, o número de casos a partir do qual se poderia realmente aprender, acaba por ser muito pequeno para suportar qualquer generalização funcionalista [...]” (TUSHNET, 1999, p. 1246).

²⁵⁸ Tais questões indicam “[...] que análises funcionalistas irão olhar como disposições constitucionais operam realmente no mundo real, bem como farão inferências sobre um bom projeto constitucional, a partir das disposições percebidas como as que funcionam melhor [...]” (TUSHNET, 2006, pp. 73-74).

variantes: o contextualismo simples e o expressivismo. Em relação a primeira categoria, esta põe ênfase no fato de que a constituição só pode ser compreendida se estiver associada ao seu contexto.²⁵⁹ Exatamente por assim ser, estudos comparatistas realizados à luz deste método podem se apresentar com a roupagem, por exemplo, de pesquisas etnográficas, históricas, ou ainda mais frequentemente, doutrinárias e institucionais (TUSHNET, 2006, p. 76).²⁶⁰ Por outro lado, no que tange a segunda aproximação, nesta a constituição é tida como produto da história de cada nação, e expressão do seu caráter distintivo (TUSHNET, 1999, p. 1248). Sendo assim, uma investigação expressivista então, iria contrastar os autoentendimentos dos diferentes países,²⁶¹ com o intuito de refinar a compreensão dos valores da própria tradição jurídica.²⁶²

A parte destes, porém, vale registrar ainda, que em outra oportunidade, Tushnet (1999, p. 1227) chama a atenção também para uma quarta estratégia de uso do direito constitucional comparado, a qual ele denomina de *bricolage*. De acordo com o professor de Harvard (TUSHNET, 1999, p. 1256), a mesma seria fácil e plenamente aplicável tanto nos processos de edição de novos textos políticos, quanto nos de sua interpretação, uma vez que o ponto de partida aqui seria entender que sejam os redatores, sejam os intérpretes de uma lei fundamental, atuam no desempenho de suas funções, sempre enquanto verdadeiros *bricoleur*,

²⁵⁹ Afinal, “[...] constituições combinam normas substantivas, tais como o compromisso com a liberdade de expressão e a igualdade, com arranjos institucionais, como o federalismo e o governo parlamentar. As normas substantivas são implementadas dentro de tais arranjos, e alguns arranjos, por vezes, se mostram mais compatíveis com algumas interpretações das normas substantivas do que outros [...]” (TUSHNET, 2006, p. 76).

²⁶⁰ Um exemplo, apontado por Tushnet (2006, p. 78-79) trata-se da chamada doutrina indiana da “camada de creme”. Criação da suprema corte da Índia, e aplicável a políticas de ações afirmativas, segundo o professor de Harvard, o objetivo com ela é eliminar àqueles que por alguma maneira, seja ela qual for, apesar de permanecerem como membros de uma casta subalterna, não necessitam de um apoio financeiro. Seria dar-lhes um auxílio desnecessário e injusto de renda. Tal ideia, para alguns autores norte-americanos, deveria migrar também para os Estados Unidos. Contudo, como salienta o autor, a mesma não encontraria recepção nem pela doutrina *ianque* da ação afirmativa, nem muito menos pela *Supreme Court*, já que as interpretações que estas dão das ações afirmativas contraria totalmente ao que preceitua a doutrina da “camada de creme”, primeiro por que os programas de ação afirmativa só podem ser adotados por agências governamentais, e segundo por que há um entendimento pacífico de que tais políticas não podem ser adotadas, alegando-se a chamada discriminação social.

²⁶¹ Um exemplo apresentado por Tushnet (2006, p. 80) está expresso na comparação dos casos *U.S. v. Burns* (S.C.R. 283, 2001), julgado pela corte constitucional canadense e o *Stanford v. Kentucky* (492 U.S. 361, 1989), julgado pela suprema corte norte-americana. Enquanto no primeiro o tribunal achou por bem extraditar um cidadão norte-americano acusado de um crime de homicídio, desde que, porém, os Estados Unidos assumissem que não o levariam a pena de morte. No segundo, a *Supreme Court* afirmou que discutia os padrões de decência dos Estados Unidos e não de outros países, razão pela qual era constitucional a pena de morte de jovens entre 16 e 18 anos. Uma análise expressivista aqui perceberia como há uma auto-consciência voltada para o exterior no Canadá, e como a mesma é introspectiva nos Estados Unidos.

²⁶² A dificuldade da abordagem contextualista, em suas duas vertentes, é a de que ambas podem nos levar a percepção errada de que um determinado arranjo é necessário, estando ele inserido dentro de seu próprio contexto. Contudo, a extensão das restrições impostas pela conjuntura no qual ele está inserido, pode ser tanta, que o conjunto de opções onde ele pode ser aplicado, acaba se reduzindo a apenas um lugar, qual seja, onde ele já se encontra (TUSHNET, 2006, p. 81).

quer dizer, sob a pressão de darem uma resposta, acabam se agarrando aleatoriamente a qualquer solução próxima aos problemas imediatos que enfrentam,²⁶³ e em tal caso, sem dúvidas, uma delas acaba sendo percebida a partir do material comparado (TUSHNET, 1999, p. 1264).²⁶⁴

De modo diverso, já que sua proposta além de prescritiva se centra de maneira exclusiva na utilização²⁶⁵ do direito comparado durante a interpretação constitucional,²⁶⁶ Sujit Choudhry (1999, p. 830) apresenta uma classificação tripartite, segundo a qual os métodos seriam para ele, o universalista, o genealógico e o dialógico. No que toca ao primeiro deles, a exortação feita é para que “[...] os tribunais não prestem tanta atenção às particularidades jurídicas nacionais, ao se envolverem na interpretação constitucional [...]” (CHOUDHRY, 1999, p. 845). Afinal, ao serem suprimidas as diferenças que existem entre os sistemas jurídicos,²⁶⁷ e que são oriundas principalmente dos percursos históricos nos quais cada país se conduz, abre-se caminho para que às cortes descubram princípios que transcendem toda e qualquer ordem,²⁶⁸ e que podem, figurando como argumento, às auxiliar na tomada²⁶⁹ de decisões (CHOUDHRY, 1999, p. 869).²⁷⁰

²⁶³ Um exemplo dado por Tushnet (1999, p. 1263), à luz dos relatos de Jack Rakove, é o da forma como a presidência dos Estados Unidos foi construída na convenção constitucional. Segundo o autor, os autores lutaram para construir um Executivo enérgico, suficientemente forte as pressões legislativas, mesmo sob as acusações de que o Executivo estava ficando poderoso de mais. Por conta disso, o texto ia e voltava à todo momento, até que o tempo finalmente se esgotou. Se assim não tivesse sido, certamente muitos dos pontos colocado no texto apenas provisoriamente, teriam sido rediscutidos.

²⁶⁴ Luiz Magno Junior aqui, porém, revela uma crítica. Assim, segundo o autor (JUNIOR, Não Publicado, p. 47) “[...] Ao conferir acento a uma espécie de irracionalidade que dirige a atividade do juiz *bricoleur*, o autor opera um autêntico desnudamento da prática discursiva dos tribunais [...]”.

²⁶⁵ Choudhry (1999, p. 830), aliás, afirma que quando isto ocorre, as cortes deveriam justificar o porquê.

²⁶⁶ Para o professor da Universidade de Nova York (CHOUDHRY, 1999, p. 836), seus modelos mapeiam diferentes concepções da disciplina acadêmica do direito comparado, pois “[...] normalmente, o estudo dos sistemas jurídicos estrangeiros é visto como uma ferramenta importante para legisladores interessados em reformar a legislação, ou em harmonizá-las. Só que, cada vez mais, o direito comparado vem se tornando funcional também para as cortes, interessadas em olhar as soluções estrangeiras para obter ajuda, quando da resolução de problemas espinhosos do direito interno [...]”.

²⁶⁷ De acordo com Choudhry, (1999, p. 940) “[...] ideias universalistas podem ser obtidas a partir de qualquer sistema jurídico, a única exigência é que o sistema para onde aponta a pesquisa comparatista compartilhe uma disposição constitucional em particular [...]”.

²⁶⁸ É importante destacar, porém, que quanto maior for a diversidade normativa, mais difícil será criar argumentos universalistas (CHOUDHRY, 1999, p. 941).

²⁶⁹ Isso por que, como sublinha Choudhry (1999, p. 871) “[...] princípios transcendentais não podem ser fontes legítimas a menos que sejam princípios legais, isto é, princípios cuja existência é evidenciada pela sua presença nos sistemas jurídicos de outros países [...]”.

²⁷⁰ Em uma leitura sistemática do que aponta Choudhry, Luiz Magno Junior (Não publicado, p. 49) identifica três escopos possíveis através desse método “[...] a definição de argumentos transcendentais a partir do recurso a um material difusamente considerado, {a partir da ideia de compartilhamento cultural de pressupostos constitucionais}; provoca a ‘internacionalização da cultura constitucional da nação’ e pretende aumentar o grau de legitimação interna e externa de suas decisões {comumente associada a um maior ativismo judicial, que legitima uma postura inovadora e revisionista das próprias tradições constitucionais}; e ampara-se em

Por outro lado, quanto ao segundo modelo interpretativo, o genealógico, o pressuposto para que o mesmo seja aplicado é a relação familiar²⁷¹ que deve existir entre dois ou mais sistemas jurídicos (CHOUDHRY, 1999, p. 907).²⁷² Caso o parentesco seja por subordinação, a interpretação será em sentido forte,²⁷³ já, por outro lado, se a ligação for apenas por conta de laços históricos comuns, a interpretação será de curso fraco.²⁷⁴ Ora, considerando o fato de que o primeiro tipo é de mais difícil ocorrência, já que depende da circunstância de haver dependência legal entre ordenamentos, Choudhry, (1999, p. 908) então, acaba se concentrando no segundo tipo, e exatamente por isso, identifica três passos pelos quais o intérprete deve percorrer argumentativamente neste âmbito para o sucesso da investigação. Primeiro, ele deve identificar o ancestral comum, quer dizer, identificar o “pai jurídico” que fundamente o seu próprio ordenamento e aquele a que está a observar. Segundo, deve demonstrar a existência de uma cultura compartilhada, o que em termos legais, significa que ambos os sistemas precisam compartilhar uma regra legal, ou um conjunto de regras que têm origem no mesmo ancestral. Feito isso, combinando as reivindicações de herança e de ancestralidade, aí sim seria estabelecida, como corolário, a relevância e a legitimidade do material de direito comparado a ser usado pelo tribunal.²⁷⁵

Por último, no que toca o terceiro método, o dialógico,²⁷⁶ o coração deste reside no reconhecimento do que de fato significa a pretensão de “diferença constitucional”. Para Choudhry (1999, p. 890), como uma carta política só é exclusiva se posta em comparação com outras que compartilham algumas características que essa não possui, o objetivo,

argumentos com forte apelo normativo –os princípios transcendentais– cuja convergência empiricamente demonstrável é assumida, não sem problemas e críticas, como prova de autêntica verdade moral [...]”.

²⁷¹ Exatamente por isso, Choudhry (1999, p. 938) assume que o mesmo é restrito a um pequeno conjunto de contextos legais.

²⁷² Isto seria suficiente para que arranjos constitucionais fossem importados (CHOUDHRY, 1999, p. 831).

²⁷³ Segundo Sujit Choudhry (1999, p. 908) “[...] a câmara dos lordes e os vários tribunais nacionais de recurso no sistema legal do império britânico exemplificam esta reivindicação. Os sistemas jurídicos nacionais dentro do império britânico eram nominalmente independentes dos tribunais da Inglaterra e aplicavam suas próprias leis. No entanto, cabia apelação das decisões tomadas, por exemplo, pela Suprema Corte do Canadá, pelo Tribunal Superior da Austrália e da Divisão de Apelação do Supremo Tribunal Sul-Africano, para a câmara dos lordes, através do *Privy Council* [...]”.

²⁷⁴ Neste caso “[...] os sistemas jurídicos incorporam uma concepção diferente de relação familiar. Especificamente, estas várias ordens jurídicas nacionais estão relacionadas umas às outras na medida em que elas encontram suas origens, e as origens de suas principais normas legais em um ascendente jurídico comum. No entanto, elas são legalmente independentes umas das outras, de uma forma que os ordenamentos jurídicos nacionais no império britânico não eram [...]” (CHOUDHRY, 1999, p. 908).

²⁷⁵ Duas, porém, são as críticas elencadas pelo professor da Universidade de Nova York (CHOUDHRY, 1999, p. 940), a primeira é a de que nem sempre é fácil comprovar a genealogia de dois ou mais sistemas jurídicos, e a segunda (CHOUDHRY, 1999, p. 943), diz respeito ao fato de que as decisões de hoje acabam demandando das cortes, que estas mirem o passado, ao invés de forjarem um novo começo.

²⁷⁶ Este tipo de interpretação, segundo o autor, permite um tribunal se valer do direito comparado sem “internacionalizar” sua cultura local, bem como, permite que um tribunal aprenda com a experiência estrangeira sem a necessidade de assimilar a sua jurisprudência (CHOUDHRY, 1999, p. 945).

portanto, de realizar comparações entre as mesmas, só pode ser o de adquirir uma maior consciência e uma melhor compreensão sobre o que as difere ou aproxima.²⁷⁷ Contudo, reconhece o autor (CHOUDHRY, 1999, pp. 891-892), para o sucesso dessa empreitada, a reflexão interpretativa realizada pelo magistrado deve seguir três etapas. A primeira seria usar a experiência comparada como um meio de identificar os pressupostos da própria ordem constitucional da qual o intérprete faz parte.²⁷⁸ A segunda, confrontar o material interno e o externo, procurando justificar as próprias escolhas retóricas que inevitavelmente privilegiam alguns pontos de vista em detrimento de outros.²⁷⁹ E, finalmente, na terceira e última, diante das diferenças e semelhanças postas, o tribunal optaria por rejeitar o elemento forasteiro, ou mesmo por incorporá-lo,²⁸⁰ a depender da situação.²⁸¹

Acontece, contudo, que em razão de tanto a proposta elaborada por Tushnet, quanto a engendrada por Choudhry, não guardarem consigo a marca da obrigatoriedade, isto é, leva-se em conta o fato de que ambos os inventários não se constituem enquanto sendo de

²⁷⁷ A diferença normativa, longe de ser um obstáculo para a interpretação dialógica, na verdade a dirige, já que obriga os tribunais a identificar e justificar os desacordos. Tal atividade é de suma importância para o desenvolvimento de uma consciência mais nítida das diferenças e similaridades constitucionais. Neste âmbito, portanto, para que seja possível a interpretação dialógica, basta que haja duas disposições constitucionais correspondentes e duas posições jurisprudências (CHOUDHRY, 1999, p. 941).

²⁷⁸ Como salienta Sujit Choudhry (1999, p. 890) “[...] o tribunal examina a jurisprudência e a doutrina comparada, não primariamente para obter uma imagem fiel de como se encontra legalmente uma outra jurisdição, mas sim para identificar os pressupostos que se encontram por debaixo. Mayo Moran, perspicazmente argumentou que, por exemplo, sob a jurisprudência norte-americana acerca do *hate speech*, encontra-se um medo de um estado totalitário e uma concepção altamente individualista do significado de liberdade. Ora, no processo de articular os pressupostos da jurisprudência estrangeira, um tribunal inevitavelmente descobre a sua própria, já que ao se perguntar por que os tribunais têm fundamentado de certa forma, um tribunal certamente irá se perguntar por que razões e a forma como ele faz [...]”.

²⁷⁹ De acordo com o professor da Universidade de Nova York (CHOUDHRY, 1999, p. 891), as razões oferecidas para isso podem ser as mais diversas, indo desde a estrutura constitucional e a história, até razões de ordem substantiva. Um exemplo dado é o de que vem sendo percebida uma relutância da corte constitucional canadense em se utilizar da jurisprudência norte-americana em matéria de aborto, pois esta possui por detrás, valores exacerbados de individualidade e de neutralidade, os quais a suprema corte do Canadá não compartilha.

²⁸⁰ “[...] Nos casos de diferença constitucional, se o tribunal rejeita suposições estrangeiras e afirma a sua própria, o valor deste exercício foi o de aumentar a sua consciência e compreensão da diferença constitucional, que por sua vez, irá moldar e guiar a interpretação. Já por outro lado, nos casos de semelhança constitucional, se a mesma é abraçada, a interpretação dialógica fundamenta a legitimidade da experiência importada, que passa a ser aplicada como se lei fosse [...]” (CHOUDHRY, 1999, p. 891).

²⁸¹ Vale, contudo, a partir da classificação apresentada por Choudhry, expor também a crítica desferida por Luiz Magno Junior. De acordo com o mesmo (JUNIOR, Não Publicado, p. 51), “[...] A objeção central que pode ser feita à abordagem de Choudhry reside no fato de que, em que pese o esforço empreendido em classificar diferentes práticas discursivas relacionadas ao “argumento de direito comparado”, os dois primeiros modelos representam, em verdade, variações do único modelo compatível com os pressupostos teóricos assumidos: o modelo dialógico. Afinal de contas, qualquer tribunal constitucional que pretendesse justificar genericamente sua postura frente ao elemento não-nacional não poderia adotar o modelo universalista ou o genealógico, pois, ao definirem sua atuação nestes termos, estariam concorrendo para uma espécie de “suicídio constitucional”. Por que é possível afirmar isto? Porque caso o respectivo tribunal negue, como ponto de partida, certo grau de autonomia interpretativa em relação aos possíveis discursos sobre sua própria constituição concorre para a erosão das bases de legitimidade de sua própria autoridade, ou seja, coloca em xeque o elemento de onde provém sua legitimidade institucional {o mandato de ‘guardião da constituição’} [...]”.

observância compulsória pelos tribunais. Saber, portanto, se uma corte se preocupa ou não em expor de forma racional, justificada e coerente as experiências estrangeiras das quais se utiliza, ou se por outro lado, e à luz das críticas vistas acima, age de forma descompromissada, é algo que passa necessariamente pela observação de seus julgados.²⁸² Isso por que, como órgãos de soberania, cada tribunal é responsável pela criação e desenvolvimento de sua própria dinâmica, e por assim ser, é possível que a metodologia por eles empregada seja completamente distinta do que fora apresentado pelos referidos autores. Neste sentido, eis, por conseguinte, o objetivo que será perquirido no próximo capítulo e que, até mesmo, vale lembrar, é o que orienta primariamente esta dissertação. Perceber, a partir da leitura de alguns acórdãos, no nosso caso, ligados ao tema da liberdade de expressão, como o Supremo Tribunal Federal, através de seus ministros, tem se portado quando se socorre do material comparatista no curso da interpretação constitucional.

²⁸² Na mesma linha, é o que afirma Cheryl Saunders. Conforme a autora (SAUNDERS, 2006, p. 43) a maneira e a facilidade com que uma corte faz referência ao direito comparado, em alguns casos, é suficientemente representativa da maneira como a suprema corte resolve os demais.

