

Utilização persuasiva da jurisprudência estrangeira pelos Tribunais constitucionais

Guilherme Peña de Moraes¹

¹Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em exercício na Assessoria de Atribuição Originária Cível e Institucional da Procuradoria-Geral de Justiça. Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (UFF) e Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida (PPGD/UVA). Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ), Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e Pós-Doutor em Direito Constitucional pela *Fordham School of Law – Jesuit University of New York (FU/NY)*.

RESUMO: Este estudo pretende abordar a utilização da jurisprudência estrangeira por tribunais nacionais, com vistas à persuasão dos interlocutores do debate constitucional. A investigação metodológica e sistemática está voltada a estabelecer os pressupostos teóricos e pragmáticos da atividade suasória da justiça constitucional, de molde a afirmar a sua possibilidade, sem, entretanto, deixar de impor-lhe limites. Insere-se, por conseguinte, o trabalho que aqui se apresenta na área de concentração do controle de constitucionalidade nos sistemas jurídicos contemporâneos e, mais particularmente, na linha de pesquisa sobre a globalização do processo de tomada de decisão constitucional.

Palavras-chave: Justiça constitucional – Tribunal nacional – Soberania – Jurisprudência estrangeira – Poder persuasivo.

ABSTRACT: This study aims to address the use of foreign law by national courts, with views to the persuasion of the interlocutors of the constitutional debate. The scientific investigation is geared to establish the assumptions of the persuasive activity of constitutional justice in order to assert its possibility, without, however, fail to impose limits. Indeed, the work focuses on the area of concentration of the judicial review in contemporary legal systems and, more particularly, in the line of research on the globalization of the constitutional decision-making process.

Keywords: Constitutional justice – National court – Sovereignty – Foreign jurisprudence – Persuasive power.

1 INTRODUÇÃO

A questão da utilização da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais é afeta à solução de problemas jurídicos complexos que permeiam diversas ordens jurídicas, através de mútua influência.

Nesta ordem de ideias, o artigo que ora vem a lume está organizado em três tópicos, com numeração progressiva, sucedidos por um epílogo.

O primeiro é relativo à definição do uso persuasivo da jurisprudência estrangeira. Contextualmente, são examinadas: (i) a retrospectiva do constitucionalismo multinacional, com a determinação dos marcos histórico, filosófico e teórico do transconstitucionalismo, (ii) a perspectiva do diálogo das fontes do direito, a partir do esvaziamento progressivo da supremacia legislativa e, por isso, da transposição de poder do Legislativo para o Judiciário. O deslocamento do centro de gravidade revela a evolução de uma ordem jurídica monocêntrica para outra policêntrica, na qual toda a produção normativa não está alocada na legislatura eleita, e (iii) a prospectiva da integração de ordenamentos constitucionais heterorreferenciáveis, sem omissão dos particularismos legais de cada Estado nacional.

O segunda é remetida à persuasão racional dos tribunais constitucionais, ou não. Dentro da argumentação formulada, nos sistemas jurídicos contemporâneos, a utilização de elementos estrangeiros não somente é legítima *in abstracto*, mas também, em grande medida, é louvável *in concreto*, desde que o órgão de justiça, na moldura do processo constitucional, logre êxito em demonstrar que a sua atividade de último intérprete da Constituição nacional é conduzida pelo fio de uma disciplina rigorosa para a manipulação de materiais internacionais. O estudo tem a pretensão de construir um modelo teórico que franqueie aos tribunais nacionais critérios objetivos de seleção dos precedentes estrangeiros que podem, ou mesmo devem, ser utilizados pela justiça constitucional.

O terceiro é respeitante aos modelos de uso persuasivo da jurisprudência estrangeira. Efetivamente, as formas de utilização das experiências judiciais pelos tribunais constitucionais, com destaque para: (i) o modelo de assimilação, (ii) o modelo de reprodução ou referência, (iii) o modelo de incorporação e (iv) o modelo de repulsão

ou resistência, não são excludentes, de sorte que a diversificação de modelos de interação transjudicial pode ser vislumbrada em um mesmo órgão de justiça constitucional.

O último retrata as conclusões do presente.

1.1 Definição

O uso de jurisprudência estrangeira, ao longo do trabalho em exame, é definido como utilização de precedentes que, malgrado tenha sido emitidos por um tribunal nacional, são recebidos por outro com valor persuasivo.¹

Do ângulo do tribunal emissor, os precedentes nacionais devem ser usados como “decisões pretéritas que funcionam como modelos para decisões mais recentes”, tendo em vista a “aplicação de lições do passado para a resolução de casos concretos do presente e do futuro”.²

Do ângulo do tribunal receptor, os precedentes estrangeiros podem ser utilizados como *holding* ou *ratio decidendi*, em ordem a justificar racionalmente os fundamentos de decisões sobre questões constitucionais que permeiam os sistemas jurídicos contemporâneos, sob a égide do Direito Constitucional de convergência.³

Em harmonia com a linha pelo fio da qual a pesquisa é desencadeada, a investigação científica gira em torno de materiais estrangeiros – e não internacionais – que operam efeitos jurídicos nos Estados nos quais são emitidos, mas, em sentido oposto, não dizem respeito aos interesses dos Estados nos quais podem ser recepcionados.

Face ao exposto, considerando que o Direito interno é aberto, dinâmico, e suscetível de interagir com outros ordenamentos jurídicos, algumas observações preliminares se nos afiguram convenientes e oportunas para a delimitação do tema.

¹ TUSHNET, Mark V. *The Constitution of the United States of America: a contextual analysis*. Portland: Hart Publishing, 2009. p. 268-270.

² MACCORMICK, Donald N.; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: comparative study*. Brookfield: Ashgate Publishing Co., 1997. p. 522.

³ JENKINS, Jeffrey A. *The American Courts: a procedural approach*. Sudbury: Jones & Bartlett Learning, 2009. p. 19-20.

1.2 Materiais Estrangeiros

Conquanto a doutrina, não somente a nacional, mas também a estrangeira, em regra, não estabeleça a diferenciação semântica, a utilização de elementos internacionais e o uso de elementos estrangeiros pelos órgãos da justiça constitucional são distintos entre si.

Os tribunais constitucionais são vinculados, em tese, ao Direito internacional, eis que as decisões dos tribunais internacionais (ou supranacionais), como, *verbi gratia*, a Corte de Justiça e o Tribunal Penal Internacionais, da Organização das Nações Unidas, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, da Organização dos Estados Americanos, e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, da Organização do Conselho da Europa, devem ser utilizadas por todos ou alguns Estados que se submetem a sua jurisdição.