CAPÍTULO 3 – O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ARGUMENTO DE DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO À LUZ DOS CASOS DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO

3.1 O motivo da escolha dos casos de liberdade de expressão

Antes de darmos prosseguimento à análise dos elementos recolhidos pela pesquisa que se procurará expor na sequência, revela-se apropriado em uma primeira oportunidade, já que precisávamos delimitar um espaço de estudo, apresentar sucintamente o porquê de serem utilizados aqui os casos de liberdade de expressão, enquanto pano de fundo para se perceber de que forma o Supremo Tribunal Federal, através de seus ministros, se porta quando estes se utilizam do constitucionalismo comparado para a resolução das questões que lhes são colocadas. Nesta senda, e à luz do que fora visto no capítulo antecedente, vale destacar para tanto que o uso argumentativo de elementos extra-sistêmicos, isto é, de componentes legais que pertencem a um sistema estrangeiro qualquer, representa em verdade uma opção feita pelo magistrado, sobretudo, quando este se encontra diante de uma norma constitucional que reconhece ou protege um direito fundamental, e cujo significado se mostra ambíguo e incerto (SPIGNO, 2013, pp. 180-181). Em tais ocasiões, o recurso ao aparato alienígena passa a figurar então como uma espécie de guia que orienta a busca pela pacificação das inúmeras e correntes discordâncias que se põe eventualmente em um dado contexto (STONE, 2011, p. 418).²⁸³

Ocorre que, neste âmbito, embora se mostre possível à abertura de diversas e numerosas frentes de investigação, sendo a liberdade de expressão, na linha do que muito bem pontua Jeremy Waldron (1999, pp. 227-228), um direito que se encontra incorporado ao rol

²⁸³ Aqui uma ilustração particularmente vívida é fornecida pela consideração generalizada da decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *New York Times v. Sullivan* (376 U.S. 254 – 1964), por várias cortes que compõe o “mundo” dos países do *common law*. Tribunais da Austrália, Canadá, Índia, Israel, Nova Zelândia, África do Sul e Reino Unido, consideraram *New York Times v. Sullivan*, em vários graus distintos no curso da determinação de suas próprias regras em matéria de liberdade de expressão e do direito de difamação. Com o tempo, o material, inclusive, acabou sendo ampliado, abrindo-se oportunidade também para que fossem levados em conta o que havia sido produzido neste âmbito por outros países, de modo que uma das mais recentes decisões da Suprema Corte canadense sobre a questão (*Grant v. Torstar Corporation*, 2009 S.C.C. 61), considerou tanto o que fora realizado na Austrália, na Nova Zelândia e no Reino Unido, como também, no paradigmático caso *New York Times v. Sullivan* (STONE, 2011, p. 416).

do grupo de questões à que ele nomeia como sendo de controvérsias políticas substantivas,²⁸⁴ a mesma por consequência vem se desvelando enquanto um espaço propício e fértil para a presença de desacordos (CHOUDHRY, 1999, p. 941). Em tais situações, onde no geral o texto constitucional, as teorias existentes, e os precedentes jurisprudenciais, não conseguem dar conta do litígio posto, a utilização de referências estrangeiras de natureza constitucional tem figurado enquanto uma ferramenta de uso recorrente adotada pelos mais variados tribunais ao redor do mundo,²⁸⁵ razão pela qual se entendeu aqui ser oportuna a realização de um recorte temático em seus contornos.²⁸⁶ Acontece, porém que, posicionada esta consideração de caráter propedêutico, na sequência, o questionamento que se imputa a ser perseguido passa por outro lado, pela necessidade de se revelar como fora conduzida a pesquisa que aqui se intenta relatar. Diante disto, dúvidas então quanto ao conceito de liberdade de expressão levado em conta no curso da análise em comento, bem como, interrogações a respeito dos procedimentos de busca e seleção adotados, além, é claro, de ponderações acerca das singularidades que distinguem os acórdãos que usam, daqueles que não se valem do arcabouço comparatista de caráter constitucional, são inquietudes que não se pode deixar de procurar responder. Desta forma, tendo como meta justamente o adimplemento de tais indagações é que será estruturado e se desenrolará o próximo item.

3.2 Desenvolvimento da pesquisa e primeiras observações

A presente investigação se deu a partir da seleção, leitura e compilação de acórdãos do Supremo Tribunal Federal, nos quais constasse o tema da liberdade de expressão enquanto

²⁸⁴ Leia-se, problemas de natureza complexa nos quais normalmente há uma divergência razoável entre os cidadãos. Tais questões envolvem, dúvidas, por exemplo, a respeito dos limites da liberdade de expressão, tais como a natureza das restrições, o escopo e a extensão das mesmas, bem como, sobre a sua duração.

²⁸⁵ Apenas para que se tenha uma visão panorâmica desta afirmação, em três importantes textos que se esmeram por refletir à respeito do uso do material estrangeiro no âmbito da interpretação do Texto Magno, quais sejam, o “*The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation*” (2012), do jurista Gabor Halmai, o “*Refined Comparativism in Constitutional Law*” (2001), da autoria de David Fontana, além do “*Globalization in Search of Justification*” (1999), escrito por Sujit Choudhry, em todos, inúmeros foram os casos citados da jurisprudência norte-americana, canadense, israelense, e alemã, onde a matéria em discussão era justamente a liberdade de expressão.

²⁸⁶ Ora, além de todas as democracias constitucionais terem virtualmente como objetivo a proteção da liberdade de expressão, as mesmas acabam enfrentando semelhantes conflitos quando a liberdade de expressão se choca com outros valores constitucionais, incluindo aqui, por exemplo, a igualdade, a dignidade da pessoa humana, e a intimidade. Desta forma, considerações sobre como outras nações reconciliaram esses concorrentes – e conflitantes – valores, acabam nestes domínios sendo vistos pelos juízes enquanto capazes de fornecer importantes *insights* para o regime constitucional doméstico da liberdade de expressão, no qual os mesmos se encontram insertos (KROTOSZYNSKI, 2006, p. XIV).

matéria em debate. Como, porém, não há uma definição unívoca²⁸⁷ do significado e da abrangência deste direito fundamental (TAVARES, 2008, p. 577),²⁸⁸ vale destacar, para que fosse alcançado êxito no curso da empreitada à que se propõe aqui atingir, que acabou se mostrando necessária a adoção de uma metodologia que permitisse a condução da pesquisa de modo, tanto o mais completo, como também o mais racional possível. Desta forma, levando-se em conta ao mesmo tempo os núcleos do artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos,²⁸⁹ e dos artigos 5º, inciso IV,²⁹⁰ e 220,²⁹¹ da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988,²⁹² foram consultadas no sítio do STF constante da internet e a partir da aba jurisprudência, as seguintes palavras-chave: “liberdade de manifestação de pensamento”, “liberdade de expressão”, “liberdade de opinião”, “liberdade de ideias”, e “liberdade de informação”.²⁹³ Em tal domínio, encontrou-se um universo de trinta e nove casos,²⁹⁴ desde a promulgação da atual carta política,²⁹⁵ onde ao menos um destes termos figurava na ementa. Do total, sete deles, o que corresponde a um montante de aproximadamente dezoito por cento, continham referências a experiências estrangeiras,²⁹⁶ já nos outros casos restantes não.²⁹⁷

²⁸⁷ Não é a toa que Jonas Machado (2002, p. 370) emprega a este direito a expressão “direito-mãe”, já que abrange em seu conteúdo inúmeros tipos de liberdades comunicativas.

²⁸⁸ Muito em razão também, de como salienta Adrienne Stone (2011, 406), existir uma multiplicidade de termos à que as constituições ao redor do mundo se valem para expressar esse direito, tais como “liberdade de discurso”, “liberdade de expressão”, “liberdade de comunicação”, dentre tantos outros.

²⁸⁹ Segundo o artigo XIX do documento adotado e proclamado pela assembleia geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, “[...] Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e de expressão, este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras [...]”.

²⁹⁰ “[...] é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato [...]”.

²⁹¹ “[...] A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição [...]”.

²⁹² A tentativa aqui foi de contemplar tanto o argumento humanista, quer dizer, aquele que acentua a liberdade de expressão como corolário da dignidade humana, quanto também o argumento democrático, aquele que acentua que o autogoverno postula um discurso político protegido das interferências do poder (BRANCO, 2011, p. 297).

²⁹³ Isso por que, cabe observar, sabe-se que o sistema constante do sítio do Supremo, faz uma varredura apenas das ementas e não das decisões como um todo. Exatamente por isso, é perfeitamente possível que inúmeras decisões tenham escapado à análise desta pesquisa.

²⁹⁴ A última data em que se atualizou esta pesquisa foi no dia 08/02/2014.

²⁹⁵ Eis aqui, portanto, o critério temporal para fins de desenvolvimento desta pesquisa.

²⁹⁶ ADI nº 4274, Relator: Ayres Britto, Julgamento em: 23/11/2011, Órgão Julgador: Plenário; AI nº 690841 AgR/SP, Relator: Celso de Mello, Julgamento em: 21/06/2011, Órgão Julgador: 2º Turma; AI nº 705630 AgR/SC, Relator: Celso de Mello, Julgamento em: 22/03/2011, Órgão Julgador: 2º Turma; ADI nº 4451 MC-REF, Relator: Ayres Britto, Julgamento em: 02/09/2010, Órgão Julgador: Plenário; AI nº 675276 AgR/RJ, Relator: Celso de Mello, Julgamento em: 22/06/2010; ADPF nº 130, Relator: Ayres Britto, Julgamento em: 30/04/2009, Órgão Julgador: Plenário; HC nº 82424, Relator: Moreira Alves, Julgamento em: 17/09/2003, Órgão Julgador: Plenário.

²⁹⁷ RE nº 434826, Relator Cezar Peluso, Julgamento em 19/11/2013, Órgão Julgador: 2º Turma; ARE nº 751724, Relator: Luiz Fux, Julgamento em: 10/09/2013, Órgão Julgador: 1º Turma; RE nº 571151, Relator: Teori Zavascki, Julgamento em: 25/06/2013, Órgão Julgador: 2º Turma; HC nº 109676, Relator: Luiz Fux, Julgamento em: 11/06/2013, Órgão Julgador: 1º Turma; HC nº 106808, Relator: Gilmar Mendes, Julgamento em: 09/04/2013, Órgão Julgador: 2º Turma; ARE nº 685520, Relator: Dias Toffoli, Julgamento em: 19/03/2013, Órgão Julgador: 1º Turma; AP nº 474, Relatora: Carmen Lúcia, Julgamento em: 12/09/2012, Órgão Julgador:

Considerando em um primeiro momento somente àqueles nos quais não houve citação de experiências alienígenas, um fator importante que vale aqui ser mencionado é o de que somente dois casos cuidavam da compatibilização abstrata entre norma infraconstitucional e carta política.²⁹⁸ Nos demais, ou se estava diante do controle concreto de constitucionalidade, ou era o caso de competência originária ou mesmo recursal, que não extraordinária, da suprema corte.²⁹⁹ Além disso, tomando como base o mesmo montante de acórdãos, é possível também se perceber que em tal contexto, doze julgamentos, de um

Plenário; Inq nº 2874, Relator: Celso de Mello, Julgamento em: 20/06/2012, Órgão Julgador: Plenário; ARE nº 660992, Relator: Luiz Fux, Julgamento em: 08/05/2012, Órgão Julgador: 1º Turma; RE nº 555320, Relator: Luiz Fux, Julgamento em: 18/10/2011, Órgão Julgador: 1º Turma; ARE nº 638730, Relator: Luiz Fux, Julgamento em: 06/09/2011, Órgão Julgador: 1º Turma; RE 414426, Relatora: Ellen Gracie, Julgamento em: 01/08/2011, Órgão Julgador: Plenário; AO nº 1390, Relator: Dias Toffoli, Julgamento em: 12/05/2011, Órgão Julgador: Plenário; RE nº 299109, Relator: Luiz Fux, Julgamento em: 03/05/2011, Órgão Julgador: 1º Turma; RE nº 606451, Relator: Luiz Fux, Julgamento em: 23/03/2011, Órgão Julgador: 1º Turma; Inq nº 2332, Relator: Celso de Mello, Julgamento em: 10/02/2011, Órgão Julgador: Plenário; AI nº 401600, Relator: Celso de Mello, Julgamento em: 01/02/2011, Órgão Julgador: 2º Turma; RE nº 389096, Relatora: Ellen Gracie, Julgamento em: 08/09/2009, Órgão Julgador: 2º Turma; RE nº 511961, Relator: Gilmar Mendes, Julgamento em: 17/06/2009, Órgão Julgador: Plenário; RE nº 554772, Relator: Eros Grau, Julgamento em: 23/10/2007, Órgão Julgador: 2º Turma; Inq nº 2297, Relatora: Cármen Lúcia, Julgamento em: 20/09/2007, Órgão Julgador: Plenário; AC nº 1406 MC-QO, Relator: Gilmar Mendes, Julgamento em: 21/11/2006, Órgão Julgador: 2º Turma; ADI nº 3741, Relator: Ricardo Lewandowski, Julgamento em: 06/08/2006, Órgão Julgador: Plenário; RE nº 327414, Relator: Celso de Mello, Julgamento em: 07/03/2006, Órgão Julgador: 2º Turma; HC nº 83996, Relator: Carlos Velloso, Julgamento em: 17/08/2004, Órgão Julgador: 2º Turma; RE nº 221239, Relatora: Ellen Gracie, Julgamento em: 25/05/2004, Órgão Julgador: 2º Turma; HC nº 83125, Relator: Marco Aurélio, Julgamento em: 16/09/2003, Órgão Julgador: 1º Turma; RE nº 208685, Relatora: Ellen Gracie, Julgamento em: 24/06/2003, Órgão Julgador: 2º Turma; Inq nº 1588, Relator: Celso de Mello, Julgamento em 12/12/2002, Órgão Julgador: Plenário; Inq nº 1024, Relator: Celso de Mello, Julgamento em 21/11/2002, Órgão Julgador: Plenário; Pet nº 2702 MC, Relator: Sepúlveda Pertence, Julgamento em: 18/09/2002, Órgão Julgador: Plenário; ADI nº 869, Relator: Ilmar Galvão, Julgamento em: 04/08/1999, Órgão Julgador: Plenário.

²⁹⁸ A referência aqui é a ADI nº 3741 no qual se alegava ofensa ao princípio da anterioridade através da lei 11.300 de 2006 por esta incorrer em mudança no processo eleitoral, bem como a ADI nº 869 onde se buscava a declaração de inconstitucionalidade de expressão contida no parágrafo segundo do artigo 247 da Lei nº 8.069 de 1990.

²⁹⁹ Exatamente por isso às questões aqui possuem uma natureza mais técnica, figurando, portanto, em um plano de debate de menor complexidade. É o que, aliás, se vê ao se agruparem os casos aqui elencados em razão da discussão principal, tal como feito na sequência. Grupo 1 – possibilidade ou não de responsabilização civil e/ou penal de parlamentar, em razão da cláusula de imunidade material (Inq 2297; Inq 2874; RE 299109; RE 606451; Inq 2332; AI 401600; Inq 1588; e Inq 1024); Grupo 2 – questões tipicamente processuais aqui incluídas tanto a vedação ao reexame de material fático-probatório (RE 571151; ARE 638730; RE 389096; HC 109676), quanto o não conhecimento de recurso extraordinário em razão de inconstitucionalidade reflexa ou oblíqua (ARE 685520 e ARE 660992), além, é claro, da impossibilidade de inovação do feito trazendo questões complementares à decisão por meio de agravo regimental (RE 554772), a possibilidade ou não de antecipação de tutela através de ação cautelar em razão de recurso pendente de admissão no tribunal *a quo* (Pet 2702), bem como a dúvida a respeito de se o dano moral aferido por instância ordinária revela ou não repercussão geral apta a dar seguimento a recurso extraordinário (ARE 751724), e se é possível reconhecer efeito suspensivo à recurso extraordinário ainda pendente de julgamento (AC 1406). Grupo 3 – significado e alcance da imunidade tributária contida no artigo 150, inciso VI, alínea d da Constituição de 1988 (RE 434826; RE 327414; e RE 221239). Grupo 5 – o *quantum*, a existência e a inexistência de dano moral (AO 1390; RE 208685). Grupo 6 – configuração ou não de tipo penal ou penal militar (AP 474; HC 106808; HC 83996; HC 83125) e por último, Grupo 7 – a manutenção da jurisprudência da corte (RE 511961; RE 555320; e RE 414426).

montante total de trinta e dois, se deram no âmbito do plenário,³⁰⁰ já, de modo diverso, nos vinte casos remanescentes a prestação jurisdicional foi oferecida em uma das duas turmas pelas quais se organiza o pretório excelso.³⁰¹

Na outra extremidade, isto é, ao se levar em conta os casos em que há a utilização do recurso proveniente da comparação constitucional, as aproximações passíveis de serem feitas acabam por caminhar em sentido completamente oposto. Isso por que, em primeiro lugar, em quatro dos sete casos aqui inseridos, o julgamento se deu pelo plenário da corte, sendo que em três deles, a decisão foi proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade.³⁰² Já no tocante aos demais acórdãos, nestes as sentenças ao fim e ao cabo foram tomadas tanto no âmbito do controle concreto, como apenas e tão somente no contexto da segunda turma.³⁰³ A questão, porém, é que como em todos os julgados realizados pelo órgão fracionado, cuidava-se, sem exceção, do mesmo assunto, qual seja, matéria jornalística que expunha fatos e veiculava opiniões em tom de crítica, se estava diante da relatoria de idêntico ministro, no caso, Celso de Mello, bem como, as citações proferidas foram exatamente as mesmas, torna-se até mesmo redundante dizer que tais idiossincrasias retiram destes julgados um pouco de representatividade, afinal, é nítido que a menção ao arcabouço alienígena se dá aqui em razão da utilização aparente de um modelo, e não por conta da complexidade da causa.³⁰⁴ Assim

³⁰⁰ São eles: AP nº 474; Inq nº 2874; RE 414426; AO nº 1390; Inq nº 2332; RE nº 511961; Inq nº 2297; ADI nº 3741; Inq nº 1588; Inq nº 1024; Pet nº 2702 MC; e ADI nº 869.

³⁰¹ RE nº 434826; ARE nº 751724; RE nº 571151; HC nº 109676; HC nº 106808; ARE nº 685520; ARE nº 660992; RE nº 555320; ARE nº 638730; RE nº 299109; RE nº 606451; AI nº 401600; RE nº 389096; RE nº 554772; AC nº 1406 MC-QO; RE nº 327414; HC nº 83996; RE nº 221239; HC nº 83125; RE nº 208685.

³⁰² Constituem as ações de controle abstrato citados a ADI nº 4274; a ADI nº 4451 MC-REF; e a ADPF nº 130. Já o caso no qual se socorreu do material forasteiro no âmbito da competência recursal do STF foi o HC nº 82424.

³⁰³ Tratam-se do AI nº 690841 AgR/SP; do AI nº 705630 AgR/SC; e do AI nº 675276 AgR/RJ.

³⁰⁴ Em tais casos, a citação foi *ipsis litteris*, a mesma em todos eles. Assim, vejamos a primeira: “[...] Não foi por outro motivo – e aqui rememoro anterior decisão por mim proferida nesta Suprema Corte {Pet 3.486/DF, Rel. Min. Celso de Mello} – que o tribunal constitucional espanhol, ao veicular as sentenças nº 6/1981 {Rel. Juiz Francisco Rubio Llorente}, nº 12/1982 {rel. Juiz Luís Díez-Picazo}, nº 104/1986 {rel. Juiz Francisco Tomás y Valiente} e nº 171/1990 {rel. Juiz Bravo-Ferrer}, pôs em destaque a necessidade essencial de preservar-se a prática da liberdade de informação, inclusive o direito de crítica que dela emana, como um dos suportes axiológicos que informam e que conferem legitimação material a própria concepção do regime democrático [...]” (AI nº 690841 AgR/SP, página 416; AI nº 705630 AgR/SC, p. 313; e AI nº 675276 AgR/RJ, pp. 306-307). Já a segunda, por outro lado, foi: “[...] Vale lembrar por relevante, tal como o fiz em anterior decisão neste Supremo Tribunal Federal {Pet. 3.486/DF, Rel. Min. Celso de Mello}, fragmento expressivo da obra do ilustre magistrado federal Sérgio Fernando Moro {Jurisdição Constitucional como Democracia, p. 48, item n. 1.1.5.5, 2004, RT}, no qual esse eminente juiz põe em destaque um ‘landmark ruling’ da Suprema Corte norte-americana, proferida no caso ‘New York Times v. Sullivan’ {1964}, a propósito do tratamento que esse Alto Tribunal dispensa à garantia constitucional da liberdade de expressão: ‘a corte entendeu que a liberdade de expressão em assuntos públicos deveria de todo modo ser preservada. Estabeleceu que a conduta do jornal estava protegida pela liberdade de expressão, salvo se provado que a matéria falsa tinha sido publicada maliciosamente ou com desconsideração negligente em relação à verdade. Diz o voto condutor do Juiz William Brennan que o debate de assuntos públicos deve ser sem inibições, robusto, amplo, e pode incluir ataques veementes, cáusticos e, algumas

sendo, em posse de tais informações, é possível afirmar que, regra geral, quando do socorro ao aparato não-nacional para a resolução dos casos de liberdade de expressão que se lhes apresentam, os ministros que compõe a mais alta corte do país, tanto se acham presentes no pleno, quanto estão à realizar juízos em tese.

Acontece que como o objetivo perquirido por este trabalho é obter um perfil mais robusto das peculiaridades desta atividade, tal missão, por óbvio, demanda a saída do plano das percepções de cunho mais generalista, para que se chegue até aquele no qual se concentram os pormenores. Neste patamar, porém, levando-se em conta a existência de uma verdadeira multiplicidade de informações, percebeu-se ser novamente necessária à elaboração de um mecanismo que conferisse sistematicidade a pesquisa. Assim, buscando por termo a mencionada inquietude, optou-se tanto por acomodar a investigação através da composição de algumas perguntas, como também, com o intuito de facilitar a exposição dos resultados obtidos a partir da resolução das mesmas, por agrupar os dados encontrados através deste exercício, em duas categorias distintas, no caso, quantitativa e qualitativa. Vejamos abaixo, portanto, como foram organizados tais blocos, que, inclusive, vale a menção, constituem a divisão estrutural dos próximos itens:³⁰⁵

A – Análise das variáveis quantitativas discretas:³⁰⁶

- o 1º Questão – Qual fonte foi a mais citada? Texto constitucional, precedente jurisprudencial ou doutrina?

vezes desagradáveis ao governo e às autoridades governamentais' [...]” (AI nº 690841 AgR/SP, pp. 418-419; AI nº 705630 AgR/SC, pp. 315-316; e AI nº 675276 AgR/RJ, p. 306-307).

³⁰⁵ Aqui vale a menção de que boa parte das perguntas elencadas foi extraída dos itens de análise apresentados por Luiz Magno Pinto Bastos Júnior e Alini Bunn (Não Publicado, p. 25), em texto gentilmente cedido pelo primeiro, e cujo título é “Abertura e Diálogo entre as Cortes Constitucionais: identificação dos padrões de utilização pelo STF do argumento de Direito Comparado”. A elas foram acrescidas algumas outras acessórias que se entendeu serem igualmente interessantes, de acordo com o que fora apresentado nos capítulos antecedentes, e consoante o objeto da presente dissertação, qual seja, perceber de que modo atua o Supremo Tribunal Federal quando este se vale de referências constitucionais comparatistas. É claro que tantos outros aspectos poderiam ser igualmente considerados, contudo, a limitação de tempo e de recursos acabou por cingir o estudo nestes contornos.

³⁰⁶ Segundo Sérgio Carvalho e Weber Campos (2008, p. 10) “[...] variável discreta é a variável quantitativa que não pode assumir qualquer valor, dentro de um intervalo de resultados possíveis. Por exemplo, se eu pergunto quantos irmãos você tem, a resposta jamais poderia ser ‘tenho 3,75 irmãos’, ou ‘tenho 4,8 irmãos’, ou seja, a resposta não poderia assumir todos os valores de um intervalo. Ou ainda, as respostas possíveis seriam sempre descontínuas. Usando ainda outras palavras, se a variável quantitativa é discreta, existirá um vácuo, uma descontinuidade, entre um resultado possível e outro. Estamos usando, até aqui, um conceito formal. Por sua vez, o conceito mnemônico é o seguinte: a variável discreta, em geral, é aquela obtida por meio de uma contagem, ou seja: a variável discreta nós contamos. Exemplos: quantas pessoas moram na sua casa? Quantos livros você tem em sua estante? Quantos carros importados você tem em sua garagem? Se, para responder à pergunta, recorreremos a uma contagem, então estamos diante de uma variável quantitativa discreta {ou descontínua}{[...]”.

- o 2º Questão – Qual foi o número de citação por ministros?
- o 3º Questão – Quantas foram as fontes citadas por país?

B – Análise das variáveis qualitativas nominais:³⁰⁷

- o 1º Questão – Foram apresentadas justificativas do porquê serem utilizadas as referências empregadas, bem como o porquê de se ter dado preferência a um e não a outro registro? Se sim, quais foram estas?
- o 2º Questão – De que forma foi manejado o material comparatista?
- o 3º Questão – Enxergou-se, de algum modo, uma preocupação em se contextualizar o material importado?
- o 4º Questão – Houve a indicação, ou pôde ser percebido algum cuidado metodológico nesta prática?
- o 5º Questão – Foi direcionada alguma crítica por parte de algum outro ministro? Se sim, qual?

Para que se proceda, contudo, à apresentação das respostas referentes a cada uma dessas interpelações, revela-se oportuno ainda, algo que por certo irá auxiliar na absorção dos elementos que serão explicitados adiante, expor aqui um resumo, mesmo que sucinto, de cada um dos casos de onde serão extraídos os componentes necessários para o cumprimento da mencionada tarefa.³⁰⁸ Em tal plano são eles, a ADI nº 4274, a ADI nº 4451 MC-REF, a ADPF nº 130, e o HC nº 82424, como também o AI de nº 690841, o de nº 705630 e o AI de nº 675276, observemo-nos:

- o ADI nº 4274 (Marcha da Maconha).

A ação proposta pela Procuradoria-Geral da República (PGR) contra o parágrafo 2º do art. 33 da Lei nº 11.343 de 2006,³⁰⁹ teve por objetivo pedir ao Supremo Tribunal Federal

³⁰⁷ Segundo Carvalho e Campos (2008, p. 11), “[...] se a variável qualitativa é de tal forma que não possamos verificar uma ordem, uma hierarquia, então diremos que a variável é nominal. Por exemplo, uma pesquisa para saber a religião de um grupo de pessoas. As respostas não são numéricas, logo a variável é qualitativa, e entre estas respostas não se pode estabelecer qualquer hierarquia, daí, religião praticada é uma variável qualitativa nominal. Outro exemplo: a sua cor preferida. Não é número, e não há hierarquia, logo, variável qualitativa nominal [...]”.

³⁰⁸ Faz-se necessário destacar que todos os resumos aqui apresentados, foram eles construídos em cima da leitura da ementa de cada um dos casos mencionados. Isso por que, como as mesmas são extensas, a cópia de inteiro teor acabou se mostrando contraproducente para o bom desenvolvimento desta dissertação.

³⁰⁹ “Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: Pena – detenção de um a três anos, e multa de cem a trezentos dias-multa”.

(STF) para que este realizasse interpretação conforme a constituição do dispositivo citado, de modo a excluir daí em diante qualquer exegese que pudesse por ventura ensejar na criminalização da defesa da legalização das drogas ou de qualquer outra substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos, tal como vinha sendo feito monocraticamente por inúmeros juízes ao redor do país. No mérito, e na linha do voto prolatado pelo relator, Ayres Britto, que entendeu que a criminalização da conduta não podia ser confundida com o debate sobre a referida criminalização, os ministros, vale destacar, firmaram por unanimidade o entendimento de que os direitos constitucionais de reunião e de livre expressão do pensamento garantiam por consequência a realização das famigeradas “marchas da maconha”.

o (II) ADI nº 4451 MC-REF (Humor nas Eleições).

Provocada pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT) e aparelhada com pedido de liminar, a referida ação teve por escopo a impugnação dos incisos II e III do art. 45 da Lei nº 9.504 de 1997,³¹⁰ sob o argumento de que tais dispositivos geravam um grave efeito silenciador sobre as emissoras de rádio e televisão, obrigadas a evitar a divulgação de temas políticos polêmicos para não serem acusadas de difusão de opinião favorável ou contrária a determinado candidato, partido ou coligação, bem como à seus órgãos ou representantes. Além disso, entendia também a autora que as normas citadas tinham ainda o condão de inviabilizar a veiculação de sátiras, charges e programas humorísticos envolvendo questões ou personagens políticos, durante o período eleitoral. Logo após ao deferimento parcial da cautelar pelo relator, ministro Ayres Britto, em sessão plenária para referendo ou não da mesma, restou consubstanciado por maioria de votos a suspensão da eficácia dos incisos II e III, sendo este último em sua parte final, bem como, por arrastamento ou atração, dos parágrafos quarto e quinto do mesmo artigo e lei,³¹¹ até o julgamento do mérito da causa, algo que, diga-se de passagem, ainda não ocorreu, sendo, inclusive, o relator,

³¹⁰ “A partir de 1º de julho do ano da eleição é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário: II – usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito; III – veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes”.

³¹¹ “§ 4º Entende-se por trucagem todo e qualquer efeito realizado em áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação; § 5º Entende-se por montagem toda e qualquer junção de registros de áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação”.

por força do instituto da aposentadoria compulsória, substituído pelo agora ministro Teori Zavascki.

o (III) ADPF nº 130 (Lei de Imprensa).

Ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), teve por meta a declaração de revogação de toda a Lei nº 5.250 de 1967,³¹² porquanto incompatível com os tempos democráticos. Ao fim do processo, apesar da divergência por parte de alguns ministros que entendiam ser importante a regulação da liberdade de expressão, posto que sem isso, se poderia caminhar para uma insegurança jurídica, firmou-se o STF, por maioria de votos, no sentido de que a citada legislação, de fato, não havia sido recepcionada pela atual constituição federal em toda a sua inteireza, já que incompatível com a lei fundamental, sendo, exatamente por isso, imprestáveis quaisquer tentativas de conciliação hermenêutica entre ambos os diplomas.

o (IV) HC nº 82424 (Caso Ellwanger).

Trata-se de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, impetrado em favor de Siegfried Ellwanger Castan contra decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que por maioria de votos manteve o julgamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), cujo entendimento foi o de que o paciente estava incurso no crime constante do artigo 20 da Lei nº 7.716 de 1989,³¹³ com a redação dada pela Lei nº 8.081 de 1990.³¹⁴ Por entender que a publicação e a edição de obras literárias de conteúdo antissemita não guardavam correlação com questões de raça, o pedido, portanto, manejado pelo *writ*, era pela desconstituição da averbação de imprescritibilidade constante do acórdão, e o reconhecimento em seguida, da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva. Por maioria, decidiu, porém, o Supremo Tribunal Federal, que era perfeitamente possível que livros fossem utilizados como instrumento para a prática de racismo, não estando os mesmos, por consequência, protegidos pela cláusula constitucional da liberdade de expressão, bem como,

³¹² Lei editada durante o regime de exceção e que tinha por objetivo regular a liberdade de manifestação de pensamento e de informação, razão pela qual ficou conhecida como “lei de imprensa”.

³¹³ “Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional. Pena: reclusão de dois a cinco anos”.

³¹⁴ TJRS, Apelação Crime n.º 695130484, Relator: Fernando Mottola, Julgamento em: 31/10/1996. STJ, 5ª Turma, Agravo de Instrumento nº 149673, Relator: Gilson Dipp, Julgamento em: 14/12/1998.

que tal crime também abrangeria também os judeus, negando em seguida o habeas corpus ao editor gaúcho.

- o (V) AI nº 690841; AI nº 705630; e AI nº 675276 (Críticas jornalísticas dirigidas a pessoas públicas).

Tratam-se todos eles de agravos regimentais em agravo de instrumento, cuja meta era impugnar decisão que entendia que publicação de matéria jornalística que veiculasse opinião em tom de crítica severa, dura, ou até mesmo impiedosa de figuras públicas, não induzia em responsabilidade civil. Em tal âmbito, julgou o STF que como o direito de crítica se encontra encampado pela liberdade constitucional de manifestação do pensamento, o exercício deste, ainda que exteriorizado de forma ácida, não o reduziria à dimensão de abuso da liberdade de expressão, já que descaracterizado aqui o intuito de ofender.

Relatadas tais sínteses, e tendo junto delas a posse de uma noção mínima a respeito da jurisprudência que se constitui como sendo a base da atual pesquisa, abre-se enfim a oportunidade de no próximo item, bem como naquele à que o segue, de se transpor aqui as informações recolhidas a partir da resolução dos questionamentos já anteriormente enumerados.

3.3 Análise das variáveis quantitativas discretas

No tocante a primeira das três variáveis quantitativas, que como dito acima, cuida de saber qual é a soma que corresponde a cada um dos diferentes tipos de fonte estrangeira utilizados pelos magistrados nos casos em exame, pôde se contabilizar, excluindo-se, por óbvio, às vezes em que no mesmo voto se fez menção à idêntica referência,³¹⁵ um universo absoluto e expressivo de noventa e um registros. Desse total, observou-se com surpresa, em virtude de nossa vinculação à tradição jurídica do *Civil Law*,³¹⁶ que setenta deles eram formados por precedentes jurisprudenciais. Em tal grupo, trinta casos foram citados uma

³¹⁵ Trata-se de prática muito comum entre os magistrados, rememorar a todo momento uma referência alienígena anteriormente citada em seu voto.

³¹⁶ Embora, de uma maneira geral isso não tenha causado tanta estranheza, já que como alerta Ken Kersch (2005, p. 377), nas últimas duas décadas, os juízes cada vez mais vêm congregando e compartilhando ideias institucionais e jurisprudenciais entre si.

única vez,³¹⁷ já outros quatorze julgados, quais sejam, *New York Times v. Sullivan* (376 US 254, 1964), *Abrams v. United States* (250 US 616, 1919), *Whitney v. California* (274 US 357, 1927), *Schenk v. United States* (249 US 47, 1919), *Hustler Magazine v. Falwell* (485 US 46, 1988), *Shaare Tefila Congregation v. Coob* (481 US 615, 1987), *Mandela and another v. Dowell Lee and another* (UKHL 7, 1982), Sentenças nº 6 de 1981, nº 12 de 1982, nº 104 de 1986, nº 171 de 1990 e nº 176 de 1995 do Tribunal Constitucional Espanhol, Caso *Lüth* (BVerfGE 7, 198, 1958), e Caso dos Soldados Assassinos (BVerfGE 93, 266, 1995),³¹⁸ demonstrando eles fruïrem de uma maior receptividade entre os ministros, foram lembrados repetidamente em mais de uma ocasião.

No universo dos registros remanescentes, porém, cumpre-nos destacar que em dez deles a menção se deu direta ou indiretamente a uma Doutrina estrangeira, isto é, a uma referência bibliográfica alienígena, na qual encontravam-se comentários à respeito de um texto constitucional que não o nosso, ou de uma jurisprudência pertencente a outro ordenamento. Em tal domínio, e a exemplo do que fora dito no capítulo segundo, funcionando cada uma destas citações enquanto um suporte às opiniões desenvolvidas pelos magistrados nos seus votos, foram encontradas alusões tanto a autores norte-americanos como Cass Sunstein,³¹⁹ Owen Fiss,³²⁰ Ronald Dworkin,³²¹ e Alexander Meiklejohn,³²² como também a

³¹⁷ Quais sejam: 1) *Patterson v. Colorado* (205 US 454, 1907); 2) *United States v. Williams* (553 US 285, 2008); 3) *Virginia v. Black et al.* (538 US 343, 2003); 4) *Pierce v. United States* (252 US 239, 1920); 5) *Gitlow v. New York* (268 US 652, 1925); 6) *Rosenblatt v. Baer* (383 US 75, 1966); 7) *Curtis Publishing Co. v. Butts* (388 US 130, 1967); 8) *Associated Press v. Walker* (389 US 28, 1967); 9) *Rosenbloom v. Metromedia* (403 US 29, 1971); 10) *Miller v. California* (413 US 15, 1973); 11) *Terminiello v. Chicago* (337 US 1, 1949); 12) *R.A.V v. City of St. Paul* (505 US 377, 1992); 13) *Texas v. Johnson* (491 US 397, 1989); 14) *Hague v. Committee for Industrial Organization* (307 US 496, 1939); 15) *Iorfida v. Macintyre* (93 CCC 3d 395, 1994); 16) Sentença nº 214 de 1999 do Tribunal Constitucional Espanhol; 17-20) Decisões de 10 e 11 de outubro de 1984, 18 de setembro de 1986 e 27 de julho de 2000, do Conselho Constitucional Francês; 21) Caso *Lebach* (BVerfGE 35, 202, 1973); 22) Caso *Spiegel* (BVerfGE 20, 62, 1966); 23) Caso *Klaus Mann* (BVerfGE 30, 173, 1971); 24) Caso do Romance Pornográfico (BVerfGE 83, 130, 1990); 25) Caso do Livro sobre a Guerra (BVerfGE 90, 1, 1994); 26) Caso *Schmid-Spiegel* (BVerfGE 12, 113, 1961); 27) Caso *Blinkfüer* (BVerfGE 25, 256, 1969); 28) Caso *Solidaritätsadrese* (BVerfGE 44, 197, 1977); 29) *United States v. Lemrick Nelson* (68 F.3d 583, 2d Cir.1995) e 30) *Reynolds v. Sims* (377 US 533, 1964).

³¹⁸ Em se tratando de saber a quantidade das repetições de cada um destes precedentes, pode se sublinhar aqui que *New York Times v. Sullivan*, um *leading case* no qual a *Supreme Court* decidiu que só poderia haver condenação de alguém por atentado contra a honra caso fosse constatada um *reckless disregard*, isto é, um dolo ou uma negligência grave na publicação de notícias falsas, foi citado quatro vezes. Também as Sentenças nº 6 de 1981, nº 12 de 1982, nº 104 de 1986, e nº 171 de 1990, todas do Tribunal Constitucional Espanhol, foram citadas quatro vezes só que pelo mesmo ministro, Celso de Mello, em casos diferentes. Por último, tanto os casos *Shaare Tefila Congregation v. Coob* e *Schenk v. United States* foram lembrados três vezes, quanto os casos *Abrams v. United States*, *Whitney v. California*, *Hustler Magazine v. Falwell*, *Mandela and another v. Dowell Lee and another*, a Sentença nº 176 de 1995 do Tribunal Constitucional Espanhol, o Caso *Lüth*, e o Caso dos Soldados Assassinos, foram eles mencionados duas vezes cada um.