Os tribunais constitucionais podem ser persuadidos, em casos concretos, pelo Direito estrangeiro, dado que, em linha de princípio, as decisões oriundas de cada tribunal nacional de justiça constitucional única ou justiça constitucional de cúpula, como, *videbimus infra*, as Cortes ou Tribunais Constitucionais, da Itália e da Espanha, a Suprema Corte, dos Estados Unidos, e o Supremo Tribunal Federal, do Brasil, são usadas pelos Estados de onde promanam.⁴

⁴ No sentido do texto, Cindy G. Buys e Jacob J. Zehnder afirmam a necessidade da diferenciação entre a utilização de elementos estrangeiros e o uso de elementos internacionais, *in expressis*: “há dois tipos de Direito em questão nesse debate: o Direito estrangeiro e o Direito internacional. Estes dois tipos de Direito são, às vezes, confundidos pela doutrina”, de forma que “os casos que envolvem as convenções e tratados internacionais”, à evidência, são diferentes dos “casos que envolvem meramente questões domésticas e citem leis estrangeiras simplesmente para apoiar os fundamentos das decisões do tribunal constitucional. Os casos em que convenções e tratados internacionais são usados com eficácia vinculante não podem ser confundidos com os casos em que fontes legais estrangeiras são utilizadas com eficácia persuasiva”. No sentido contrário, Andrew B. Ayers e Ganesh N. Sitaraman negam a possibilidade de distinção entre o uso de elementos estrangeiros e a utilização de elementos internacionais, *in litteris*: “na última década, o uso de precedentes de Direito estrangeiro parece estar a aumentar”, de modo que “provocados pela utilização destes materiais, os doutrinadores têm escrito muito sobre se e quando o Direito internacional pode ser adequadamente considerado na interpretação constitucional”. BUYS, Cindy G. Burying Our Constitution in the Sand? Evaluating the Ostrich Response to the Use of International and Foreign Law in U.S. Constitutional Interpretation. *Brigham Young University Journal of Public Law*, n° 21, 2007, p. 4; ZEHNDER, Jacob J. Constitutional Comparativism: the emerging risk of Comparative Law as constitutional tiebreaker. *Valparaiso University Law Review*, n° 41, 2007, p. 1.742; AYERS, Andrew B. International Law as Tool of Constitutional Interpretation in the Early Immigration Power Cases.

O ensaio que ora compartilhamos, de acordo com a problematização do tema e a *delineamento da hipótese de trabalho, não excede à* sustentação da possibilidade – e eventualmente necessidade – da utilização de jurisprudência constitucional estrangeira pelos organismos da justiça constitucional. Trata-se unicamente de um “corte epistemológico”,⁵ ao limitar do presente o Direito internacional, sem representar qualquer posicionamento, positivo ou negativo, a respeito deste uso.

1.3 Questões Domésticas

Quanto aos Estados cujos tribunais constitucionais utilizam a jurisprudência estrangeira com autoridade persuasiva, restringe-se a proposta que levamos a efeito a “questões domésticas”,⁶ isto é, questões de Direito Constitucional subjacentes a processos que não tenham repercussão para além das fronteiras nacionais, em hipótese alguma.

De outra perspectiva, quanto aos Estados por cujos tribunais constitucionais a jurisprudência estrangeira é utilizada com autoridade persuasiva, a presente articulação é iluminada por julgamentos em que nenhum outro Estado nacional figure como sujeito, ativo ou passivo, da relação jurídica processual.

Em síntese, os casos sobre os quais nos debruçaremos não se reportam a interesses estrangeiros que, em tese, poderiam justificar a utilização de precedentes de outros tribunais constitucionais.⁷

Georgetown Immigration Law Journal, n° 19, 2004, p. 125, e SITARAMAN, Ganesh N. The Use and Abuse of Foreign Law in Constitutional Interpretation. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, n° 32, 2009, p. 653.

⁵ BACHELARD, Gaston. *Epistemologia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1971. p. 27. V., também, do mesmo autor: *A Formação do Espírito Científico: contribuição para uma psicanálise do conhecimento*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996. p. 17.

⁶ SANCHEZ, Ernesto J. Immunity of Former Foreign Government Official from Suit for Acts committed in an Official Capacity-Definition of Foreign State-Defenses to Jurisdiction. *American Journal of International Law*, n° 105, 2011, p. 319.

⁷ FIGUEIREDO, Marcelo. Notas a respeito da Utilização de Jurisprudência Estrangeira pelo STF no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n° 12, 2009, p. 319.

1.4 Cortes Federais e Estaduais

Nas federações, como a investigação é permeada pela jurisprudência estrangeira vislumbrada pelos tribunais constitucionais para servir-lhes de “elemento de convicção”,⁸ as decisões, monocráticas ou colegiadas, de cortes federais, a exemplo dos tribunais de apelação e juizados distritais, nos Estados Unidos, e cortes estaduais, a exemplo dos tribunais de justiça e juizados especiais, cíveis ou criminais, no Brasil, não são consideradas ao longo do texto.

À guisa de ilustração, estatística levantada por David T. Zaring comprova que, no sistema judicial norte-americano, “o tribunal estrangeiro mais citado pelas cortes federais é, por uma margem substancial de 34% das referências jurisprudenciais, o Alto Tribunal do Canadá”. Não se olvida que, “em particular, três órgãos federais têm a práxis de citar decisões estrangeiras”: o Juizado Distrital do Sul de Nova York, de Manhattan, o Juizado Distrital do Leste de Nova York, do Brooklyn, e o Tribunal de Apelação para o Segundo Circuito, instituído, da mesma forma, em Nova York.⁹

1.5 Direitos Humanos

Embora a dignidade da pessoa humana sobre a qual versam os arts. 1º, *initio*, 22 e 23, nº 3, da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁰ e, mais particularmente, os arts. 1º, inc. III, e 226, § 7º, *in fine*, da Constituição do Brasil¹¹ funcione como valor

⁸ MILLER, Nathan. An International Jurisprudence? The Operation of “Precedent” across International Tribunals. *Leiden Journal of International Law*, nº 15, 2002, p. 490.

⁹ ZARING, David T. The Use of Foreign Decision by Federal Courts: an empirical analysis. *Journal of Empirical Legal Studies*, nº 3, 2006, p. 320 e 324.

¹⁰ Declaração Universal dos Direitos Humanos, arts. 1º, *initio*, 22 e 23, nº 3: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao desenvolvimento da sua personalidade. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, meios de proteção social”. MORSINK, Johannes. *Universal Declaration of Human Rights*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2000. p. 281-320.

¹¹ Constituição do Brasil, arts. 1º, inc. III, e 226, § 7º, *in fine*: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático

supremo dos ordenamentos jurídicos das democracias contemporâneas, não se restringe a presente obra à utilização da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais para a proteção dos direitos humanos.

Forte nessa premissa, a garantia do princípio da supremacia constitucional,¹² como também a salvaguarda das distribuições horizontal e vertical do poder político,¹³ são objeto de investigação. O exame é referente a todas as questões constitucionais para cuja solução os tribunais constitucionais têm utilizado a jurisprudência estrangeira, dentre as quais está inserida a tutela processual dos direitos humanos.

1.6 Cortes Extranacionais

Um dos temas aos quais se dedica na pós-modernidade o Direito Constitucional, sobremodo na *Commonwealth*,¹⁴ é relativo ao controle de constitucionalidade extranacional, que se identifica pela atribuição de competência para revisão, ou não, de decisão de mérito de uma justiça constitucional a órgão, político ou judicial, de outro Estado nacional.

Visto isso, como a atividade recursal desempenhada pelas cortes extranacionais é estranha ao diálogo entre os tribunais constitucionais, a reflexão não se propõe a tratar dos casos que envolvem a interpretação das Constituições da Antígua e Barbuda, Bahamas, Dominica, Granada, Jamaica, Kiribati, Maurício, São Cristóvão e Nevis, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas, Trinidad e Tobago e Tuvalu,¹⁵ que submetem-se a revisão do Comitê Judicial do Conselho Privado do Reino Unido, a despeito da

de Direito e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal”. TAVARES, André R. *Constituição do Brasil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 320.

¹² KATZ, Ellis. *Federalism and Human Rights*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 1996. p. 1-10.

¹³ CAZETTA, Ubiratan. *Direitos Humanos e Federalismo*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 72.

¹⁴ CURTIS, Lionel G. *The Commonwealth of Nations*. London: Forgotten Books, 2012. p. 17.

¹⁵ GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why do Countries adopt Constitutional Review? *Journal of Law, Economics & Organization*, n° 30, 2014, p. 24.

independência que lhes foi reconhecida pela Grã-Bretanha e Irlanda do Norte entre 1962 e 1983.¹⁶

Também o *Nauru Appeals Act*, de 1976, estabelece que os recursos de julgamentos da Corte Suprema da República de Nauru em que se discuta matéria cível ou criminal podem ser conhecidos pelo Alto Tribunal da Comunidade da Austrália.¹⁷ O Supremo Tribunal do Reino dos Países Baixos, semelhantemente, ostenta o poder de revisão sobre as decisões da Corte Superior Conjunta de Justiça de Aruba, Curaçao e Sint Maarten, aos quais foi conferida, em 2010, a equivalência a “países constitucionais”.¹⁸

1.7 Questões Internacionais

A produção literária é desenvolvida sobre as fontes que não têm a ver com as questões de relações internacionais e de inserção externa dos Estados, como a execução da mobilização nacional, a declaração de guerra e a celebração da paz. Não há que se falar, pois, em alinhamento diplomático ou consular¹⁹ de um Estado, em razão do tratamento da jurisprudência constitucional de outro(s).

Nessa rota, informa Michael D. Ramsey que “a jurisprudência estrangeira é relevante para determinar o sentido, o alcance e o conteúdo das normas constitucionais que estabelecem os poderes internacionais do governo nacional”. No trabalho que vem a lume, porém, a jurisprudência estrangeira é direcionada a “contornar os poderes domésticos do governo nacional sob a perspectiva da opinião internacional”.²⁰

¹⁶ VOIGT, Stefan; EBELING, Michael W. Improving Credibility by Delegating Judicial Competence: the case of the Judicial Committee of the Privy Council. *Journal of Development Economics*, n° 82, 2007, p. 348-373.

¹⁷ FRENCH, Robert. Cooperation and Convergence – Judiciaries and Profession. *Journal of Judicial Review*, n° 11, 2012, p. 1.

¹⁸ BESSELINK, Leonard F. The Proliferation of Constitutional Law and Constitutional Adjudication, or How American Judicial Review came to Europe After All. *Utrecht Law Review*, n° 9, 2013, p. 22.

¹⁹ COELHO, Fillipe de Souza. O Brasil e a sua Política Internacional. *Revista de Geopolítica*, n° 2, 2012, p. 275.

²⁰ RAMSEY, Michael D. International Materials and Domestic Rights: reflections on Atkins and Lawrence. *American Journal of International Law*, n° 98, 2004, p. 71.

1.8 Materiais Interdisciplinares

Malgrado os estudos científicos a respeito do Direito Processual Constitucional, sobretudo o processo constitucional orgânico,²¹ ostentem caráter multi ou transdisciplinar, não lidamos com materiais desprovidos de eficácia jurídica nos Estados de onde provêm, a exemplo de músicas, poemas e outros produtos artísticos e culturais.²²

A título de mera ilustração, no Supremo Tribunal Federal do Brasil, o Ministro Marco Aurélio de F. Mello detratou a melodia “Sentimental Eu Sou”, de Altemar Dutra, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 107.615/MG,^{23, 24} assim como a Ministra Ellen G. Northfleet destacou a poesia “Acordar da Cidade de Lisboa”, de Fernando Pessoa, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.959/SP.^{25, 26} Linearmente, na Suprema Corte dos Estados Unidos, o *Justice* Antonin G. Scalia, no caso *Country of Sacramento v. Lewis*,

²¹ No sentido do texto, José Alfredo de O. Baracho e André R. Tavares afirmam a necessidade da diferenciação entre o processo constitucional orgânico e o processo constitucional das liberdades, *in textus*: “a jurisdição constitucional tutela a regularidade constitucional do exercício ou atividade dos órgãos constitucionais. Ao mesmo tempo, faz valer situações jurídicas subjetivas dos cidadãos, previamente consagradas no texto constitucional”. “A doutrina tem apartado em duas ordens a jurisdição constitucional”, na medida em que uma “se reporta ao conjunto de instrumentos predispostos a obter o cumprimento das disposições constitucionais que estabelecem limites de atribuição aos órgãos do poder”, ao passo que outra “tem por objeto a tutela processual dos direitos da pessoa humana”. No sentido contrário, Willis S. Guerra Filho e Paulo Roberto G. Medina negam a possibilidade de distinção entre o processo constitucional orgânico e o processo constitucional das liberdades, *in verbis*: “não nos parece conveniente ou, mesmo, justificável a dicotomia comumente adotada entre nós”, uma vez que “o desmembramento de que assim se cogita não se funda em base metodológica segura nem apresenta qualquer interesse prático. A duplicidade de meios para o estudo de assunto da mesma natureza incide numa superfetação que só viria prejudicar, no caso, o advento de uma disciplina que deles se ocupasse”. BARACHO, José Alfredo de O. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 113 e 126; TAVARES, André R. *Tribunal e Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1998. p. 109-110; GUERRA FILHO, Willis S. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 17-18, e MEDINA, Paulo Roberto de G. *Direito Processual Constitucional*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 5-6.

²² TUSHNET, Mark. Interdisciplinary Legal Scholarship: the case of history-in-law. *Chicago-Kent Law Review*, nº 71, 1996, p. 909.

²³ HC nº 107.615/MG. DJe-192.

²⁴ PARENTE, Renato. Indeferido *Habeas Corpus* em Furto de “Disco de Ouro” de Milton Nascimento. *O Globo*, de 08.09.2011, p. 8.

²⁵ HC nº 82.959/SP. DJe-169.

²⁶ PEREIRA, Maria José. A Hedionda Decisão da (In)Justiça Brasileira. *Correio Braziliense*, de 08.03.2006, p. A-25.

inseriu a música “You’re the Top”, de Cole Porter,^{27, 28} bem como o *Chief Justice* William H. Rehnquist, no caso *Texas v. Johnson*, introduziu o poema “Barbara Frietchie”, de John Whittier.^{29, 30}

2 CONTEXTUALIZAÇÃO

Nos tópicos que se seguem, empreende-se a delimitação histórica, filosófica e teórica do uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais.