³¹⁹ Sua ideia de que a liberdade de expressão não implica na impossibilidade de intervenção regulatória do Estado no sentido de promover e aperfeiçoar o debate público, constante da obra “*One case at a time. Judicial minimalism on the Supreme Court*” (Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 176) foi transcrita indiretamente pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto na ADPF de nº 130. Para mais informações ver: ADPF

juristas espanhóis e alemães, caso de Sérgio Fernando Moro, esse, aliás, três vezes,³²³ Pablo Salvador Coderch,³²⁴ Ingo Richter, Gunnar Schuppert,³²⁵ e Göran Rollnert Liern.³²⁶ No âmbito, por outro lado, dos onze últimos registros, estes associados cada qual a menção expressa de um texto básico, viu-se que nestas paragens a citação fora feita tanto aos artigos 1º e 5º da lei fundamental de *Bonn*, sendo o segundo destes dispositivos mencionado em duas oportunidades distintas,³²⁷ quanto também foram citados um trecho da redação da primeira

nº 130, Relator: Ayres Britto, Julgamento em: 30/04/2009, Órgão Julgador: Plenário. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 215.

³²⁰ Foram citados dois os trechos da obra “A ironia da liberdade de expressão – estado, regulação e diversidade na esfera pública” (Rio de Janeiro: Renovar: 2005), cuja autoria pertence a Owen Fiss, pelo Ministro Menezes Direito no curso de seu voto na ADPF de nº 130. Para mais informações ver: ADPF nº 130, Relator: Ayres Britto, Julgamento em: 30/04/2009, Órgão Julgador: Plenário. Voto do Ministro Menezes Direito, p. 89.

³²¹ Com o intuito de destacar a existência de uma orientação na jurisprudência norte-americana de que há limites para que o Estado crie balizas à liberdade de expressão, a referência feita pelo ministro Menezes Direito no âmbito da ADPF de nº 130, refere-se ao livro do autor intitulado “O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana” (São Paulo: Martins Fonte, 2006). Para mais informações ver: ADPF nº 130, Relator: Ayres Britto, Julgamento em: 30/04/2009, Órgão Julgador: Plenário. Voto do Ministro Menezes Direito, pp. 93-95.

³²² A menção foi posta no corpo voto do ministro Gilmar Mendes no âmbito da ADPF de nº 130, e refere-se a um trecho do título “*Political Freedom: the constitutional powers of the people*” (New York: Oxford University Press, 1965, pp. 19-21), no qual o autor chama a atenção para o fato de que a redação da primeira emenda a respeito da liberdade de expressão exige tanto do Congresso a promoção desse direito, quanto o dever de coibir certos discursos que atentem contra ela. Para mais informações ver: ADPF nº 130, Relator: Ayres Britto, Julgamento em: 30/04/2009, Órgão Julgador: Plenário. Voto do Ministro Gilmar Mendes, pp. 216-217.

³²³ A menção aqui é feita pelo ministro Celso de Mello ao livro “Jurisdição Constitucional como Democracia” (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004). A partir de tal obra, o ministro destaca a leitura do autor a respeito de um “*landmark ruling*” da Suprema Corte norte-americana, proferido no caso *New York Times v. Sullivan*, segundo o qual o debate sobre assuntos públicos deve ser sem inibições. Para mais informações ver: ADPF nº 130, Relator: Ayres Britto, Julgamento em: 30/04/2009, Órgão Julgador: Plenário. Voto do Ministro Celso de Mello, p. 157.

³²⁴ Para destacar que o direito à honra dos membros de um povo ou etnia, resulta lesionado quando se ofende ou despreza genericamente todo ele, o ministro Gilmar Mendes no HC nº 82424 se vale de um trecho da obra de autoria do mencionado jurista, e cujo título é: “*El derecho de la libertad*” (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 37-38). Para mais informações ver: HC nº 82424, Relator: Moreira Alves, Julgamento em: 17/09/2003, Órgão Julgador: Plenário. Aditamento do Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 970.

³²⁵ Gilmar Mendes, ainda no HC nº 82424, só que agora, porém, com o intuito de afirmar que o conflito entre liberdade de informação e direito de personalidade apenas surge *in concreto*, vale-se indiretamente neste caso do trabalho da autoria dos referidos autores, intitulado *Verfassungsrecht* (München: Beck, 2001, p. 29). Para mais informações ver: HC nº 82424, Relator: Moreira Alves, Julgamento em: 17/09/2003, Órgão Julgador: Plenário. Voto do Ministro Gilmar Mendes, pp. 660-661.

³²⁶ O trecho citado pelo Ministro Gilmar Mendes também no HC nº 82424, foi extraído da obra do autor chamada “*La libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (1980-2001)” (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Cuadernos y debates, 2002, p. 353-354). Em tal oportunidade o magistrado chamava a atenção para o fato de que a liberdade de expressão utilizada de modo a negar a dignidade humana, núcleo irreduzível do direito à honra em nossos dias, situa-se exatamente por isso fora da proteção constitucional. Para mais informações ver: HC nº 82424, Relator: Moreira Alves, Julgamento em: 17/09/2003, Órgão Julgador: Plenário. Aditamento de Voto do Ministro Gilmar Mendes, pp. 967-969.

³²⁷ A menção tanto ao artigo 1º quanto ao 5º foi feita na ADPF de nº 130 pelo ministro Gilmar Mendes (ADPF nº 130, Relator: Ayres Britto, Julgamento em: 30/04/2009, Órgão Julgador: Plenário. Voto do Ministro Gilmar Mendes, pp. 228-232). Já citação ao artigo 5º, por outro lado, foi desempenhada também pelo ministro Dias Toffoli no curso do julgamento da ADI nº 4451. (ADI nº 4451 MC-REF, Relator: Ayres Britto, Julgamento em: 02/09/2010, Órgão Julgador: Plenário. Voto do Ministro Dias Toffoli, p. 64).

emenda à carta magna dos Estados Unidos,³²⁸ e um elenco de vários artigos pertencentes as constituições de alguns estados que compõem a federação norte-americana.³²⁹ Posto isso, e de modo a facilitar a visualização dessas informações, abre-se então a oportunidade para que se perceba a partir da leitura do gráfico abaixo, como se acham distribuídas, portanto, segundo a tipologia das fontes, o número total de citações ao aparato estrangeiro que se encontrou nos casos sob estudo.

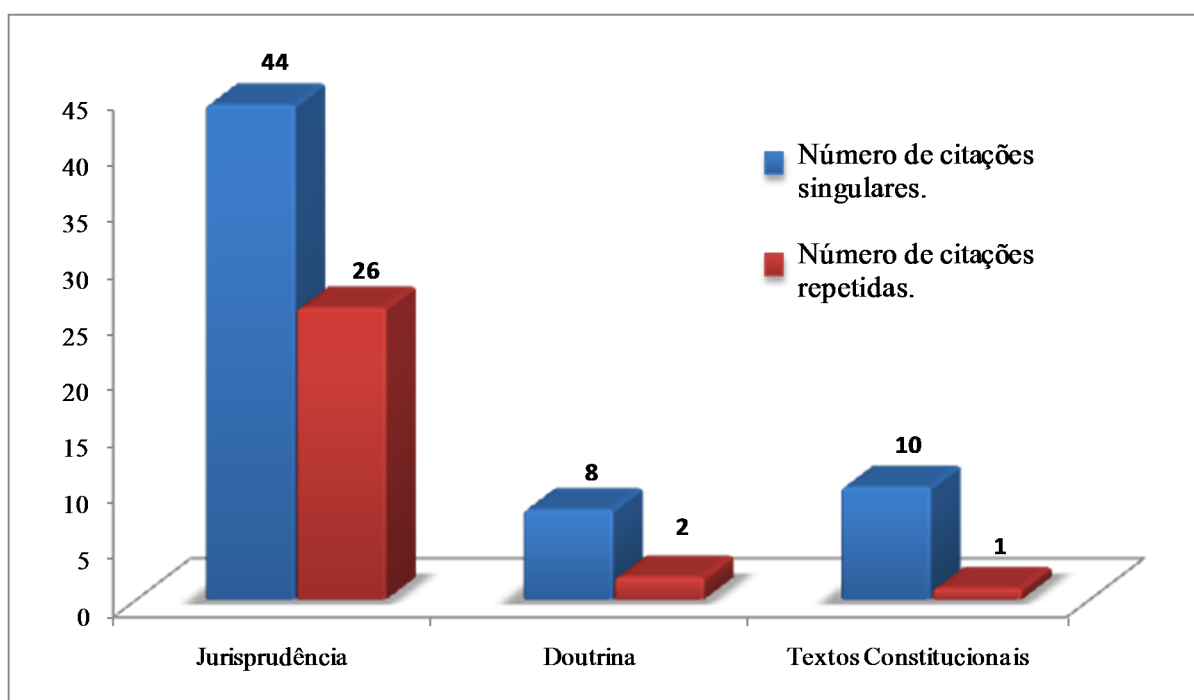


Figura 01 – Tipologia e quantidade do material citado nos casos sob estudo.

De posse desses elementos, e como já se teve a oportunidade de anteriormente colocá-las em destaque, surgem daí duas outras relevantes indagações de caráter quantitativo, uma comprometida a identificar qual foi o ministro que mais se utilizou das referências estrangeiras catalogadas, e outra destinada a saber de onde essas mesmas provêm. No que se refere à primeira delas, observou-se que do total de registros contabilizados, em não menos do

³²⁸ Qual seja: “[...] o congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião ou de proibir o seu livre exercício, ou para limitar a liberdade de apalavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de reunir-se pacificamente e de pedir ao Governo a reparação de seus agravos [...]” (ADPF nº 130, Relator: Ayres Britto, Julgamento em: 30/04/2009, Órgão Julgador: Plenário. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 209).

³²⁹ Art. XII, New Hampshire; Art. XLIII, Carolina do Sul; Art. 1º, Sec. 5, Delaware; art. XII, Pennsylvania; Art. XXXVIII, Maryland; Art. IV, sec. 3, Georgia; e art. XVI, Massachusetts. (ADPF nº 130, Relator: Ayres Britto, Julgamento em: 30/04/2009, Órgão Julgador: Plenário. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 209).

que trinta e sete vezes, número que corresponde a aproximadamente quarenta e quatro por cento deste montante, a menção a algum aparato alienígena foi realizada pelo ministro Gilmar Mendes. Em vinte e uma oportunidades, porém, a alusão feita ficou a cargo do ministro Celso de Mello. Em onze e dez oportunidades, cada qual as citações foram conduzidas respectivamente pelos juízes Menezes Direito e Marco Aurélio. E por fim, em três vezes cada, o arcabouço forasteiro foi lembrado pelos ministros Maurício Correa e Dias Toffoli, e em outras duas oportunidades, também cada, pelos ministros Moreira Alves, Ayres Britto e Cezar Peluso. Desta verificação, embora se perceba haver um acentuado relevo da mencionada prática no corpo das manifestações do ministro Gilmar Mendes, tal como se deixa, inclusive, cristalino na figura baixo, é possível a partir dela se constatar também, o fato de que boa parte dos magistrados, mesmo que em um número comparativamente mais reduzido de vezes, recorreram igualmente ao uso do argumento de direito constitucional comparado em seus votos.

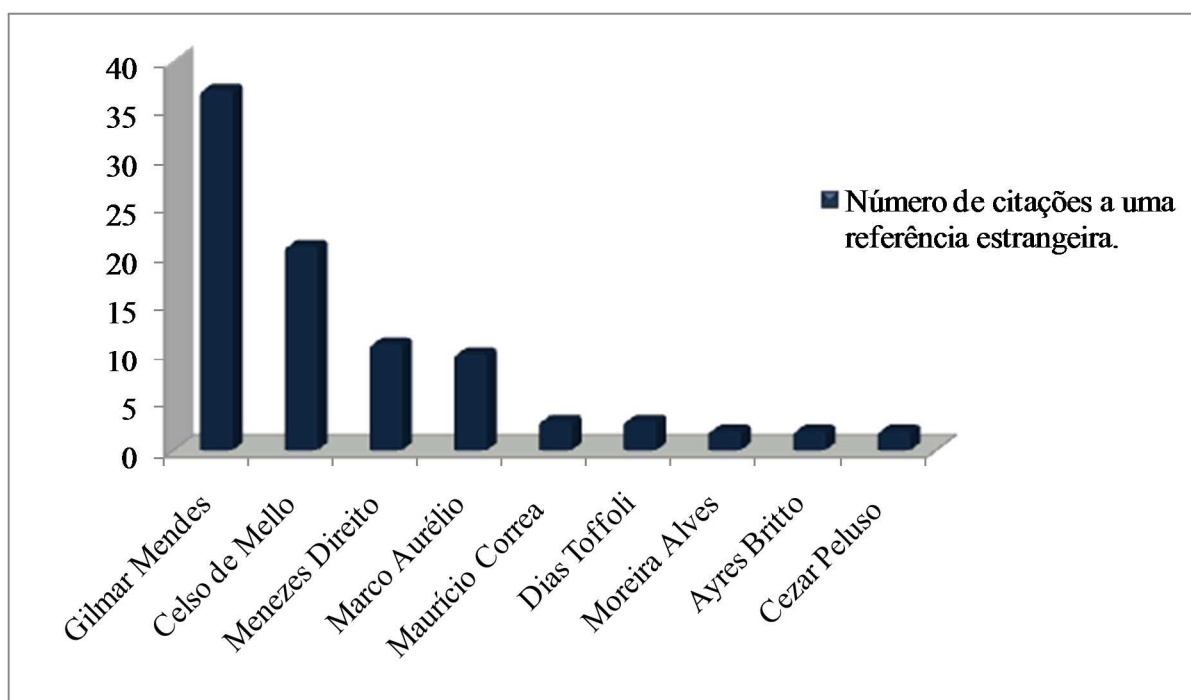


Figura 02 – Número de citações a uma referência estrangeira por ministro.

Na sequência destas notas, e tratando-se enfim de apontar os resultados concernentes ao último questionamento deste item, pôde se perceber que do montante de quarenta e quatro precedentes jurisprudenciais mencionados, pondo-se de lado agora as repetições, vinte e dois

deles eram de procedência norte-americana,³³⁰ dez, contudo, tinham origem alemã,³³¹ seis derivavam da Espanha,³³² quatro eram de proveniência francesa,³³³ um era oriundo do Canadá³³⁴ e o outro restante tinha natureza britânica.³³⁵ De outra monta, considerando-se somente a Doutrina alienígena explicitada, viu-se em tal âmbito que quatro dos trabalhos que foram lembrados eram de autores de nacionalidade estadunidense, dois, porém, de escritores espanhóis, e outros dois ainda de juristas germânicos.³³⁶ Por último, no que toca às referências de ordem textual, vale também o registro de que neste composto, oito dos materiais citados tinham origem *ianque*, e os dois últimos possuíam natureza alemã.³³⁷

Ora, de uma leitura simples destes dados, percebe-se claramente que em contraste com o arcabouço oriundo de outras nações, existe um especial relevo conferido àqueles procedentes dos Estados Unidos. Para se compreender o porquê desta realidade que, aliás, não causa tanta surpresa, já que trata-se de uma tendência estatística comum também em outros contextos (RAUTENBACH, 2013, p. 198; SAUNDERS & STONE, 2013, p. 33), duas são as explicações que se revelam possíveis e que podem aqui ser ventiladas: uma de cunho histórico específico e outra associada à *expertise*. Quanto à interpretação de caráter histórico, esta deita suas raízes no Decreto nº 848 de 1890. Editado ainda durante o governo provisório, e sob a influência de Campos Salles, o referido diploma criado com a finalidade de organizar toda a

³³⁰ *Patterson v. Colorado* (205 US 454, 1907); *Abrams v. United States* (250 US 616, 1919); *Whitney v. California* (274 US 357, 1927); *United States v. Williams* (553 US 285, 2008); *New York Times v. Sullivan* (376 US 254, 1964); *Schenk v. United States* (249 US 47, 1919); *Virginia v. Black et al.* (538 US 343, 2003); *Pierce v. United States* (252 US 239, 1920); *Gitlow v. New York* (268 US 652, 1925); *Rosenblatt v. Baer* (383 US 75, 1966); *Curtis Publishing Co. v. Butts* (388 US 130, 1967); *Associated Press v. Walker* (389 US 28, 1967); *Rosenbloom v. Metromedia* (403 US 29, 1971); *Miller v. California* (413 US 15, 1973); *Hustler Magazine v. Falwell* (485 US 46, 1988); *Terminiello v. Chicago* (337 US 1, 1949); *R.A.V. v. City of St. Paul* (505 US 377, 1992); *Texas v. Johnson* (491 US 397, 1989); *Hague v. Committee for Industrial Organization* (307 US 496, 1939); *Shaare Tefila Congregation v. Coob* (481 US 615, 1987); *United States v. Lemrick Nelson* (68 F.3d 583, 2d Cir.1995); *Reynolds v. Sims* (377 US 533, 1964).

³³¹ Caso *Lüth* (BVerfGE 7, 198, 1958); Caso *Lebach* (BVerfGE 35, 202, 1973); Caso *Spiegel* (BVerfGE 20, 62, 1966); Caso *Klaus Mann* (BVerfGE 30, 173, 1971); 33; Caso do Romance Pornográfico (BVerfGE 83, 130, 1990); Caso dos Soldados Assassinos (BVerfGE 93, 266, 1995); Caso do Livro sobre a Guerra (BVerfGE 90, 1, 1994); Caso *Schmid-Spiegel* (BVerfGE 12, 113, 1961); Caso *Blinkfüer* (BVerfGE 25, 256, 1969); Caso *Solidaritätsadresse* (BVerfGE 44, 197, 1977).

³³² Sentenças 6 de 1981, 12 de 1982, 104 de 1986, 171 de 1990, 176 de 1995 e 214 de 1999 do Tribunal Constitucional Espanhol.

³³³ Decisões de 10 e 11 de outubro de 1984, 18 de setembro de 1986 e 27 de julho de 2000, do Conselho Constitucional Francês.

³³⁴ *Iorfida v. Macintyre* (93 CCC 3d 395, 1994).

³³⁵ *Mandela and another v. Dowell Lee and another* (UKHL 7, 1982).

³³⁶ Como já dito anteriormente os autores citados foram, os norte-americanos Cass Sunstein, Owen Fiss, Ronald Dworkin, e Alexander Meiklejohn, os espanhóis Sérgio Fernando Moro e Pablo Salvador Coderch, e os alemães, Ingo Richter em trabalho escrito com Gunnar Schuppert, e Göran Rollnert Liern.