2.1 Marco Histórico

O marco histórico do constitucionalismo transnacional pode ser reconduzido ao fortalecimento das democracias contemporâneas e, em especial, ao desenvolvimento dos tribunais constitucionais.

2.1.1 Fortalecimento do Estado Democrático

As transições para a democracia são formadas por seis processos (*overganger*) dos quais se encarrega Jon Elster, a contar do segundo pós-guerra mundial.

Entre a primeira metade da década de 40 e a última metade da década de 50, a democracia na Europa Setentrional foi experimentada pela queda do fascismo e do nazismo na Áustria, em 1945, Luxemburgo, em 1945, Finlândia, em 1946, Dinamarca, em 1947, Itália, em 1947, Holanda, em 1948, Alemanha, em 1949, Suécia, em 1950, Bélgica, em 1951, Noruega, em 1957, e França, em 1958.³¹

²⁷ *Country of Sacramento v. Lewis*, 523 U.S. 833 (1998).

²⁸ SCHWARTZ, John. Court shields Police from Chase Liability. *Washington Post*, de 27.05.1998, p. A02.

²⁹ *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989).

³⁰ GREENHOUSE, Linda. Justices, 5-4, back Protesters’ Right to Burn the Flag. *New York Times*, de 22.06.1989, p. A25.

³¹ WELCH, Claire. *The Rise and Fall of Nazism*. London: Magpie, 2008. p. 271.

A democracia na Europa Austral, na primeira metade da década de 70, do século XX, foi exteriorizada pela destituição de Phaedon Gizikis, António de O. Salazar e Francisco P. Franco na Grécia, em 1974, Portugal, em 1974, e Espanha, em 1975.³²

Entre a última metade da década de 70 e a primeira metade da década de 80, a democracia na América Latina foi explicitada pelo término de ditaduras cívico-militares que subsistiam no Equador, em 1979, Peru, em 1980, Bolívia, em 1982, Argentina, em 1983, Brasil, em 1985, e Uruguai, em 1985.³³

A democracia no Leste Europeu, na última metade da década de 80, foi exposta pelo desmantelamento da cortina de ferro em torno da Polónia, 1989, Romênia, em 1989, Tchecoslováquia, em 1989, Bulgária, em 1990, Hungria, 1990, e Iugoslávia, em 1990.³⁴

Entre a primeira metade da década de 90 e a última metade da década de 00, do século XXI, a democracia na África Meridional foi externada pelo ocaso do *apartheid* e, ulteriormente, execução de políticas de igualdade racial na África do Sul, em 1996, Lesoto, em 1998, e Suazilândia, em 2006.³⁵

A democracia na África Boreal, na primeira metade da década de 10, foi expressada pelos desencadeamentos da primavera árabe ou revolução de jasmim na Tunísia, em 2010, Egito, em 2011, e Líbia, em 2011.^{36, 37}

³² WOODHOUSE, Christopher. *The Rise and Fall of Greek Colonels*. London: Granada, 1985. p. 7.

³³ FARCAU, Bruce. *The Transition to Democracy in Latin America*. Westport: Praeger, 1996. p. 33.

³⁴ LÜTZELER, Paul. *The Western Europe in Transition to Democracy*. Baden-Baden: C.H. Beck, 1986. p. 9.

³⁵ WELSH, David. *The Rise and Fall of Apartheid*. Johannesburg: Jonathan Ball, 2009. p. 265.

³⁶ PARGETER, Alison. *The Rise and Fall of Qaddafi*. New Haven: Yale University Press, 2012. p. 12.

³⁷ A democracia, na feliz síntese que nos é trazida por Jon Elster, é entendida como “a regra da maioria simples, com fundamento no princípio de ‘uma pessoa, um voto’”. ELSTER, Jon. *Constitutionalism and Democracy*. New York: Cambridge University Press, 1988. p. 1, e *Closing Books: transitional justice in historical perspectives*. New York: Cambridge University Press, 2004. p. 84. V., também, do mesmo autor: Emotions and Economic Theory. *Journal of Economic Literature*, n° 36, 1998, p. 47-74, e Constitution-making in Eastern Europe: rebuilding the boat in an open sea. *Public Administration*, n° 71, 1993, p. 169-217.

2.1.2 Expansão da Justiça Constitucional

Na evolução da justiça constitucional, que foi inaugurada pelo Tribunal do Império Austro-Húngaro, organizado para o julgamento de conflitos de atribuição entre dois Estados-Federados, ou entre estes e órgãos estatais, e de recursos dos cidadãos por violação dos direitos políticos garantidos pela Constituição, em 1867, podem ser notadas as quatro fases (*vagues*) a que se refere Louis Favoreu.

A primeira, dispersada entre a celebração do Tratado de Versalhes e o início da Segunda Guerra Mundial, é expressada pelos Tribunais Constitucionais da Tchecoslováquia, de 1920, Áustria, de 1920, e Liechtenstein, de 1921, e pelo Tribunal de Garantias da Espanha, de 1931.³⁸

A segunda, disposta entre a primeira metade da década de 40 e a segunda metade da década de 60, é exprimida pelos Tribunais Constitucionais da Áustria, de 1945, Alemanha, de 1951, Itália, de 1956, Chipre, de 1960, Turquia, de 1961, e Iugoslávia, de 1963, e, de certa forma, pelo Conselho Constitucional da França, de 1959.³⁹

A terceira, disseminada entre a primeira metade da década de 70 e a segunda metade da década de 80, é exteriorizada pelos Tribunais Constitucionais da Espanha, de 1978, Portugal, de 1982, e Bélgica, de 1984, e, de certo modo, pelo Tribunal Especial da Grécia, de 1975.⁴⁰

A quarta, dissipada entre a queda do Muro de Berlim e a globalização da justiça constitucional, é externada pelos Tribunais Constitucionais da Hungria, de 1990, Bulgária, de 1991, Croácia, de 1991, Rússia, de 1991, Albânia, de 1992, Eslováquia, de 1992, Estônia, de 1992, República Tcheca, de 1992, Romênia, de 1992, Eslovênia, de

³⁸ VILLALÓN, Pedro C. *La Formación del Sistema Europeo de Control de la Constitucionalidad. 1918 – 1939*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. p. 94, 124, 133 e 218.

³⁹ PEGORARO, Lucio. *La Justicia Constitucional: una perspectiva comparada*. Madrid: Dykinson, 2004. p. 112.

⁴⁰ ROUSSEAU, Dominique. *La Justicia Constitucional en Europa*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002. p. 15-16.

1993, Lituânia, de 1993, Moldávia, de 1995, Letônia, de 1996, Ucrânia, de 1996, e Bielorrússia, de 1997, e pela Corte Suprema da Polônia, de 1997.⁴¹

Modernamente, a justiça constitucional é distribuída entre 41 Estados europeus – Albânia, Alemanha, Andorra, Áustria, Bélgica, Bielorrússia, Bósnia e Herzegovina, Bulgária, Chipre, Croácia, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letônia, Liechtenstein, Lituânia, Luxemburgo, Macedônia, Malta, Moldávia, Mônaco, Montenegro, Noruega, Polónia, Portugal, República Tcheca, Romênia, Rússia, Sérvia, Suécia, Suíça, Turquia e Ucrânia –, com exceção da Islândia, Países Baixos e Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte.^{42, 43}

2.2 Marco Filosófico

O marco filosófico da persuasão racional pela jurisprudência estrangeira é relacionado ao Direito Constitucional contemporâneo, ou novo Direito Constitucional, entendido como teoria, ideologia ou método de investigação dos sistemas jurídicos de hoje, com vistas à superação da antinomia entre naturalismo e positivismo jurídicos.⁴⁴

⁴¹ SEGADO, Francisco F. *La Justicia Constitucional ante el Siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p. 32-33.

⁴² RODRÍGUEZ, José F. *La Justicia Constitucional Europea ante el Siglo XXI*. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 2007. p. 16 e 23.

⁴³ A despeito do posicionamento de Louis Favoreu, segundo o qual “os tribunais constitucionais são instituições criadas para conhecer, especial e exclusivamente, das controvérsias constitucionais, situados fora do aparato judicial e independente deste e dos poderes públicos. Os tribunais supremos, ou as câmaras constitucionais dos mesmos, podem até ser jurisdições constitucionais, mas não são tribunais constitucionais”, temos o entendimento de que os tribunais constitucionais não obrigatoriamente estão situados fora da estrutura do Poder Judiciário, razão pela qual a justiça constitucional pode ser exercitada por organismos integrantes da estrutura judiciária que façam o papel, concomitantemente, de tribunal constitucional. FAVOREU, Louis. *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1984. p. 1, e *Los Tribunales Constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1994. p. 78. V., também, do mesmo autor: *Consideraciones Comparadas sobre la “Revolución” Jurídica Francesa*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 1, 1988, p. 229-238, e *El Bloque de la Constitucionalidad*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 5, 1990, p. 45-68.

⁴⁴ CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2002. p. 13.

A partir da constatação de que “as insuficiências do jusnaturalismo e juspositivismo explicam um novo paradigma jurídico”,⁴⁵ o Direito Constitucional do século XXI está baseado em dois pilares de sustentação.

Um, que reside no campo de interface entre a Filosofia do Direito e a Filosofia da Política, é orientado ao estabelecimento de uma nova grade de inteligibilidade à compreensão das relações entre direito, moral e política, harmonizando-os pelo fio condutor da questão da ordem jurídica legítima.

Outro, que reside no campo da Teoria do Direito, é unido pela análise da importância da principiologia constitucional, racionalidade do processo argumentativo no discurso filosófico e hermenêutica jurídica na compreensão do funcionamento do direito nas sociedades democráticas.⁴⁶

Em consequência, “o Direito que pretenda ser legítimo, ao menos, precisa estar em consonância com os princípios morais que reivindiquem validade geral, para além de uma comunidade jurídica”, eis que “os direitos fundamentais e os princípios do Estado de Direito são respostas à pergunta sobre como institucionalizar a democracia”.⁴⁷

2.2.1 Normatividade dos Princípios

Os princípios constitucionais são intrínsecos aos enunciados normativos, com maior grau de abstração e generalidade,⁴⁸ que prevêm os valores fundamentais do ordenamento jurídico,⁴⁹ destinados às atividades produtiva, interpretativa e aplicativa das

⁴⁵ FIGUEROA, Alfonso. Teorias de Direito Neoconstitucionalistas. *Anuário de Filosofia do Direito*, nº 1, 2002, p. 337-339.

⁴⁶ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)constitucionalismo. *Isonomia*, nº 16, 2002, p. 89-112.

⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. Para a Reconstrução do Direito: os princípios do Estado de Direito. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 279-305; A Justificação Processual do Estado Democrático de Direito. *A Constelação Pós-Nacional: ensaios políticos*. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 143-149; A Luta por Reconhecimento no Estado Democrático de Direito. *A Inclusão do Outro: estudos de Teoria Política*. São Paulo: Loyola, 2002. p. 229-267, e O Estado Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? *Era das Transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p.153-173.

⁴⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969. p. 683.

⁴⁹ ESSER, Josef. *Princípio e Norma na Elaboração Jurisprudencial do Direito Privado*. Barcelona: Bosch, 1961. p. 137.

regras veiculadas pela Constituição,⁵⁰ razão pela qual os conflitos entre eles são solucionados na dimensão do peso, em obediência ao critério ou método da ponderação.⁵¹

Nessa linha de pensamento, como as normas principiológicas são revestidas da natureza de fonte de conhecimento ou revelação do Direito Constitucional que, inclusive, sobrepõem-se às regras na fenomenologia da incidência jurídica,⁵² os princípios constitucionais são hábeis a operar efeitos negativo e positivo. Eficácia negativa, porque os princípios constitucionais proíbem a implementação de políticas que contrariem os seus desideratos. Eficácia positiva, porque os princípios constitucionais permitem que os seus beneficiários exijam as prestações que compõem o seu conteúdo essencial perante o Poder Judiciário, em ordem a assegurar a realização de tudo aquilo que os princípios normativos pretendam no mundo do dever ser, que não tenha sido produzido no mundo do ser.⁵³

2.2.2 Argumentação Jurídica

As teorias da argumentação jurídica são definidas como articulação de meios e técnicas para provocar e, ao fim, obter a adesão a teses sustentadas em face de auditórios, com a bipartição entre demonstração e argumentação.⁵⁴

A demonstração é identificada por raciocínios lógico-formais, fundada na ideia de evidência, de arte que no silogismo, a partir de premissas incontroversas, são obtidas conclusões necessárias, às quais deve aderir a universalidade de pessoas.

A argumentação é individualizada por raciocínios persuasivos, fundamentada na ideia de argumento, de molde que no entinema, a partir de premissas verossímeis, são obtidas conclusões relativas, às quais pode aderir o auditório particular, sendo certo que

⁵⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 128.

⁵¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 89.

⁵² SILVA, Virgílio A. da. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, nº 1, 2003, p. 607-630.

⁵³ ÁVILA, Humberto B. A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade. *Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, nº 1, 1999, p. 43.

⁵⁴ COSTANZO, Angelo. *L'Argomentazione Giuridica*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 32.

a efetividade do direito deflui da coercitividade das decisões judiciais (atos de autoridade), bem como da adesão voluntária da comunidade jurídica pela força dos argumentos (ato discursivamente legitimado).⁵⁵

As principais teorias da argumentação jurídica em nível global são a nova retórica (*nouvelle rhétorique*), elaborada por Chaïm Perelman, e o discurso racional (*rationalen Diskurs*), engendrada por Robert Alexy, das quais ocupar-nos-emos a seguir.