³³⁷ A referência mais uma vez aqui é ao artigo 1º e 5º da Lei Básica da Alemanha de 1949, a primeira emenda à constituição dos Estados Unidos da América de 1791, bem como aos artigos XII, XLIII, 1º, Sec. 5, XII, XXXVIII, IV, Sec. 3, e XVI respectivamente das constituições dos estados norte-americanos de New Hampshire Carolina do Sul, Delaware, Pennsylvania, Maryland, Georgia, e Massachusetts.

justiça federal, chama à atenção pela abertura contida em seu artigo 386. De acordo com o dispositivo “[...] os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de *common law* e *equity* [...]” seriam subsidiários da jurisprudência federal. Tal enunciado, unido a implantação logo em seguida de uma jurisdição constitucional por aqui nos moldes do modelo *ianque* (OLIVEIRA, 2008, p. 16), transformou-se na porta de entrada para o estabelecimento de uma cultura que mesmo com o passar dos anos e com as alterações legislativas subsequentes, continua viva ainda hoje entre os ministros do Supremo, qual seja, a de observar preferencialmente o que é produzido no contexto jurídico estadunidense. A essa visão, e de forma a complementá-la, a leitura que por outro lado atribui ênfase a *expertise*, tende ainda a indicar, na linha do que aponta Christopher McCrudden (2000, pp. 517) e já posto no capítulo anterior, que a inclinação para o material de origem estadunidense pode estar associada também ao nível de experimentação de um direito, o que se tratando de liberdade de expressão, sabe-se ser bem avançado por lá (BARENDT, 1994, p. 57).

Ocorre, porém, que a par de tudo o que fora exposto, isto é, em cima somente dos resultados alcançados pelas variáveis quantitativas, não se perfaz claro ainda, como os “parâmetros constitucionais extra-sistêmicos” (LOLLINI, 2007, p. 62) vêm sendo de fato integrados às manifestações dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Tais informações, embora auxiliem na composição geral do quadro, não possuem o condão de confirmar ou refutar as hipóteses desta dissertação. Para isso servem os dados qualitativos, o que importa dizer, que serão expostos no ponto seguinte.

3.4 Análise das variáveis qualitativas nominais

Inaugurando daqui em diante à seção na qual serão descritos os elementos categóricos apurados pela atual pesquisa, a primeira das questões que neste ponto se procurará oferecer respostas, busca saber se ao utilizarem o material comparatista de natureza constitucional nos casos estudados, os ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal apresentaram alguma razão para tanto, bem como se justificaram o porquê de serem elencadas as referências de alguns países em prejuízo de outros. Em tais contornos e de pronto, mostra-se cabível apontar de uma vez, que não foram constatadas explicitamente quaisquer

preocupações neste sentido. Dito de outro modo, isso significa dizer então, que quando da fundamentação de suas decisões, os membros de nossa corte maior se valem estrategicamente de experiências constitucionais estrangeiras, e as tomam enquanto elementos motivadores de seus posicionamentos, contudo, acobertados pelo princípio da livre convicção,³³⁸ os mesmos não têm por costume manifestar justificativas tanto sobre o que os instigou a fazer uso deste aparato, quanto sobre o que os levou a terem escolhido aqueles oriundos de um local e não os provenientes de outro.³³⁹ Neste sentido, será essa então, sempre uma opção de foro íntimo,³⁴⁰ que entre nós não é dado a saber (GLENSY, 2005, p. 401).³⁴¹

Todavia, embora tal seja a regra, de uma leitura mais atenta dos votos, percebeu-se em contrapartida a existência de algumas pistas, que ao menos nos permitem lançar duas luzes aqui sobre as razões que podem eventualmente ter orientado os juízes neste aspecto. Assim, por exemplo, é com a manifestação do ministro Dias Toffoli na ADI nº 4.451 MC-REF, e com o pronunciamento do ministro Marco Aurélio no HC nº 82424. Em ambos os casos, reclamam a atenção os títulos à que cada um dos magistrados deu ao trecho de seus votos onde os mesmos fizeram constar o material alienígena. No caso de Toffoli este foi: “[...] III. Casos concretos de limitação à liberdade de expressão. A experiência internacional no controle das liberdades comunicativas [...]” (ADI nº 4451 MC-REF, Relator: Ayres Britto, Julgamento em: 02/09/2010, Órgão Julgador: Plenário. Voto do Ministro Dias Toffoli, p. 63). Já no caso de Marco Aurélio a designação foi: “[...] 3. O modo pelo qual a jurisprudência comparada vem lidando com questões relativas ao princípio da liberdade de expressão [...]” (HC nº 82424, Relator: Moreira Alves, Julgamento em: 17/09/2003, Órgão Julgador: Plenário. Voto do Ministro Marco Aurélio, p. 902). Ora, valendo-nos do exposto no capítulo antecedente, o que se pode deduzir das duas legendas, é que talvez uma possível causa que pode ter orientado os ministros a listarem alguns julgados constantes do *case Law* de outros

³³⁸ A ideia de que o julgador pode utilizar qualquer fundamento que entenda necessário para resolver a causa, mesmo que não alegado pelas partes, e desde que a decisão venha suficientemente motivada, é atribuída pela doutrina ao chamado “Princípio do Livre Convencimento Motivado”, consagrado no art. 131 do Código de Processo Civil: “[...] o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento [...]”.

³³⁹ O que acaba tornando tais motivos indetectáveis (BENVENUTO, 2006, p. 2743).

³⁴⁰ É o que também afirma Osmar Benvenuto (2006, p. 2743), segundo o qual, além de muito, a maior parte dos fatores não são detectáveis.

³⁴¹ Em certa medida isso acaba por corroborar uma das críticas ao uso do constitucionalismo comparado pelas cortes vista no capítulo dois, a que defende que como até o momento não se articulou um coerente e consistente método de seleção do material estrangeiro a ser usado, tal fato resulta em uma aplicação orientada e auto-servente (BENVENUTO, 2006, p. 2739).

países, tenha sido a possibilidade de com isso, mirando o *know how* que os mesmos traziam consigo (MCCRUDDEN, 2000, p. 517), instruírem melhor seus posicionamentos.

Tal fato é o que se pode inferir também de um trecho da manifestação do ministro Gilmar Mendes no âmbito do julgamento da ADPF nº 130. Na ocasião, após um extenso pronunciamento de aproximadamente vinte páginas, onde se dedicou a apresentar considerações a respeito da liberdade de expressão e de imprensa, tanto no contexto jurídico norte-americano quanto no alemão, o magistrado se posicionou nos seguintes termos:

“[...] faço essas análises, buscando lições do direito comparado, para concluir que a ordem constitucional de 1988 abre espaço para uma lei de imprensa instituída para proteger outros princípios constitucionais, especialmente os direitos à honra e à privacidade, enfim, à dignidade humana, assim como para proteção da própria atividade jornalística e de comunicação em geral [...]” (ADPF nº 130, Relator: Ayres Britto, Julgamento em: 30/04/2009, Órgão Julgador: Plenário. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 235).

De modo diverso a esta aproximação, porém, acresça-se ainda outra construída também sobre um voto do ministro Gilmar Mendes, só que dessa vez no julgamento do “Caso Ellwanger”. Na oportunidade, logo após fazer menção a dois doutrinadores que debruçados sobre a jurisprudência da suprema corte espanhola, chegavam à conclusão de que o entendimento daquele tribunal era no sentido de que a utilização da liberdade de expressão para negar a dignidade humana, estaria fora da proteção constitucional, declarou o magistrado que estava, portanto, convencido de que uma concepção dos direitos fundamentais que não fosse liberal não poderia dar guarida a manifestações antissemitas tão intensas como aquelas que segundo ele constavam dos autos. A partir daí, disse também que “[...] o indeferimento do habeas corpus na espécie, seria fundamental para a afirmação de uma concepção de exercício dos direitos fundamentais no contexto de sociedades democráticas que não se compatibilizam com a prática de intolerância militante e com ataques à dignidade de grupos ou etnias [...]” (HC nº 82424, Relator: Moreira Alves, Julgamento em: 17/09/2003, Órgão Julgador: Plenário. Aditamento do voto do ministro Gilmar Mendes, p. 971). Com esta passagem, o que se pode cogitar é que o julgador assinalou indiretamente que a opção por se valer neste particular da experiência espanhola, foi importante para que se visse como uma nação de reconhecido *background* democrático vinha se posicionando neste campo, direção esta, aliás, que, de acordo com ele também, deveria ser seguida para que o Brasil se firmasse como membro que se sabe ser desta comunidade. Tal leitura, em certa medida, acaba por corroborar o primeiro

dos dez fatores que segundo Christopher McCrudden (2000, p. 516), e conforme exposto no capítulo dois, favorecem a esta prática, o de que quanto mais próximo for o regime político, maior por consequência é o grau de relevância das soluções jurídicas externas adotadas.

Vencido tal passo, na sequencia, outro ponto de interesse deste item ajusta-se ainda no sentido de esclarecer como o arcabouço alienígena foi manuseado pelos togados. A título de resposta, impinge-nos destacar que no universo de casos à que se vêm analisando no curso desta pesquisa, foram encontradas três formas de se lidar com este material,³⁴² a transcrição, a identificação da *ratio decidendi*, esta, vale dizer, aplicável apenas para o caso específico de um precedente jurisprudencial, e a citação de passagem.³⁴³ No que tange ao ato de transcrever, observou-se tanto que raras foram às vezes em que um juiz deixou de cumprir com a tradução livre do material importado,³⁴⁴ quanto também que ao adotarem esta variedade, os magistrados reproduziam trechos esparsos das mais distintas referências, e ofereciam quando muito, uma opinião simplista e até mesmo forçada em relação ao conteúdo das mesmas. É o caso, por exemplo, contido na manifestação do ministro Celso de Mello na ADPF de nº 130 e transcrito logo abaixo:

“[...] Se assim não fosse, os atos de caluniar, de difamar, de injuriar e de fazer apologia de fatos criminosos, por exemplo, não seriam suscetíveis de qualquer reação ou punição, porque supostamente protegidos pela cláusula da liberdade de expressão. Daí a advertência do juiz Oliver Wendell Holmes Jr., proferida em voto memorável, em 1919, no julgamento do caso *Schenk v. United States* {249 U.S 47, 52}, quando, ao pronunciar-se sobre o caráter relativo da liberdade de expressão, tal como protegida pela Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América acentuou que ‘a mais rígida proteção da liberdade de palavra não protegeria um homem que falsamente gritasse fogo num teatro e assim, causasse pânico’, concluindo, com absoluta exatidão, em lição inteiramente aplicável ao caso, que ‘a questão em cada caso é saber se as palavras foram usadas em tais circunstâncias e são de tal natureza que envolvem perigo evidente e atual de se produzirem os males gravíssimos que o Congresso tem o direito de prevenir. É uma questão de proximidade e grau’. É por tal razão que a incitação ao ódio público contra

³⁴² Todas elas, importante sublinhar, estão sendo utilizadas indiscriminadamente, tanto em uma perspectiva positiva, isto é, quando uma corte mira o material estrangeiro com olhares de aprovação, quanto também em um viés negativo, ou seja, quando um tribunal, a partir de uma perspectiva interna, observa as falhas de outros regimes constitucionais (FONTANA, 2001, p. 551).

³⁴³ De certa forma isso reforça o catálogo quanto à extensão da referência às fontes alienígenas, elaborado em trabalho escrito por Luiz Magno Pinto Bastos Júnior e Alini Bunn (Não Publicado, pp. 29-30).

³⁴⁴ As duas únicas exceções que se viu no universo dos votos estudados estão contidas na manifestação do ministro Gilmar Mendes na ADPF nº 130. Em tal ensejo, o magistrado reproduziu um comprido trecho da obra “*Political Freedom: the constitutional powers of the people*”, da autoria de Alexander Meiklejohn, todo ele sem traduzi-lo para o vernáculo, bem como um médio excerto do pronunciamento do *justice* Holmes no âmbito do caso *Abrams v. United States* (250 US 616, 1919). Para mais informações ver: ADPF nº 130, Relator: Ayres Britto, Julgamento em: 30/04/2009, Órgão Julgador: Plenário. Voto do Ministro Gilmar Mendes, pp. 212-217.

qualquer pessoa, povo ou grupo social não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão [...]” (ADPF nº 130, Relator: Ayres Britto, Julgamento em: 30/04/2009, Órgão Julgador: Plenário. Voto do Ministro Celso de Mello, pp. 158-159).

Já no tocante ao esforço de assinalar os fundamentos determinantes de um julgado extra-sistêmico, o que de modo diverso chamou à atenção foi que para tanto e em regra, os magistrados valeram-se da estratégia de construir uma síntese do caso, condensando esta normalmente em curtos parágrafos ou itens sem maiores elucubrações.³⁴⁵ Além disso, pôde-se verificar também que outro subterfúgio muito adotado pelos ministros neste patamar, foi ainda a transcrição de frases soltas e desconexas de uma sentença estrangeira, e a indicação destas expressa ou sutilmente, como sendo informativas, segundo um juízo pessoal, das teses jurídicas que orientaram a decisão. Em tais contornos, configura-se enquanto um paradigma desta lógica, o seguinte trecho retirado do voto do ministro Dias Toffoli no âmbito da ADI nº 4451 MC-REF:

“[...] É oportuno citar o famoso caso dos ‘soldados assassinos’ {*soldaten sind morder*} [...]”. “[...] Em decisões extremamente apertadas, o tribunal alemão determinou o reenvio dos casos à origem, por entender que as cortes locais não poderiam deixar de analisar a ocorrência de aparente abuso na liberdade de expressão dos que atribuíram aos militares à qualidade de assassinos. Segundo os juízes alemães ‘da mesma forma, a liberdade de expressão cede espaço, em regra, à proteção da honra no caso de expressões detrimen-tosas, que se apresentam como insulto ou difamação {BVerfGE 61, 1, 12}’. ‘Desse modo, uma crítica exacerbada ou até ofensiva por si mesma não transforma a expressão em ignominiosa. Tanto mais ocorre quando, na expressão, não esteja em primeiro plano o debate do tema, mas o {intuito} de difamar a pessoa. Deve essa também revestir-se da deprecição da pessoa, além da crítica polêmica e exagerada {BVerfGE 82, 272, 283, s.}’. ‘Por essa razão a crítica ignominiosa {contida} em expressões sobre um tema que toque essencialmente a opinião pública é tida como presente em caráter excepcional, e, de qualquer sorte, permanecerá limitada à denominada

³⁴⁵ Um bom exemplo aqui se trata do voto do ministro Marco Aurélio no HC nº 82424. Em tal oportunidade, o ministro como no trecho transcrito a seguir, apresentou uma lista de casos em itens distintos sem, porém, se preocupar tanto em realizar qualquer reflexão mais apurada sobre eles, quanto ainda em conectar o conteúdo deles, apenas se preocupando em apresentá-los estancamente, como um rol de exemplos diversos onde seria possível ver como foram solucionados os conflitos entre a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais encontrados em outras jurisdições: “[...] Caso Livro sobre a Guerra {Corte Constitucional Alemã – BVerfGE 90, 1-22. Julgado em 11 de janeiro de 1994}. O tribunal fixou a inconstitucionalidade da proibição de divulgação de livro no qual atribuía aos países aliados a culpa pela ocorrência da Segunda Guerra Mundial, por estar a obra protegida pela liberdade de opinião, ainda que se considere o interesse da proteção à juventude. O autor estaria agindo academicamente, porquanto buscava propagar um certo ponto de vista de histórica política. A corte ressaltou que a liberdade acadêmica resguarda também as opiniões minoritárias, bem como os resultados incorretos, ou incompletos. Teve presente a necessidade de haver um equilíbrio entre a liberdade de opinião e a proteção à juventude e que, no caso concreto, prevaleceria a liberdade de manifestação de pensamento porque os jovens somente poderiam se tornar adultos maduros e conscientes das escolhas se pudessem basear as discussões em diferentes opiniões sobre os mesmos fatos [...]” (HC nº 82424, Relator: Moreira Alves, Julgamento em: 17/09/2003, Órgão Julgador: Plenário. Voto do Ministro Marco Aurélio, p. 903).

disputa entre particulares {cf. BGH, NJW 1974, p. 1762}'. Há vários outros julgados do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre o tema. As circunstâncias de uma decisão de natureza cautelar não me permitem estender na enumeração desses importantes precedentes da experiência constitucional estrangeira [...]” (ADI nº 4451 MC-REF, Relator: Ayres Britto, Julgamento em: 02/09/2010, Órgão Julgador: Plenário. Voto do Ministro Dias Toffoli, pp. 64-65).

Por último, levando-se em conta o manejo realizado pela mera referência, isto é, quando a citação a um material alienígena é tomada somente enquanto um reforço de jaez erudito, simples menção de passagem que nada expõe, inova, nem contribui, a não ser para ornar superficialmente a argumentação conduzida por um juiz, o que se pôde constatar foi que tal fórmula, por dispensar outras diligências conexas, como seria o caso da tradução, foi justamente aquela que desfrutou de um considerável favoritismo entre os magistrados.³⁴⁶ Um bom exemplo capaz igualmente de nos ajudar a perceber como a mesma é levada adiante, está contido no fragmento abaixo, extraído da manifestação do ministro Marco Aurélio no julgamento do HC nº 82424:

“[...] À medida que se protege o direito individual de livremente exprimir as ideias, mesmo que estas apareçam absurdas ou radicais, defende-se também a liberdade de qualquer pessoa manifestar a própria opinião, ainda que afrontosa ao pensamento oficial ou ao majoritário. É nesse sentido que, por inúmeras ocasiões, a Suprema Corte Americana, em hipóteses a evidenciar verdadeiras colisões de direitos fundamentais, optou pela primazia da liberdade de expressão, mesmo quando resultasse em acinte aos valores culturais vigentes {por exemplo, pornografia, no caso *Miller v. California*} ou em desrespeito à imagem de autoridades e pessoas públicas, como no caso *Falwell v. Hustler Magazine, Inc.* [...]” (HC nº 82424, Relator: Moreira Alves, Julgamento em: 17/09/2003, Órgão Julgador: Plenário. Voto do Ministro Marco Aurélio, p. 875).

Ora, de posse destes dados representativos, o que a primeira vista deles se pode inferir, é que mesmo havendo distintas formas de manusear o arcabouço comparatista de natureza constitucional, tal fato não impediu que o mesmo fosse assumido pelos magistrados somente enquanto um componente acessório e retórico.³⁴⁷ Isso porque, como se deixou transparecer ilustrativamente acima, algo também observado nos demais registros, em

³⁴⁶ Para corroborar quantitativamente esta nota, mostra-se oportuno destacar que, dos noventa e um registros encontrados nesta pesquisa, nos quais havia uma referência a um aparato comparatista de natureza constitucional, e que já foram vistos mais detidamente em um momento anterior, em nada menos do que quarenta e cinco deles, ou seja, soma que corresponde a quase cinquenta por cento desse total, a menção foi feita através da fórmula da mera referência.

³⁴⁷ Afinal, na mesma linha do que pontua Osmar Benvenuto (2006, p. 2752), a forma através da qual a corte lida superficial e reduzidamente com as referências estrangeiras, indica que os juízes estão pouco preocupados com os benefícios materiais que o material alienígena pode prover, e mais interessados no seu uso para fins persuasivos.

nenhum instante se viu este material sendo investido na função de agregar fundamentos capazes de favorecer o alcance de um determinado resultado (SMITS, 2006, p. 488). Na verdade, e como denunciam as próprias expressões responsáveis comumente por introduzi-lo nos votos, quais sejam, “cabe referir”, “é oportuno”, “veja a esse propósito” e tantas outras,³⁴⁸ sua utilidade foi sempre a de complementar com exemplos,³⁴⁹ variando estes apenas quanto ao seu grau de exposição e consequentemente de convencimento,³⁵⁰ as razões substanciais que guiavam o pronunciamento do ministro.³⁵¹ Exatamente por assim ser, abre-se espaço então para enquadrar o Supremo enquanto uma corte adepta ao uso *soft* do constitucionalismo comparado.³⁵² Afinal, na esteira do que pontua Taavi Annus (2004, p. 303), algo já mencionado, inclusive, no capítulo antecedente, esse é o rótulo aplicável quando as referências estrangeiras, o que é o caso, são admitidas pelos juízes não como argumentos normativos, mas sim enquanto elementos úteis a reiterar os objetivos por eles traçados na lavra de suas manifestações.