2.2.2.1 Nova Retórica

Para a teoria da nova retórica, os princípios gerais de Direito são considerados como tópicos aos quais as autoridades jurisdicionais podem recorrer no processo argumentativo de fundamentação das decisões, com a diferenciação entre os lugares comuns, que correspondem ao senso comum, e os lugares específicos, que compreendem os pontos de partida compartilhados por determinado ramo de conhecimento.

A crítica filosófica de Chaïm Perelman ao positivismo normativo é desenvolvida sobre o racionalismo cartesiano e o positivismo lógico. Consiste o racionalismo cartesiano (*rationalisme cartésien*) no modelo filosófico que preconiza o raciocínio analítico, pelo qual, em decorrência de premissas incontroversas, por regras de inferência previamente estatuídas, são hauridas conclusões necessárias. Consubstancia o positivismo lógico (*positivisme logique*) o modelo jurídico que privilegia o raciocínio demonstrativo, pelo qual devem ser afastadas as possibilidades de argumentação racional sobre valores no discurso filosófico, de maneira a possibilitar a formulação de uma concepção de razão preocupada em estabelecer um plano discursivo não-matemático, com a valorização da dialética e da retórica, em detrimento da lógica e da experiência, respectivamente.

O raciocínio jurídico, na teorização perelmaniana, “não é uma dedução silogística”, “nem tampouco a busca de uma solução equitativa”. Ao contrário, o raciocínio jurídico deve ser “a busca de uma síntese na qual se leve em consideração, ao

⁵⁵ MARINI, Alarico. *Teoria e Tecnica dell'Argomentazione Giuridica*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 23.

mesmo tempo, o valor da solução e a sua conformidade com o Direito”.⁵⁶

2.2.2.2 Discurso Racional

Para a teoria do discurso racional, o sistema jurídico é formado por um complexo de princípios, regras e procedimentos, com a aplicação daqueles regulada por estes.

A moral procedimental de Robert Alexy, que se contrapõe à moral substancial, é desenvolvida pela enumeração de regras de razão prática, que asseguram a racionalidade do processo argumentativo, de sorte a regular o discurso jurídico e a interação discursiva. As regras fundamentais (*Grundregeln*) são destinadas a regular a estrutura do argumento (regra que exige a universalidade, regra que exige a não-contradição, regra que exige a correção linguístico-conceitual e regra que exige a veracidade das premissas empíricas utilizadas) e o procedimento discursivo (forma de argumento que leva à completude dedutiva, forma de argumento que leva à consideração das consequências e forma de argumento da ponderação), orientadas por regras de prioridade para a resolução de conflitos entre princípios jurídicos, inclusive os relacionados a direitos individuais e bens coletivos. As regras de prioridade (*Vorrangregeln*), por sua vez, são destinadas a regular a possibilidade de participação de todas as pessoas no discurso, introduzindo ou questionando alguma asserção, a possibilidade de todas as pessoas expressarem os seus desejos, opiniões e necessidades e a impossibilidade de qualquer pessoa ser excluída do discurso pelo exercício dos direitos anteriores.

O modelo dos princípios, regras e procedimentos, na teorização alexyana, “é o modelo de sistema jurídico que assegura um máximo de razão prática ao Direito” e, “por isso, é preferível a todos os outros”.⁵⁷

2.2.3 Interpretação da Constituição

⁵⁶ PERELMAN, Chaïm. *Droit, Morale et Philosophie*. Paris: Librairie Générale Droit et Jurisprudence, 1968. p. 114. V., também, do mesmo autor: *Justice et Raison*. Bruxelles: Ferdinand Larcier, 1972. p. 73.

⁵⁷ ALEXY, Robert. *Theorie der Juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1978. p. 174. V., também, do mesmo autor: *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995. p. 57.

A interpretação constitucional, como espécie do gênero interpretação jurídica, pode ser identificada pela superioridade hierárquica, caráter político, conteúdo específico e, destacadamente, natureza da linguagem.⁵⁸

A natureza da linguagem designa que a interpretação da Constituição é implementada sobre normas jurídicas providas de maior abertura e menor densidade, com a necessidade de uma operação de concretização, na qual é conferida ao intérprete a liberdade de conformação.

A causa da maior abertura deve ser remetida à estrutura principiológica das normas constitucionais, em detrimento de textos preceituais, analíticos ou particularizantes, no modelo aberto de Constituição.⁵⁹

O efeito da menor densidade pode ser remontado ao processo hermenêutico de desaparecimento da Constituição, por força do distanciamento do intérprete, por via interpretativa, do texto constitucional de natureza formal, dentro do quadro de metamorfose da Constituição: a justiça constitucional, convocada a defendê-la, informalmente a modifica.

A interpretação constitucional, que tem a ver com a normatividade dos princípios, cujos conflitos devem ser solucionados pelo critério ou método da ponderação em decisões suscetíveis de controle da racionalidade do discurso por técnicas de argumentação jurídica, de tal modo a aproximar as normas constitucionais da realidade fática que lhes é subjacente, revela que o Direito Constitucional do século XXI não deixa de ser, de certa forma, o “Direito Constitucional sem Constituição”.⁶⁰

2.3 Marco Teórico

O marco teórico pode ser retratado pelo movimento global em direção ao Judiciário, que experimenta uma ascensão institucional na organização dos Poderes do Estado moderno, por força do qual os juízes são trazidos para o primeiro plano da vida

⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 25

⁵⁹ TAVARES, André R. A Constituição Aberta: elementos de uma hermenêutica constitucional. In: AGRA, Walber de M. (Org.). *Retrospectiva dos Vinte Anos da Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1

⁶⁰ MORAES, Guilherme Peña de. Desafios e Perspectivas do Direito Constitucional do Século XXI. In: DINIZ, José J. (Org.). *Concretização Constitucional no Século XXI: desafios e perspectivas*. Campina Grande: Faculdades Maurício de Nassau, 2014. p. 33.

pública.⁶¹

O ponto de convergência da judicialização da política e ativismo judicial, dessa forma, encontra-se no quadro de valorização das atividades dos juízes. A nosso ver, no espaço dos diálogos constitucionais, é identificado o protagonismo, ou mesmo supremacia, do Poder Judiciário que, por causa da judicialização de relações de natureza social e política, opera o efeito do ativismo judicial.⁶²

2.3.1 Judicialização da Política

O papel invasivo da ciência jurídica é determinado pela invasão do direito tanto nas relações sociais – “judicialização da sociedade”⁶³ – quanto nos poderes republicanos – “judicialização da política”.⁶⁴

Com efeito, a judicialização da sociedade deriva da intervenção do direito na sociabilidade, com a regulação das práticas sociais. O Poder Judiciário é exposto, sem nenhum tipo de mediação, dentro dessa lógica de raciocínio, às expectativas por cidadania de setores socialmente emergentes. A Justiça, como “guardiã das promessas democráticas” ainda não realizadas durante a modernidade, é convertida em “lugar em que se exige a realização da democracia”.⁶⁵

Demais disso, a judicialização da política exsurge da intervenção do direito nas instituições, com o reconhecimento, antes, de um novo padrão de configuração do Poder Judiciário e, depois, de um novo padrão de relacionamento entre os Poderes do Estado.