A essa observação acresça-se ainda, outra que até mesmo responde a terceira das cinco questões à que se busca solucionar com este item, qual seja, a dúvida sobre se houve, quando do manejo das referências importadas, um cuidado em se fornecer o contexto das mesmas, ou não. Para tanto, contudo, mostra-se de suma importância colocar em destaque o fato de que contextualizar, para os fins da presente dissertação, não se confunde com o ato de explicar, ou clarificar os contornos que envolvem o cenário de um aparato que porventura

³⁴⁸ De certa forma, essas podem ser consideradas as versões nacionais dos termos “útil”, “proveitoso” e “instrutivo” a que Taavi Annus (2004, pp. 315-316) chama a atenção como sendo os que determinam o fato de um tribunal não estar se valendo normativamente de referências estrangeiras.

³⁴⁹ Também conhecido como uso de propósito informacional. O mesmo, embora anule boa parte dos possíveis benefícios que com a prática da referência aos elementos estrangeiros, se indica poder alcançar, tem como vantagem o fato de ao alterar pouco a opinião da corte, consequentemente torna difícil a diminuição do controle democrático, tal como se perfaz uma das críticas (BENVENUTO, 2006, pp. 2753-2754).

³⁵⁰ Isso porque, de acordo com Osmar Benvenuto (2006, p. 2742), ao contrário dos precedentes domésticos que são utilizados normalmente sem maiores reflexões, quanto mais o ministro refletir sobre os precedentes estrangeiros por ele citados, mais autoridade persuasiva ele terá.

³⁵¹ É o que, inclusive, se pode concluir também a partir de uma rápida leitura das ementas constantes dos acórdãos à que nesta dissertação se têm estudado. A título demonstrativo cabe referir neste ponto, por exemplo, o HC nº 82424. Nele, embora várias fossem as referências a uma fonte estrangeira, encontradas nas manifestações de distintos ministros, dos dezesseis tópicos constantes da ementa, porém, em somente parte de um deles foi feita menção ao uso desse material. E mesmo ali, a impressão claramente que se tem, a partir da forma como foi redigido o texto, é a de que o seu uso foi meramente ilustrativo, e nem de longe substantivo. Vejamos, portanto: “[...] manifestações da Suprema Corte norte-americana, da câmara dos lordes da Inglaterra e da corte de apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo [...]” (HC nº 82424. Relator: Moreira Alves, Julgamento em: 17/09/2003, Órgão Julgador: Plenário. Ementa, p. 524).

³⁵² Trata-se da forma mais comum entre as cortes, diga-se de passagem (ANNUS, 2004, p. 315).

esteja sendo citado. Na verdade, embora prática muito comum entre os ministros,³⁵³ a procura aqui, que com ela não se pretende confundir, é tanto por saber se os magistrados empenharam-se em situar o material comparado no ambiente normativo do qual o mesmo provinha, quanto também e mais do que isso, se tiveram a preocupação de ir adiante e localizá-lo na atmosfera fática³⁵⁴ na qual o mesmo se achava.³⁵⁵

Neste sentido, além de se notar serem escassos os registros nos quais os juízes se dedicaram a esta atividade, o que já de pronto denota a perniciosa existência de uma baixa adesão para com ela,³⁵⁶ percebeu-se ainda nas únicas ocasiões encontradas, que a mesma foi direcionada apenas na tentativa de alumiar pobremente, vale dizer, o contexto normativo do arcabouço não-nacional que se fez uso.³⁵⁷ Por assim ser, e de acordo com o que já postulavam os autores clássicos, ainda que com outro enfoque, é possível afirmar então que o uso do constitucionalismo comparado nos domínios de nosso tribunal maior, ao menos com relação aos casos de liberdade de expressão, trata-se ainda de uma prática levada à cabo de maneira

³⁵³ Apenas a título ilustrativo, tendo em vista serem muitas às vezes que os magistrados do STF procuram esclarecer os meandros do material por eles citados, vale a pena destacar o seguinte trecho do voto do ministro Marco Aurélio no âmbito do HC nº 82424. Na ocasião, o mesmo explica o que se deu no caso dos Soldados Assassinos (BVerfGE 93, 266) da seguinte forma: “[...] Determinadas pessoas foram acusadas e condenadas por crime de insulto à honra das forças armadas e de soldados individuais por terem escrito faixas, cartas e folhetos com afirmações de que ‘soldados são assassinos’ ou ‘soldados são assassinos em potencial’. O tribunal constitucional reconheceu não ser hipótese de crime contra a honra, e que, no caso, prevaleceria a liberdade de manifestação de opinião, esclarecendo que o fato de as declarações haverem sido formuladas de maneira polêmica não as excluem do âmbito de proteção aos direitos fundamentais. Os manifestantes teriam direito a tornar suas opiniões conhecidas, podendo até mesmo escolher as circunstâncias por meio das quais obteriam maior disseminação das ideias. O tribunal destacou ainda que a proteção à honra somente prevaleceria se as expressões utilizadas contra grupos coletivos atingissem pessoalmente a honra dos indivíduos daquela coletividade, o que não aconteceu no caso concreto [...]” (HC nº 82424, Relator: Moreira Alves, Julgamento em: 17/09/2003, Órgão Julgador: Plenário. Voto do Ministro Marco Aurélio, pp. 903-904).

³⁵⁴ Isto é, se procuraram relacionar o aparato estrangeiro ao seu meio sociopolítico, ou ainda se cuidaram de demonstrar as consequências empíricas de sua adoção no contexto de onde o mesmo era originário.

³⁵⁵ Como destaca, vale a menção, Stephen Breyer (2003, pp. 267-268) “[...] a quantidade de informação necessária, porém, vai depender da natureza e da extensão das diferenças que existem entre o sistema interno e o estrangeiro, a forma como o material alienígena está sendo usado, e o grau de importância que a ele é dado na fundamentação do pronunciamento [...]”.

³⁵⁶ Afinal isso de certa forma acaba por reforçar uma das principais objeções quanto ao uso do constitucionalismo comparado pelas supremas cortes, a que defende que os juízes tendem a utilizar este material com total desconsideração para com o contexto da onde os mesmos provêm (ROSENFELD, 2001, p. 68).

³⁵⁷ Neste âmbito, e de viés elucidativo, cabe aqui destacar uma passagem extraída do voto do ministro Celso de Mello no curso de sua análise da ADPF de nº 130. Nela, logo após o magistrado se reportar ao caso *Virginia v. Black et al* (538 US 343, 2003), e descrever a conclusão a que a *Supreme Court* norte-americana havia chegado, de que não seria incompatível com o texto da primeira emenda, uma lei penal que punisse como delito o ato de queimar uma ou várias cruzes, posicionou-se o magistrado, deixando nítida a relevância da supradita decisão em relação ao seu contexto legal, da seguinte maneira: “[...] Em tal julgamento, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América – cuja jurisprudência em torno da Primeira Emenda orienta-se no sentido de reconhecer, quase incondicionalmente, a prevalência da liberdade de expressão {adotando, por isso mesmo, o critério da ‘preferred position’} – proclamou, não obstante, que essa proteção constitucional não é absoluta, sendo lícito ao Estado punir certas manifestações do pensamento cuja exteriorização traduza comportamentos que veiculem propósitos criminosos [...]” (ADPF nº 130, Relator: Ayres Britto, Julgamento em: 30/04/2009, Órgão Julgador: Plenário. Voto do Ministro Celso de Mello, pp. 162-163).

deficiente (MIRANDA, 1970, p. 41). Isso porque, ao negligenciarem na maior parte das vezes o entorno normativo, e em todas elas, os fatores políticos, sociais e econômicos, que como se sabe, condicionam o direito constitucional (VERGOTTINI, 2004, p. 28), os ministros com isso acabam por assimilar as referências estrangeiras de modo raso e parcial (MURKENS, 2008, p. 13),³⁵⁸ dando azo, inclusive, para o emprego destas de forma distorcida (SAUNDERS, 2006, p. 67).³⁵⁹

Um bom e esclarecedor exemplo aqui, trata-se de um trecho do pronunciamento do ministro Marco Aurélio no HC nº 82424. Na oportunidade, ignorando toda a discussão político-jurídica subjacente ao caso *Texas v. Johnson* (491 US 397, 1989),³⁶⁰ bem como as consequências que decorreram da sentença nele proferida,³⁶¹ o referido juiz limitou-se simplesmente a dizer que a *Supreme Court* estadunidense “[...] fixou o entendimento de que atear fogo à bandeira norte-americana, configurava-se como uma espécie de manifestação de pensamento, protegida pela primeira emenda à Constituição [...]” (HC nº 82424, Relator: Moreira Alves, Julgamento em: 17/09/2003, Órgão Julgador: Plenário. Voto do Ministro Marco Aurélio, p. 906). Ora, tal como assevera David Fontana (2001, p. 617), nem de longe esta utilização do referencial alienígena, pode ser tomada enquanto “comparativamente refinada”. Isso por que, ao omitir as demais nuances e idiosincrasias do caso, e consequentemente desenhar um quadro incompleto dele,³⁶² o juiz acabou não deixando claro qual era o grau de sua relevância para a demanda em questão (FONTANA, 2001, p. 556;

³⁵⁸ Segundo Ran Hirschl (2008, p. 27) somente quando uma norma ou uma prática constitucional se torna muito difundida é que o contexto da onde ela provém passa a ter uma significância menor.

³⁵⁹ Isso por que: “[...] a tarefa daquele que realiza a comparação não pode ser simplesmente a de encontrar regras e suas funções, mas sim e, sobretudo, analisar o contexto em que ditas regras atuam e quais são os problemas que delas derivam. Chegar a conhecer ambos os contextos, constitui uma condição necessária para se empreender qualquer atividade de comparação que seja efetiva [...]” (SCARICGLIA, 2011, p. 111).

³⁶⁰ A discussão central e que desde muito se encontra no cenário político norte-americano, dizia respeito a saber se outros atos como este de queimar a bandeira, estariam abrigados ou não pela primeira emenda, já que esta expressamente apenas fala sobre o discurso falado e escrito. Ora, apesar de vencida a tese de que a profanação do símbolo nacional constituía sim um ato de expressão, reiterando assim a corte, sua jurisprudência não restritiva neste âmbito, faz-se importante destacar que o tema nem de longe pode se considerar pacífico, basta ver que o resultado final foi proclamado com o placar de cinco votos a favor e quatro dissidentes.

³⁶¹ Dos cinquenta estados da federação estadunidense, quarenta e oito deles à época, também possuíam leis semelhantes ao do estado do Texas, proibindo o desrespeito para com símbolos nacionais. Como, porém, partir da decisão, todas elas foram declaradas inconstitucionais, tal fato acabou provocando grande comoção social na sequência. Apenas para que se tenha uma ideia, vale destacar que capitaneadas principalmente pelos republicanos, mas não apenas, várias foram as tentativas nos anos seguintes, de se aprovar no Congresso uma emenda à constituição, que permitisse ao parlamento a elaboração de uma lei a nível nacional, no sentido de se proibir a queima de bandeiras.

³⁶² Para superar as barreiras de conhecimento que em geral as cortes possuem neste sentido, David Fontana (2001, p. 564) chega, inclusive, a defender que um tribunal pode se valer de um *expert* em comparação, ao qual se incumbirá a tarefa de olhar para além do texto constitucional e das decisões judiciais, e determinar quais, de fato, foram as implicações da adoção de um aparato qualquer em seu contexto originário.

SAUNDERS, 2006, p. 67),³⁶³ já que como se sabe, quanto mais diferenças contextuais existem, menos desejável, por consequência, um aparato estrangeiro se torna para a importação (FONTANA, 2001, pp. 559).³⁶⁴

Dando prosseguimento, outro ponto que também demanda interesse neste trabalho, diz respeito a saber se quando do emprego do material extra-sistêmico, houve a indicação ou pôde ser percebido algum cuidado metodológico por parte dos juízes que compõem o Supremo. Nesta perspectiva, importa de uma vez destacar, que como entre nós, à luz do que já fora visto nos vários registros transcritos acima, este recurso é costumeiramente empregado sem qualquer preocupação com o detalhamento de etapas ou passos percorridos,³⁶⁵ além do que, o é de igual modo, através de subterfúgios muito díspares que variam aleatória, e incoerentemente, caso a caso, ministro a ministro, e até mesmo fonte a fonte, a identificação de um padrão, de uma uniformidade, que nos permitisse apontar circunstancialmente, para a presença de uma dinâmica procedimental regular e própria em nossa corte maior, mostrou-se por isso como sendo de difícil alcance.

No entanto, a despeito deste impasse, o mesmo não nos impediu de enxergar em algumas passagens, ainda que poucas, certos traços de semelhança com os métodos oferecidos por Tushnet e Choudry, e apresentados no capítulo dois. É claro, porém, que isso não significa dizer que estes tenham sido, de fato, adotados pelos juízes, até por que, seria contraproducente fazer tal afirmação, já que ausentes em seus votos elementos o bastante para sustentá-la. Na verdade, o que se procura deixar cediço, é o fato de existirem em algumas ocasiões, vestígios de que ou um dos modelos foi abraçado só que não expressamente, ou ainda um deles foi seguido só que involuntariamente. Um paradigma, aliás, que auxilia a corroborar tal percepção, pode ser encontrado no pronunciamento do ministro Gilmar Mendes na ADPF de nº 130. Em um dos muitos trechos de seu voto, transcrito, inclusive, logo abaixo, é difícil não notar, principalmente quando da última frase ali contida, uma correspondência entre o que o magistrado informa ter por objetivo realizar, e aquilo à que Tushnet denomina

³⁶³ Uma corte “refinada comparativamente”, olha para o seu contexto e o compara com o contexto da fonte que pretende importar, para decidir se as diferenças são ou não significativas o suficiente para que seu uso seja evitado (FONTANA, 2001, p. 602).

³⁶⁴ Afinal, entendendo o contexto no qual uma referência se encontra, abre-se caminho para que se saiba quando se deve utilizá-la e quando não (SAUNDERS & STONE, 2013, p. 23).

³⁶⁵ Muito em conta talvez, por que como desconfia Ferraz Júnior (2013, p. 293), no processo decisório “[...] embora formalmente primeiro apareça a regra, depois a descrição do caso e por fim a conclusão, na verdade, o decididor tenderia a construir a decisão por um procedimento inverso, intuindo primeiro a conclusão a que se deve chegar, para então buscar regressivamente suas premissas [...]”, dentre elas, o material alienígena.

como o método do universalismo normativo, ou ao que Choudry nomeia como sendo o método universalista simplesmente. Isso por que, como ambos partem de idêntico pressuposto, qual seja, o de que o constitucionalismo implica na adoção de inúmeros princípios, tais como, o da participação política, o de igual tratamento abaixo da Lei, o de liberdade de consciência, o de liberdade expressão e tantos outros (TUSHNET, 2008, pp. 05-06),³⁶⁶ por consequência, o que se espera dos magistrados, quando estes se propõem a desempenhar uma pesquisa optando por qualquer um dos dois métodos, é a de que os mesmos efetuem uma comparação entre as distintas versões de como um idêntico postulado é trabalhado em outros locais, para que a partir deste exercício se possa melhor entendê-lo (CHOUDRY, 1999, p. 833).³⁶⁷ Ora, como se dá a perceber na sequência, é exatamente isso o que o ministro Gilmar Mendes se projeta a realizar:³⁶⁸

“[...] No debate permanente entre a liberdade absoluta e a liberdade restrita a jurisprudência das cortes produziu duas vertentes ou duas concepções sobre o significado ou o conteúdo da liberdade de imprensa. Nos Estados Unidos da América, formaram-se duas tradições ou dois modelos de interpretação da 1º Emenda: a primeira, uma concepção liberal, enfatiza o bom funcionamento do ‘mercado das ideias’ e remonta ao voto dissidente de Oliver W. Holmes no famoso caso *Abrams*; a segunda, uma concepção cívica ou republicana, ressalta a importância da deliberação pública e democrática e tem origem, além dos fundamentos lançados por James Madison, no voto de Louis D. Brandeis no caso *Whitney v. California*, culminando no famoso caso *New York Times Co. v. Sullivan*. {...} Na Alemanha, o Tribunal Federal Constitucional {*Bundesverfassungsgericht*}, por meio de uma jurisprudência constante que possui marco inicial no famoso caso *Lüth*, construiu o conceito de dupla dimensão, duplo caráter ou dupla face dos direitos fundamentais, enfatizando, por um lado, o aspecto

³⁶⁶ Essa é a mesma ideia pode ser extraída do pensamento de Choudry (1999, p. 833), segundo o qual todas as cortes constitucionais estão engajadas na identificação, interpretação e aplicação de uma idêntica lista de princípios. A diferença, porém, entre uma visão particularista e outra universalista quanto a isso, seria a de que os primeiros enfatizam as diferenças que existem entre os sistemas legais, já os segundos conseguem enxergar a unidade em meio à diversidade.

³⁶⁷ Outro não é o entendimento de Mark Tushnet (2008, p. 06), de acordo com o qual “[...] comparando diferentes versões podemos melhor entender os próprios princípios [...]”.

³⁶⁸ Vale, porém, destacar, que de acordo com Tushnet (2008, p. 09) esse não seria um método muito propício para princípios como o da liberdade de expressão, afinal “[...] seja como for, este é um princípio suscetível à complexidade, e sensível às circunstâncias apresentadas por problemas particulares. A liberdade de expressão precisa lidar com formas de expressão que envolvem apenas palavras, palavras associadas com símbolos, símbolos apenas, e ações que a interpretação social entende enquanto comunicativas. Deve lidar ainda com a expressão que é pensada com o objetivo de causar danos, através da persuasão dos ouvintes de que uma reivindicação feita é justa, através da estruturação do ambiente em que os ouvintes avaliam outras reivindicações, bem como com o desencadeamento de respostas sem o engajamento da capacidade cognitiva dos ouvintes. Deve lidar com danos que vão desde ataques a dignidade individual, até ameaças a sobrevivência nacional. E, é claro, deve lidar com o discurso político, com o discurso comercial, com o discurso sexualmente explícito, e com muitas outras formas de expressão. Com tantas variações indo de encontro a estrutura da liberdade de expressão, pode muito bem ser que a experiência nacional, através de casos suscitados de sua própria história, seja ela substancialmente mais iluminadora do princípio subjacente do que a experiência de outras nações, cada qual com sua história particular [...]”.

subjetivo ou individual, e por outro, a noção objetiva ou o caráter institucional das liberdades de expressão e de imprensa. Analisemos cada uma dessas tradições jurisprudenciais, que revelam o significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático [...]” (ADPF nº 130, Relator: Ayres Britto, Julgamento em: 30/04/2009, Órgão Julgador: Plenário. Voto do Ministro Gilmar Mendes, pp. 210-211).

Isso é o que se pode ver também na manifestação do ministro Menezes Direito, por ocasião de idêntico julgamento. Em tal oportunidade, e logo após fazer menção à precedentes da Suprema Corte norte-americana e do Conselho Constitucional francês, o magistrado concluiu se expressando da seguinte forma: “[...] vê-se, portanto, que, do ponto de vista científico, a liberdade de expressão integra, necessariamente, o conceito de democracia política, porquanto significa uma plataforma de acesso ao pensamento e à livre circulação das ideias [...]” (ADPF nº 130, Relator: Ayres Britto, Julgamento em: 30/04/2009, Órgão Julgador: Plenário. Voto do Ministro Menezes Direito, p. 90). Ora, ao assim arrematar, a impressão que daí se pode extrair é a de que as referências estrangeiras não foram utilizadas pelo togado com o fito, por exemplo, de se compreender somente um cenário jurídico externo e qualquer, mas sim e em idêntica linha ao que como visto, é proposto tanto pelo método universalista, quanto pelo seu equivalente, o método do universalismo normativo, enquanto exemplos capazes de auxiliar o juiz na tarefa de desenvolver uma compreensão geral e mais robusta do princípio em análise, na situação específica, a liberdade de expressão (JACKSON, 2012, p. 60).³⁶⁹

Ocorre, contudo, que a exceção de ambos os casos, nenhum outro com características que também pudessem indicar uma simetria com um dos métodos apresentados por Tushnet e Choudry pôde ser encontrado. Talvez, em relação ao funcionalista, por que como sublinha o próprio professor de Harvard (TUSHNET, 2008, p. 08), este é um tipo que tem por foco a comparação entre estruturas institucionais no plano positivo. Da mesma forma, com relação ao método contextualista, este por que, assim como já visto, contextualizar não é uma preocupação à que nossos ministros procuram se colocar. Além disso, quanto o da *bricolage*, este possivelmente por que o mesmo implica em incertezas e riscos bastante consideráveis.³⁷⁰

³⁶⁹ É o que também sublinha Mark Tushnet (2008, p. 08), segundo o qual “[...] para os universalistas, princípios gerais tais como liberdade de expressão e o da dignidade humana, entram em conflito quando alguém realiza um discurso castigando um grupo racial ou religioso de uma nação. Examinando como outras nações acomodaram esses princípios, pode ser um exercício útil no desenvolvimento dos contornos de como qualquer nação deve lidar com o discurso do ódio [...]”.

³⁷⁰ Segundo Günter Frankenberg (2012, p. 187) como ao se adotar este método, o magistrado se agarra a qualquer solução estrangeira sem conhecê-la suficientemente bem, o risco que se corre é o de que a importação

Já no que tange ao genealógico, como assume Choudry (1999, p. 907), este é restrito a um pequeno conjunto de países que possuem entre si uma relação normativa familiar. Quanto ao dialógico, a razão pode estar contida no fato de sê-lo complexo demais, já que demanda serem perseguidas três etapas para o seu sucesso (CHOUDRY, 1999, pp. 857-858). E por último, e mais provável, é possível que a causa seja ainda, tanto o desconhecimento, quanto o desprezo por estas estratégias. Seja como for, e mesmo que não sejam qualquer uma destas suposições, certo é que a ausência de mais exemplos apenas reforça que o uso do material estrangeiro, pelos juízes que compõem o Supremo, constitui-se, de fato, e ao menos explicitamente, como uma prática metodologicamente precária.

Questão final e que daí se impõe, porém, é saber se os ministros, em suas manifestações, procuraram desempenhar alguma crítica quanto a isso, e quanto a qualquer outro aspecto controverso desta prática, ou se ao oposto se abstiveram de participar de maiores discussões neste curso. Em resposta a esta dúvida, e diversamente do que ocorre, sobretudo, no contexto norte-americano, onde, como se sabe, há um intenso debate protagonizado na maior parte das vezes pelos *Justices* Antonin Scalia e Stephen Breyer,³⁷¹ sempre sobre importantes questões relacionadas ao uso do material de direito constitucional comparado pela *Supreme Court*, o que se viu entre nós, a partir da observação dos pronunciamentos dos juízes, contidos nos casos à que aqui se têm estudado, foi que qualquer opinião mais elaborada ou debate mais intenso, que se amoldasse no sentido de se por contra ou de se refletir a respeito deste exercício, foi inexistente. Assim, quando feita alguma objeção ou colocação, e somente duas foram às oportunidades em que isso se deu, as mesmas foram realizadas apenas tímida e superficialmente, sem que delas se seguisse qualquer polêmica.³⁷² Um primeiro destes exemplos está contido na declaração perpetrada pelo ministro Moreira Alves no HC nº 82424. Na ocasião, malgrado o juiz tenha na sequência feito

seja rejeitada pelo poder das elites ou da sociedade civil, ou não seja adaptável a cultura constitucional existente e ao arranjo institucional.

³⁷¹ Na linha do que salienta Gábor Halmai (2012, p. 1332): “[...] os diferentes argumentos normativos a respeito da relevância do material estrangeiro para a resolução de casos constitucionais, especialmente na prática da Suprema Corte norte-americana, podem ser extraídos de uma conversa entre o *Justice* Antonin Scalia e o *Justice* Stephen Breyer. Ambos concordam que o uso do direito comparado não possui autoridade, isto é, não possui a força de um precedente. Contudo, para Scalia, tal aparato não é nem legítimo, nem útil, enquanto para Breyer, o mesmo é tanto útil quanto legítimo, desde que seja considerado apenas e tão somente enquanto um elemento importante para o seu conhecimento e não como uma referência que possui autoridade [...]”.

³⁷² Isso por que é costume no Supremo, o fato de que ao ser pronunciado algo controvertido, algum magistrado que queira com isso discordar ou ratificar, peça ao colega um aparte, ainda que interrompa a leitura do voto. Como não fora feita a transcrição de nenhum debate oral neste momento, isso nos leva a crer, portanto, que as únicas colocações feitas não chamaram nem de longe a atenção dos outros juízes.

uso do arcabouço comparatista, o mesmo expôs suas reservas quanto a esta prática, pondo foco, conforme se pode ver abaixo, no aspecto cultural:

“[...] prosseguindo, Sr. Presidente, quero fazer algumas considerações sobre os precedentes colhidos no direito comparado, tendo eu reservas quanto à interpretação do direito nacional com base no direito estrangeiro, porquanto as tradições jurídicas, o raciocínio jurídico, o sistema jurídico e o ordenamento jurídico estão estreitamente vinculados com os aspectos culturais de um povo [...]” (HC nº 82424, Relator: Moreira Alves, Julgamento em: 17/09/2003, Órgão Julgador: Plenário. Voto do Ministro Moreira Alves, p. 608).

Já uma segunda vez, fica ainda pelo pronunciamento do ministro Marco Aurélio, emitido no curso do mesmo julgamento. Nele, e como se pode ver no trecho reproduzido logo a seguir, o togado em igual direção, mas com uma perspectiva distinta daquela elaborada pelo ministro Moreira Alves, direcionou a sua crítica para a ameaça que o referido material, segundo seu entendimento, poderia gerar para a identidade jurídica nacional (HARDING, 2003, p. 411), valendo-se para tanto dos seguintes termos:

“[...] repita-se, inexistem no Brasil os pressupostos sociais e culturais aptos a tornar um livro de cunho preconceituoso contra o povo judeu verdadeiro perigo atentatório à dignidade dessa comunidade. O mesmo não pode ser dito, por exemplo, no tocante a países como a Alemanha. Por mais que hoje já esteja disseminada na cultura germânica a ideia de que o pensamento nazista foi uma aberração, as chagas dessa ferida ainda não restaram totalmente curadas. O direito de liberdade de expressão quanto a esse tema, naquele país, seria muito mais restrito, e um caso concreto viria as ser tratado com muitíssimo mais vigor. É imprescindível que a solução deste habeas passe necessariamente por um exame da realidade social concreta, sob pena de incidirmos no equívoco de efetuar o julgamento a partir de pressupostos culturais europeus, a partir de acontecimentos de há muito suplantados e que não nos pertencem, e, com isso, construirmos uma limitação direta à liberdade de expressão do nosso povo baseada em circunstâncias históricas alheias à nossa realidade [...]” (HC nº 82424, Relator: Moreira Alves, Julgamento em: 17/09/2003, Órgão Julgador: Plenário. Voto do Ministro Marco Aurélio, pp. 893-894).

Ora, apesar de ficar perceptivelmente manifesto, a partir da leitura destes excertos, que inexistem em nossa corte maior, uma aguerrida e significativa oposição à utilização de referências estrangeiras por aqueles que a compõe, tal constatação sugere consigo, porém, tanto um ponto positivo, quanto um ponto negativo. Positivo, por que com isso e ao que

parece, todos os membros do Supremo, mesmo os autores das rasas críticas vistas acima,³⁷³ compartilham de um idêntico senso de abertura e aceitação para com esta prática. Algo, por consequência, que situa nossa corte constitucional, segundo a classificação de Vicki Jackson (2007, p. 171), no patamar de ser um tribunal que com ela é engajado.³⁷⁴ Já negativo, por outro lado, pois a ausência de qualquer ponderação ou desaprovação, levanta ainda e por fim, a suspeita de que o referido exercício é levado adiante pelos magistrados de forma acrítica. Quer dizer, os juízes simplesmente se utilizam do material comparatista, sem se interessarem, ato contínuo, por articularem qualquer reflexão sobre o que estão a fazer.³⁷⁵

Contudo, é claro e muito possível que peculiaridades como essa e as demais expostas acima estejam todas elas relacionadas apenas e diretamente com os casos de liberdade de expressão. Mas é igualmente provável ainda, que estas sejam bastante representativas de como a corte, de fato, atua. Assim sendo, faz-se importante que se acione aqui e de pronto, um sinal de cautela. Afinal, na esteira do que se pôde averiguar até o momento, como a utilização do arcabouço alienígena pelo Supremo, tem sido levada à frente por seus juízes de modo embaçado, incoerente e mais do que isso, descomprometido, tal fato acaba concorrendo tanto para a diminuição das potencialidades do mencionado material, já que restringe e muito suas contribuições (HIRSCHL, 2008, p. 35), quanto e da mesma forma, obstrui um necessário e possível controle de parte da função judicante, abrindo margem, por conseguinte, para a tomada de decisões arbitrárias e julgamentos ilegítimos (MCCRUDDEN, 2000, p. 507).

Afim de que se supere isso, ignorar como até então tem sido feito, certamente não é a melhor das soluções, o que portanto nos leva a crer que outra alternativa não há, senão uma que passe pelo encaminhamento de esforços intelectuais, sejam eles desempenhados pela academia, sejam eles levados adiante por aqueles que são os principais atores que da mencionada prática se socorrem, os magistrados, no sentido de se pensar em estratégias que possam se contrapor ou ao menos restringir estes efeitos deletérios. Isso por que, e valendo-nos do que muito bem coloca Austen Parrish (2007, p. 657), o problema não está e nem se encontra no fato da corte fazer menção a referências estrangeiras para a resolução das causas

³⁷³ Uma vez que isso não os impediu de na sequência de suas colocações, se utilizarem do aparato alienígena.

³⁷⁴ Isso seria positivo, pois de acordo com Vicki Jackson (2009, pp. 130-131), os benefícios de uma postura de engajamento não se encerram apenas no fato de que através dela, as referências estrangeiras funcionam enquanto uma lente crítica que auxilia na tarefa de avaliar as necessidades e os valores de nosso próprio sistema, mas estão contidos também no fato de que ao existir múltiplas relações de engajamento, avaliação, crítica e apreciação, abre-se a partir daí a oportunidade para que cada democracia constitucional aperfeiçoe seu próprio sistema.

³⁷⁵ A ausência de reflexão dificulta em certa medida, tanto a correção de eventuais falhas, já que estas passam a não ser debatidas, quanto também o aprimoramento daquilo apesar de bem articulado, pode ser aperfeiçoado.

que lhes são apresentadas, mas sim, reside no sucedido de como este aparato vem por ela sendo utilizado, o que no caso do Supremo Tribunal Federal, e como comprovam todos os dados colhidos no curso desta pesquisa, bem se pôde observar estar sendo de forma pouco sofisticada.

CONCLUSÃO

A presente dissertação teve por objetivo averiguar como os ministros do Supremo Tribunal Federal, vêm fazendo uso do material estrangeiro de natureza constitucional para a resolução das causas que lhes são apresentadas. Para isso, logo após ter sido feito um resgate histórico do desenvolvimento do constitucionalismo comparado, colocando aí em destaque o que em alguma medida tanto contribuiu quanto prejudicou o seu progresso, bem como após serem ofertadas algumas notas a respeito dos principais temas a que se dedicam a discutir os autores pertencentes ao grupo por nós denominado, enquanto sendo a vertente clássica dessa disciplina, e ainda sobre o que debatem aqueles que compõem o composto, por outro lado, a que nomeamos como de matriz contemporânea, foram apresentados por último os resultados alcançados a partir da investigação que levada adiante para se atingir o propósito já mencionado, teve como base os casos de liberdade de expressão pertencentes à jurisprudência do Supremo.

De tudo o que ficou exposto com base nos dados recolhidos, o que se pode concluir é que em se tratando da mais alta corte de nosso país, o uso do arcabouço comparatista por um de seus ministros, se dá quase sempre quando os mesmos se acham presentes no pleno, além do que quando estes estão ainda a realizar juízos em tese. De igual modo, e vale por em destaque, corroborando as hipóteses iniciais desta dissertação, esta prática tem sido desempenhada ainda, via de regra, tanto sem se preocupar com a apresentação de justificativas para o seu emprego, quanto também sem situar a referência importada em seu contexto de origem, carente de uma metodologia clara e concisa, diminuída em suas potencialidades, e adotada acriticamente, o que por resultado direto, acaba por dificultar com que esta realidade seja superada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. **The rise of world constitutionalism**. Occasional papers, nº 4, 1996. Disponível em: >http://digitalcommons.law.yale.edu/ylsop_papers/4<. Acesso em 03/01/2013.

AGESTA, Luis Sanchez. **Curso de Derecho constitucional comparado**. Madrid: Editora Nacional, 1968.

ALFORD, Roger. **In search of a theory for constitutional comparativism**. In: University of California Law Review. Nº 52, 2005.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de; & CARVALHO, Jorge Morais. **Introdução ao direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2013.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ANCEL, Marc. **Les grandes étapes de la recherche comparative au XXe. siècle**. In: TORRENTE, Andrea. Studi in memoria di Andrea Torrente. Milano: Giuffré, 1968.

ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do Direito Comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1980.

ANDERSON, Perry. **Passages from antiquity to feudalism**. New York: Verso, 2013.

ANNUS, Taavi. **Comparative constitutional reasoning**: the law and strategy of selecting the right arguments. In: Duke Journal of Comparative and International Law. Vol. 14, 2004.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Storia del Diritto Romano**. Napoli: Casa editrice Dott Eugenio Jovene, 1947.

ARISTÓTELES. **Política**. Brasília: Editora da UNB, 1985.

ASCARELLI, Tullio. **Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione**. Milano: Giuffré, 1952.

BALLIN, Paul Grunebaum. **Comment Bonaparte, premier consul, fonda le premier organisme français d'étude des législations étrangères et du droit compare.** In: *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1953.

BARAK, Aharon. **Response to the judge as comparatist:** comparison in public law. In: *Tulane Law Review*. Vol. 80, 2005.

BARENDT, Eric. **Importing United States free speech jurisprudence.** In: CAMPBELL, Tom; & SADURSKI, Wojciech. *Freedom of communication*. Hanover: Dartmouth publishing, 1994.

BENVENUTO, OSMAR. **Reevaluating debate surrounding the supreme court's use of foreign precedent.** In: *Fordham Law Review*. Vol. 74, issue 5, 2006.

BEST, Antony; HANHIMÄKI, Jussi; MAIOLO, Joseph; & SCHULZE, Kirsten. **International History of twentieth century and beyond.** New York: Routledge, 2008.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. **Constituzionalismo.** In: *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XI. Milano: Giuffré, 1962.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de filosofia aristotélica:** leitura e interpretação do pensamento aristotélico. Barueri: Manole, 2003.

BLAGOJEVIC, Borislav. **Le Droit comparé:** méthode ou science? In: *Revue Internationale de Droit Comparé*. N° 04, 1953.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política.** Brasília: Editora da UNB, 1997.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 15ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Liberdades.* In: MENDES, Gilmar Ferreira; & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2011.

BREYER, Stephen. **Keynote Address**. In: American Society of International Law. Nº 97, proceedings 265, 2003.

BRUDNER, Alan. **Constitutional goods**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

CALASSO, Francesco. **Storia e sistema delle fonti del diritto comune I: le origini**. Milano: Giuffrè, 1938.

CAÑIZARES, Felipe de Solá. **Introducción al Derecho Comparado**. Barcelona: Instituto de Derecho Comparado, 1954.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPITANT, Henri. (Org.). **Vocabulaire Juridique**. Paris: Presses universitaires de France, 1930.

CARVALHO, Sérgio; & CAMPOS, Weber. **Estatística Básica Simplificada**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

CHOUDHRY, Sujit. **Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitution interpretation**. In: Indiana Law Journal. Vol. 74, 1999.

_____. **Migration as new metaphor in comparative constitutional**. In: CHOUDHRY, Sujit. (Org.). The migration of constitutional ideas. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

CÍCERO, Marco Túlio. **La república y las leyes**. Edición de Juan M. Núñez González. Madrid: Akal, 1989.

CLAES, Monica. Constitutional Law. In: SMITS, Jan M. (Org.). **Elgar encyclopedia of comparative law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012.

CLARK, David Scott. **History of comparative law and society**. In: CLARK, David Scott. (Org.). Comparative Law and society. Edward Elgar Publishing, 2012.

CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. **Tratado de Direito Comparado**: introdução ao direito comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

COSTA, Rui da Cunha e. **Lições de Direito Constitucional Comparado**. Coimbra: Editora Livraria Neves, 1915.

DAMMANN, Jens. **The role of comparative law in statutory and constitutional interpretation**. In: St. Thomas Law Review. Vol. 14, 2002.

DANTAS, Ivo. **Direito constitucional comparado**. Vol. I. Teoria do Direito Comparado (Introdução, Teoria e Metodologia). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DAVID, René. **Traité élémentaire de droit civil compare**: introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950.

DEVEREUX, Daniel. **Classical political philosophy**: Plato and Aristotle. In: KLOSKO, George. (Org.). The Oxford handbook of the history of political philosophy. Oxford: Oxford University Press, 2011.

DIXON, Rosalind; & GINSBURG, Tom. Introduction. In: GINSBURG, Tom; & DIXON, Rosalind. **Comparative Constitutional Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011.

DOLINGER, Jacob. **The influence of American constitutional law on the Brazilian legal system**. In: The American Journal of Comparative Law. Vol. 38, nº 04, 1990.

DONAHUE, Charles. **Comparative law before the Code Napoléon**. In: REIMANN, Mathias; & ZIMMERMANN, Reinhard. The Oxford handbook of comparative law. Oxford: Oxford University Press, 2006.