⁶¹ CROWE, Justin. *Building the Judiciary: law, courts and the politics of institutional development*. New Jersey: Princeton University Press, 2012. p. 270.

⁶² TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: NYU Press, 1997. p. 34 e 48.

⁶³ FRIEDMAN, Lawrence; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *Legal Culture in the Age of Globalization*. Redwood: Stanford University Press, 2003. p. 64.

⁶⁴ SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec. *On Law, Politics and Judicialization*. Cary: Oxford University Press, 2002. p. 55.

⁶⁵ Na visão de Antoine Garapon, “tornou-se o Poder Judiciário o último refúgio de um ideal democrático decantado ao longo do tempo”. GARAPON, Antoine. *Le Gardien des Promesses. Justice et Démocratie*. Paris: Odile Jacob, 1996. p. 20, 22 e 45, e *Les Juges dans la Mondialisation*. Paris: Seuil, 2005. p. 71. V., também, do mesmo autor: L’Imaginaire Pirate de la Mondialisation. *Revue Esprit*, 1º.7.2009, p. 154-167, e La Peur de l’Impuissance Démocratique. *Revue Esprit*, 1º.2.2014, p. 19-30.

No novo padrão de configuração, ao Poder Judiciário é atribuído o poder de elaborar o direito, a partir do esvaziamento progressivo da supremacia legislativa e, por via de consequência, da transposição de poder do Legislativo para o Judiciário. O deslocamento do centro de gravidade revela a evolução de um sistema jurídico monocêntrico para outro policêntrico, no qual toda a produção normativa não está alocada na legislatura eleita.⁶⁶ No novo padrão de relacionamento, o Poder Judiciário, instituição estratégica nas democracias de hoje, impondo-se, entre os dois Poderes do Estado, como ator político e parceiro no processo decisório, é convocado ao exercício de novos papéis constitucionais.⁶⁷ A judicialização da política no Brasil, não pode ser negado, é revestida de natureza dúplex, eis que, de um lado, as minorias parlamentares demandam a intervenção do Poder Judiciário contra a vontade da maioria (defesa das minoria), ao tempo em que, de outro lado, os agentes institucionais, como, por exemplo o Poder Executivo e as Instituições de Provedoria de Justiça demandam a intervenção do Poder Judiciário contra a representação parlamentar, com vistas à racionalização do governo (defesa da sociedade).

2.3.2 Ativismo Judicial

O efeito da judicialização da sociedade e da política pode ser traduzido pela participação mais intensa do Poder Judiciário na atividade intelectual de concretização dos valores constitucionais ou, de outro modo, interferência em maior grau do Judiciário na esfera de atuação dos outros Poderes do Estado,⁶⁸ no contexto teórico do ativismo judicial, desenhado como método de criação autônoma do Direito *extra legem*, porém *intra ius*.⁶⁹

⁶⁶ DRESSEL, Björn. *Judicialization of Politics*. New York: Routledge, 2012. p. 15.

⁶⁷ POPOVA, Maria. *Politicized Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 26.

⁶⁸ AMAR, Akhil R. *America's Unwritten Constitution*. New York: Basic Books, 2012. p. 95.

⁶⁹ A expressão “ativismo judicial” pode ser outorgada a Arthur Schlesinger Junior que, ao analisar o perfil dos juízes da Suprema Corte norte-americana em 1947, identificou os “ativistas judiciais” – *Justices* Hugo Black, William O. Douglas, Frank Murphy e Wiley B. Rutledge, Jr., os “campeões do autocontrole” – *Justices* Felix Frankfurter, Robert H. Jackson e Harold Burton – e o “grupo intermediário” – *Justice* Stanley F. Reed, sob a liderança do *Chief Justice* Stanley F. Reed. SCHLESINGER JUNIOR, Arthur. The Supreme Court: 1947. *Fortune Magazine*, 1º.1.1947, p. 202-208, e 1901 – 1950: the half century in history. *New*

O debate norte-americano acerca do ativismo e autocontenção judicial gira em torno de uma questão de calibragem da atividade dos juízos e tribunais, sendo evidente que, na história da Suprema Corte, os conceitos desenvolveram uma trajetória pendular.

Temos que o ativismo e a autocontenção judicial são iluminados por cinco *standards* ou padrões de avaliação, isto é: (i) discriminação ou preconceito – ativismo ou autocontenção judicial conforme a questão envolva, ou não, minorias objeto de discriminação ou preconceito;⁷⁰ (ii) deliberação popular – ativismo ou autocontenção judicial consoante a maior ou menor deliberação popular sobre a matéria; (iii) funcionamento da democracia – ativismo ou autocontenção judicial conforme a questão envolva, ou não, pressupostos para o funcionamento da democracia;⁷¹ (iv) capacidade técnica – ativismo ou autocontenção judicial consoante a maior ou menor capacidade técnica de resolução do litígio e, ao final, (v) direitos de gerações futuras – ativismo ou autocontenção judicial conforme a questão envolva, ou não, direitos de gerações futuras.⁷²

3 MODELOS

Em que pese a diversidade de contextos econômicos, sociais e políticos, dispomos-nos a investigar metodologicamente as formas de utilização da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais.

Os modelos de uso persuasivo da jurisprudência estrangeira não são excludentes, a partir da constatação de que a diversificação de modelagens pode ser vislumbrada em um mesmo tribunal constitucional.

O rigor científico que nos orientou ao longo de toda a presente investigação obriga-nos a advertir que a nomenclatura “jurisprudência estrangeira” pode significar um conjunto uniforme e reiterado de decisões judiciais ou mesmo uma ou algumas decisões

York Post, 1º.1.1950, p. 5. V., também, do mesmo autor: *The Vital Center*. Boston: Houghton Mifflin, 1949. p. 14-15, e *The Cycles of American History*. Boston: Houghton Mifflin, 1986. p. 422-423.

⁷⁰ ROOSEVELT, Kermit. *The Myth of Judicial Activism*. New Haven: Yale University Press, 2006. p. 37.

⁷¹ FORTE, David F. *The Supreme Court in American Politics: judicial activism vs. self-restraint*. Lexington: Heath, 1972. p. 17.

⁷² TAKANO, Mikiyoshi. *A Comparative Study of Self-Restraint in American Courts*. Tokyo: Shinzansha, 1992. p. 51.

de tribunais constitucionais, selecionadas por critérios a serem tornados públicos.

3.1 Comparativismos Positivo e Negativo

David Fontana⁷³ e, de certa forma, Vincent A. Blasi⁷⁴ e Richard A. Primus,⁷⁵ estabelecem a diferença entre os comparativismos constitucionais positivo ou prospectivo e negativo ou retrospectivo.