DUARTE, Rui Pinto. **Uma introdução ao direito comparado**. In: O Direito. Ano 138. Vol. IV, 2006.

DUPRÉ, Catherine. **Importing the law in post-communist transitions**: the hungarian constitutional court and the right to human dignity. Oxford: Hart Publishing, 2003.

ESKRIDGE, William. **Reneging on History?**: playing the court/congress/president civil rights game. *In*: California Law Review. Vol. 79, 1991.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão e dominação. São Paulo: Atlas, 2013.

FEUERBACH, Anselm von. **Kleine Schriften vermischten Inhalts**. Nürnberg: Otto, 1833.

FRIEDMAN, Barry; & SAUNDERS, Cheryl. **Editor's introduction**. *In*: International Journal of Constitutional Law. Vol I, Issue 2, 2003.

FONTANA, David. **Refined comparativism in constitutional law**. *In*: University of California Law Review. Nº 49, issue 2, 2001.

_____. **The rise and fall of comparative constitutional law in the postwar era**. *In*: Yale Journal of International Law, vol. 36, 2011.

FORD, Jolyon. **Some reflections on a decade of international and comparative influence on the rights jurisprudence of the constitutional court of South Africa**. *In*: PLESSIS, Max du; & PETE, Steve. London: Lexis-Nexis Butterworths, 2004.

FRANKENBERG, Günter. Comparative Constitutional Law. *In*: BUSSANI, Mauro; & MATTEI, Ugo. (Org.). **The Cambridge companion to comparative Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

GACTO FERNÁNDEZ, Enrique; MARÍN, José María García; & ALEJANDRE, Juan Antonio. **Manual básico de historia del derecho**. Madrid: Laxes, 1997.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Alianza Editorial, 1984.

GARDBAUM, Stephen. **The new commonwealth model of constitutionalism**: theory and practice. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

GENET, Louis. **Droit et société dans la Grèce Ancienne**. Paris: Recueil Sirey, 1955.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GINSBURG, Tom. **Introduction**. In: GINSBURG, Tom. (Org.). *Comparative Constitutional Design*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

GIORDANI, Mário Curtis. **Iniciação ao direito romano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

GIRARD, Paul Frédéric. **L'Histoire des XII tables**. Paris: Société du Recueil general des lois & des arrest, 1902.

GUTTERIDGE, Harold Cooke. **Comparative Law**: an introduction to the comparative method of legal study and research. Cambridge: Cambridge University Press, 1949.

HABERLE, Peter. **Role and impact of constitutional courts in a comparative perspective**. In: PERNICE, Ingolf; KOKOTT, Julianne; & SAUNDERS, Cheryl. (Orgs.). *The future of the european judicial system in comparative perspective*. Baden-Baden: Nomos, 2006.

HAHM, David. **The mixed constitution in greek thought**. In: BALOT, Ryan. (Org.). *A companion to greek and roman political thought*. Oxford: Wiley-Blackwell, 2009.

HALMAI, Gabor. **The use of foreign law in constitutional interpretation**. In: ROSENFELD, Michel; & SAJÓ, András. (Orgs.). *The oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

HARDING, Sarah. **Comparative reasoning and judicial review**. In: *The Yale Journal of International Law*. Vol 28, 2003.

HENKIN, Louis. **A new birth of constitutionalism**: genetic influence and genetic defects. In: *Cardozo Law Review*. Vol. 14, 1993.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

_____. **The rise of comparative constitutional law**: thoughts on substance and method. In: *Indian Journal of Constitutional Law*. Vol. 02, nº 11, 2008.

_____. **The continued renaissance of comparative constitutional Law.** *In:* Tulsa Law Review. Vol. 45, n° 10, 2010.

_____. **From comparative constitutional law to comparative constitutional studies.** *In:* International Journal of Constitutional Law. Vol. 11, n° 01, 2013.

HOWARD, A. E. Dick. **A traveler from an antique land:** the modern renaissance of comparative constitutionalism. *In:* Virginia Journal of International Law. Vol. 50, issue 1, 2009.

HUG, Walther. **The history of comparative law.** *In:* Harvard Law Review. Vol. XLV. 1931.

JACKSON, Vicki. **Ambivalent resistance and comparative constitutionalism:** opening up the conversation on proportionality, rights and federalism. *In:* Journal of Constitutional Law. Vol. 1, issue 3, 1999.

_____. **Constitutional law and transnational comparisons:** the youngstown decision and american exceptionalism. *In:* Harvard Journal of Law & Public Policy. Vol. 30, n° 01, 2006.

_____. **Transnational challenges to constitutional law:** convergence, resistance, engagement. *In:* Federal Law Review. Vol. 35, n° 02, 2007.

_____. **Constitutional engagement in a transnational era.** Oxford: Oxford University Press, 2009.

_____. Comparative constitutional law: methodologies. *In:* ROSENFELD, Michel; & SAJÓ, András. (Orgs.). **The Oxford handbook of comparative constitutional law.** Oxford: Oxford University Press, 2012.

JACOBSON, Gary. **Apple of gold:** constitutionalism in Israel and the United States. Princeton: Princeton University Press, 1994.

_____. **The permeability of constitutional borders.** *In:* Texas Law Review. Vol. 82, 2004.

JELLINEK, George. **Teoria General del Estado.** Buenos Aires: Editorial Albatros, 1958.

JENNINGS, Jeremy. **Early nineteenth-century Liberalism**. In: KLOSKO, George. (Org.). The Oxford handbook of the history of political philosophy. Oxford: Oxford University Press, 2011.

JUNIOR, Luiz Magno Pinto Bastos. **Utilizacion del derecho constitucional comparado en la interpretación constitucional**: nuevos retos a la teoría constitucional. In: Estudos Constitucionales. Año 5, nº 02, 2007.

_____. **O papel do “argumento de direito comparado” como fator de convergência material** (Pós-Tese, Cap. 6). 68p. Manuscrito oferecido pelo autor. Não Publicado.

JUNIOR, Luiz Magno Pinto Bastos; & BUNN, Alini. **Abertura e diálogo entre as cortes constitucionais**: identificação dos padrões de utilização pelo STF do argumento de direito comparado. Programa de Pesquisa: Artigo 170/Governo do Estado. Projeto de Pesquisa nº 92/2008. Universidade do Vale do Itajaí. Manuscrito oferecido pelo autor. Não Publicado.

KAGAN, Elena. **The Harvard Law School revisited**: reflecting on Louis D. Brandeis’s Harvard Law School reflections. In: The Journal of Law. Vol. 11, nº 04, 2008.

KAHN, Paul. **Comparative constitutionalism in a new key**. In: Michigan Law Review. Vol. 101, 2003.

KANTOROWICZ, Ernst H. **Los dos cuerpos del rey**: un estudio de teología política medieval. Madrid: Akal, 2012.

KERSCH, Ken. **The new legal transnationalism, the globalized judiciary, and the rule of law**. In: Washington University Global Studies Law Review. Vol. 4, issue 2, 2005.

KLOSKO, George. **History of political theory**: an introduction. Vol. II. Modern. Oxford: Oxford University Press, 2013.

KÖTZ, Hein. **Scholarship and the courts**: a comparative survey. In: CLARK, David Scott. Comparative and private international law: essays in honor of John Henry Merryman on his seventieth birthday. Berlim: Duncker & Humblot, 1990.

KROTOSZYNSKI, Ronald J. **The first amendment in cross-cultural perspective**: a comparative legal analysis of the freedom of speech. New York: New York University Press, 2006.

LACHMAYER, Konrad. **The international constitutional law approach**: an introduction to a new perspective on constitutional challenges in a globalizing world. *In*: ICL-Journal. Vol. 1, issue 2, 2007.

LA TORRE, Massimo. **Constitutionalism and legal reasoning**: a new paradigm for the concept of law. Dordrecht: Springer, 2007.

LAW, David. **Globalization and the future of constitutional rights**. *In*: Northwestern University Law Review. Vol. 102, nº 03, 2008.

LAW, David; & VERSTEEG, Mila. **The declining influence of the United States constitution**. *In*: New York University Law Review. Vol. 87, 2012.

LOIS, Cecilia Caballero. **Uma Teoria da Constituição**: Justiça, Liberdade e Democracia em John Rawls. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito essencial para a obtenção do título de Doutora em Direito, 2001.

LOLLINI, Andrea. Legal argumentation based on foreign law: an example from case law of the South African Constitutional Court. *In*: Utrecht Law Review. Vol. 3, issue 1, 2007.

_____. **The South African Constitutional Court experience**: reasoning patterns based on foreign law. *In*: Utrecht Law Review. Vol. 8, issue 2, 2012.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MARCOS, Miguel González. **Comparative Law at the service of Democracy**: a reading of Arosemena's constitutional studies of the Latin American Governments. *In*: Boston University Law Review, nº 21, 2003.

MARTINEZ, Jenny. Horizontal structuring. *In*: ROSENFELD, Michel; & SAJÓ, András. (Orgs.). **The Oxford handbook of comparative constitutional law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998.

MCCRUIDDEN, Christopher. **A common law of human rights?** Transnational judicial conversations on constitutional rights. In: Oxford Journal of Legal Studies. Vol. 20, nº 04, 2000.

MCILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism:** ancient and modern. Indianapolis: Amagi Liberty Fund, 2007.

MICHELMAN, Frank. **W(h)ither the constitution?** In: Cardozo Law Review. Vol. 21, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Notas para uma introdução ao direito constitucional comparado.** Coimbra: Coimbra Editora, 1970.

_____. **Manual de Direito Constitucional.** Volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

MIRKINE-GUETZEVICH, Boris. **I metodi di studio del diritto costituzionale comparato.** In: Il Politico, rivista italiana di scienze politiche, 1951.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis.** São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MOON, Cody. **Comparative constitutional analysis:** should the United States Supreme Court join the dialogue? In: Washington University Journal of Law and Policy. Vol. 12, 2003.

MURKENS, Jo Eric Khushal. **Comparative constitutional law in the courts:** reflections on the originalists' objections. In: LSE Law, Society and Economics Working Papers. Nº 15, 2008.

OBIORA, Leslye Amede. **Reconstituted consonants:** the reach of a "common core" analogy in human rights. In: Hastings International & Comparative Law Review. Nº 21, 1998.

OLIVEIRA, Aline Lima de. **A limitação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no Brasil:** uma análise da influência dos modelos norte-americano, austríaco e alemão. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

ÖRÜCÜ, Esin. Mixed and Mixing Systems: a conceptual search. In: ÖRÜCÜ, Esin; ATTWOOLL, Elspeth; & COYLE, Sean. **Studies in Legal Systems:** mixed and mixing. London: Kluwer Law International, 1996.

OSIATYNSKI, Wiktor. **Paradoxes of constitutional borrowing**. In: International Journal of Constitutional Law. Vol. 01, nº 02, 2003.

PALMER, Vernon. **From Ieretholi to lando**: some examples of comparative law methodology. In: Global Jurist Frontiers. Vol. 4, issue 2, 2004.

PARRISH, Austen. **Storm in a teacup**: the U.S Supreme Court's use of foreign law. In: University of Illinois Law Review. Nº 02, 2007.

PEGORARO, Lucio. **El método en el Derecho Constitucional**: la perspectiva desde el Derecho comparado. In: Revista de Estudios Políticos. Nº 112, 2001.

_____. **La utilización del derecho comparado por parte de las cortes constitucionales**: un análisis comparado. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; & LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de. (Orgs.). La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio. Tomo II. Ciudad del México: UNAM, 2008.

PEGORARO, Lucio; & RINELLA, Angello. **Concepto y método del derecho constitucional comparado**. In: GARRIDO, Diego López; GARROTE, Marcos Francisco Massó; & PEGORARO, Lucio. **Nuevo derecho constitucional comparado**. Valencia: Tirant lo blanch, 2000.

PERJU, Vlad. **Constitutional transplants, borrowing and migrations**. In: Boston College Law School Legal Studies Research Paper Series. Nº 254, 2012.

POSADA, Adolfo. **Derecho político comparado**. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1906.

RABEL, Ernst. **Gesammelte Aufsätze**. Vol. III. Tübingen: H. G Leser, 1967.

RAHDERT, Mark. **Comparative constitutional advocacy**. In: American University Law Review. Vol. 56, issue 3, 2007.

RAUTENBACH, Christa. **South Africa**: teaching an “old dog” new tricks? An empirical study of the use of foreign precedents by the South African Constitutional Court. In: GROPP, Tania; & PONTTHOREAU, Marie-Claire. The use of foreign precedents by constitutional judges. Oxford: Hart Publishing, 2013.

ROSENFELD, Michel. **Constitutional migration and the bounds of comparative analysis.** *In: New York University Annual Survey of American Law.* Vol. 67, 2001.

ROSENFELD, Michel; & SAJÓ, András. **Introduction.** *In: ROSENFELD, Michel; & SAJÓ, András. (Orgs.). The Oxford handbook of comparative constitutional law.* Oxford: Oxford University Press, 2012.

ROSENKRANTZ, Carlos. **Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law.** *In: International Journal of Constitutional Law.* Vol. 1, issue 2, 2003.

RUBENFELD, Jed. **Freedom and time: a theory of constitutional self-government.** Yale: Yale University Press, 2001.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di. **Introduzione al Diritto costituzionale comparato.** Milano: Giuffrè, 1974.

SACCO, Rodolfo. **Legal formants: a dynamic approach to comparative law.** *In: American Journal of Comparative Law.* Vol. 39, 1991.

_____. **Introdução ao Direito Comparado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SALEILLES, Raymond. **La fonction juridique du droit comparé.** Stuttgart: F. Enke, 1909.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça no mundo contemporâneo.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SARASOLA, Ignacio Fernández. **Los partidos políticos en el pensamiento español: de la ilustración a nuestros días.** Madrid: Marcial Pons Ediciones de Historia, 2009.

SAUNDERS, Cheryl. **The use and misuse of comparative constitutional law.** *In: Indiana Journal of Global Legal Studies.* Vol. 13, 2006.

_____. **Judicial engagement with comparative law.** *In: ROSENFELD, Michel; & SAJÓ, András. (Orgs.). The Oxford handbook of comparative constitutional law.* Oxford: Oxford University Press, 2012.

SAUNDERS, Cheryl; & STONE, Adrienne. **Reference to foreign precedents by the Australian high court: a matter of method.** *In*: GROPP, Tania; & PONTTHOREAU, Marie-Claire. The use of foreign precedents by constitutional judges. Oxford: Hart Publishing, 2013.

SCARCIGLIA, Roberto. **Introducción al derecho constitucional comparado.** Madrid: Dykinson S.L, 2011.

SCHAUER, Frederick. **On extrajudicial constitutional interpretation.** *In*: Harvard Law Review. Vol. 110, nº 07, 1997.

_____. **Authority and authorities.** *In*: Virginia Law Review. Nº 94, 2008.

SCHEPPELE, Kim. **Agendas of comparative constitutionalism.** *In*: Law and Courts. Nº 13, 2003.

SCHLESINGER, Rudolf. **Comparative Law: cases and materials.** New York: Foundation Press, 1950.

SCHMITTHOFF, Clive. **The science of comparative law.** *In*: The Cambridge Law Journal. Nº 07, 1939.

SHAPIRO, Martin. **Public Law and judicial politics.** *In*: FINIFTER, Ada. (Org.). Political Science: the state of the discipline. Washington DC: American Political Science Association, 1993.

SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional comparado e processo de reforma do Estado.** *In*: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; & BEDÊ, Fayga Silveira. Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **A typology of transjudicial communication.** *In*: University of Richmond Law Review. Nº 102, 1994.

SMEIN, Adhémar. **Le Droit compare et l'enseignement du droit.** *In*: Nouvelle revue historique de droit français et étranger. Nº 24, 1900.

SMITS, Jan. **Comparative law and its influence on national legal systems.** *In:* REIMANN, Mathias; & ZIMMERMANN, Reinhard. (Orgs.). *The Oxford handbook of comparative law.* Oxford: Oxford University press, 2006.

SMYTH, Russell. **Citations of foreign decisions in australian state supreme courts over the course of the twentieth century:** an empirical analysis. *In:* Temple International & Comparative Law Journal. Vol. 22, 2008.

SORIA, Nieto. **Fundamentos ideológicos del poder real en Castilla** (Siglos XIII-XVI). Madrid: Eudema Universidad, 1988.

SPIGNO, Irene. **Namibia:** The Supreme Court as a foreign law importer. *In:* GROPP, Tania; & PONTTHOREAU, Marie-Claire. *The use of foreign precedents by constitutional judges.* Oxford: Hart Publishing, 2013.

STEIN, Peter Gonville. **El Derecho romano en la historia de Europa.** Madrid: Siglo XXI, 2001.

STONE, Adrienne. The comparative constitutional law of freedom of expression. *In:* GINSBURG, Tom; & DIXON, Rosalind. **Comparative Constitutional Law.** Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011.

TAKII, Kazuhiro. **The Meiji Constitution:** the Japanese experience of the west and the shaping of the modern state. Tokyo: International House of Japan, 2007.

TATE, Neal; & VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power.** New York: New York University Press, 1995.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2008.

THIO, Li-ann. **Beyond the “Four walls” in an age of transnational judicial conversations:** civil liberties, rights theories, and constitutional adjudication in Malaysia and Singapore. *In:* Columbia Journal of Asian Law. Vol. 19, nº 2, 2006.

TUSHNET, Mark. **The possibilities of comparative constitutional law.** *In:* Yale Law Journal. Nº 108, 1999.

_____. **Some reflections on method in comparative constitutional law.** *In:* CHOUDHRY, Sujit. (Org.). *The migration of constitutional ideas.* Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

_____. **Weak courts, strong rights:** judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. Princeton: Princeton University Press, 2008.

_____. **The inevitable globalization of constitutional law.** *In:* Virginia Journal of International Law. Vol. 49, 2009.

VALENTE, Milton Luiz. **A ética estoica em Cícero.** Porto Alegre: Escola Superior de Teologia de São Lourenço de Brindes, 1984.

VALLADÃO, Haroldo. **O Estudo e o ensino do Direito comparado no Brasil:** século XIX e XX. *In:* Revista de Informação Legislativa. Vol. 08, nº 30, 1971.

VERGOTTINI, Giuseppe de. **Derecho constitucional comparado.** Mexico D.F: UNAM, 2004.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement.** Oxford: Oxford University Press, 1999.

WEINRIB, Lorraine. **Constitutional concepts and constitutional comparativism.** *In:* TUSHNET, Mark; & JACKSON, Vicki. *Defining the field of comparative constitutional law.* Connecticut: Praeger, 2002.

WHITTINGTON, Keith. **The new originalism.** *In:* Georgetown Journal of Law and Public Policy. Vol. 2, 2004.

WIARDA, Howard J. **Comparative politics:** approaches and issues. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 2007.

WIEACKER, Franz. **História do Direito privado moderno.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

YOUNG, Ernest. **Foreign Law and the denominator problem**. *In*: Harvard Law Review. Vol. 119, 2005.

ZUMBANSEN, Peer. **Transnational comparisons**: theory and practice of comparative law as a critique of global governance. *In*: Osgoode Hall Law School Comparative Research in Law & Political Economy. N° 01, 2012.

ZWEIGERT, Konrad; & KÖTZ, Hein. **Introducción al derecho comparado**. Ciudad del México: Oxford University Press, 2002.