No comparativismo positivo, um tribunal constitucional se debruça, com aprovação, sobre a jurisprudência de outro, em ordem a utilizá-la nas sentenças e acórdãos que vier a proferir no futuro. O tribunal doméstico, ao proceder à referência positiva, observa um ou mais precedentes estrangeiros que se mostram alinhados à tese que pretende sustentar, como reforço argumentativo.

No comparativismo negativo, um tribunal constitucional se detém nas falhas de outro regime jurídico, especialmente em sede de restrições às liberdades de natureza artística, cultural, política e religiosa no passado. O tribunal doméstico, ao promover a referência negativa, opõe um ou mais precedentes estrangeiros para criticá-los e, dessa forma, exemplificar um modo de argumentação que não se revela, a seu juízo, adequado, necessário ou proporcional para a solução do caso concreto.

3.2 Modelos do Funcionalismo, Expressionismo e Bricolagem

Mark V. Tushnet⁷⁶ e, de certo modo, Melissa Waters,⁷⁷ desenham as linhas do funcionalismo, expressionismo e bricolagem como as justificativas teóricas para o uso do Direito estrangeiro.

⁷³ FONTANA, David. Refined Comparativism in Constitutional Law. *University of California, Los Angeles Law Review*, n° 49, 2001, p. 551.

⁷⁴ BLASI, Vincent A. The Pathological Perspective and the First Amendment. *Columbia Law Review*, n° 85, 1985, p. 449.

⁷⁵ PRIMUS, Richard A. Canon, Anti-Canon and Judicial Dissent. *Duke Law Journal*, n° 48, 1998, p. 243.

⁷⁶ TUSHNET, Mark V. The Possibilities of Comparative Constitutional Law. *Yale Law Journal*, n° 108, 1999, p. 1.228-1.229.

⁷⁷ WATERS, Melissa. Mediating Norms and Identity. The Role of Transnational Judicial Dialogue in Creating and Enforcing International Law. *Georgetown Law Journal*, n° 93, 2005, p. 555.

O funcionalismo se direciona a constatação de experiências de outros tribunais que possam iluminar os problemas que aqui e acolá exsurtem na interpretação constitucional. A jurisprudência estrangeira é definida pela função de persuasão dos intérpretes da Constituição.

O expressionismo se dirige a consideração de experiências de outros tribunais que, de alguma forma, são utilizadas para aperfeiçoar o entendimento dos valores subjacentes à tradição constitucional. A jurisprudência estrangeira sobre a qual o tribunal constitucional não deixa de laborar é obtida intuitivamente.

A bricolagem se distingue pelo comportamento dos intérpretes da Constituição que, em ordem a identificar os materiais que possam auxiliá-los, recorrem a experiências de outros tribunais constitucionais mais ou menos aleatoriamente. A jurisprudência estrangeira não é delimitada pelo rigor do pensamento científico.

3.3 Usos Expositivo, Empírico e Substantivo ou Material

Joan L. Larsen, em atendimento à finalidade do uso da jurisprudência estrangeira, define as utilizações expositiva, empírica e substantiva ou material.

Expositivamente, a jurisprudência estrangeira é usada quando os tribunais nacionais a utilizam para contrastar e, por dedução, explicar uma ou mais normas constitucionais. Contra a jurisprudência estrangeira, poucas normas constitucionais são interpretadas pelos tribunais nacionais.

Empiricamente, a jurisprudência estrangeira é usada quando os tribunais nacionais a utilizam por força da eficácia pragmática que pode ser operada no contexto doméstico. Os tribunais nacionais, por conta dos efeitos de que dispõe a jurisprudência estrangeira, utilizam-na no processo de tomada de decisão constitucional.

Substantivamente, a jurisprudência estrangeira é usada quando os tribunais nacionais a utilizam para determinar o conteúdo prescritivo de uma ou mais normas constitucionais, dado que a jurisprudência de tribunais estranhos a cada país, à evidência, pode servir como “razão de empréstimo” ou “moral de averiguação”. Através da

jurisprudência estrangeira, muitas normas constitucionais são aplicadas pelos tribunais nacionais.⁷⁸

3.4 Modelos da Resistência, Referência, Assimilação e Incorporação

Somos do entendimento de que os modelos de uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais, levando em consideração o grau de acolhimento, ou até de rejeição, total ou parcial, do constitucionalismo multinacional, são quadripartidos em resistência ou repulsão, referência ou reprodução, assimilação ou assenhoreamento e incorporação ou alinhamento.

O grau de utilização da técnica de decisão dos tribunais nacionais com fundamento em jurisprudência estrangeira, por sua vez, pode ser mensurado pela autoridade persuasiva do tribunal emissor, identidade organizacional do tribunal receptor e reconhecimento recíproco entre eles. Autoridade persuasiva, na medida que a jurisprudência estrangeira deve ser emitida por tribunal detentor de capacidade suasória. Identidade organizacional, uma vez que a jurisprudência estrangeira pode ser receptada por tribunal dotado de autonomia judicial. Reconhecimento recíproco entre tribunais engajados na comunicação judicial transnacional, que compartilham valores que lhes são comuns.

3.3.1 Resistência

A modelagem da resistência pode ser identificada pela repulsa de um tribunal constitucional à jurisprudência de outro. O tribunal nacional, ao solucionar a questão constitucional, defende uma tese que se contrapõe à jurisprudência estrangeira.

Por exemplo, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 153/DF, que discutia a anistia dos crimes políticos na ditadura cívico-militar que perdurou no Brasil entre 1964 e 1985, o Supremo Tribunal Federal compilou as decisões do caso

⁷⁸ LARSEN, Joan L. Importing Constitutional Norms from a “Wider Civilization”: Lawrence and Rehnquist Court’s use of Foreign and International Law in domestic constitutional interpretation. *Ohio State Law Journal*, n° 65, 2004, p. 1.283, 1.288-1.289 e 1.291.

José Matías Nanco, no qual a Suprema Corte do Chile, em 18 de janeiro de 2007, declarou a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade,⁷⁹ e caso *Nibia Sabalsagaray Curutchet*, no qual a Suprema Corte de Justiça do Uruguai, em 19 de outubro de 2009, declarou a inconstitucionalidade da *Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado*.^{80, 81} A Corte, no entanto, deliberou que “o argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, não prospera. A Lei da Anistia veicula uma decisão política assumida no momento histórico da transição para a democracia. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. Nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever leis de anistia”.⁸²

3.3.2 Referência

O modelo da referência é individualizado pela repetição da jurisprudência de um tribunal constitucional por outro. O tribunal nacional não deixa de proceder à alusão da jurisprudência estrangeira, conquanto não a utilize no julgamento da questão constitucional.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 595/ES, embora o Supremo Tribunal Federal do Brasil tenha focalizado a *Décision n° 71-44 DC*, de 16 de julho de 1971, na qual o Conselho Constitucional da França delimitou o bloco de constitucionalidade à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, “princípios fundamentais reconhecidos pelas leis” das Iª, IIª e IIIª Repúblicas, “princípios políticos, econômicos e sociais” do Preâmbulo da Lei Constitucional da IVª República e Constituição da Vª República,⁸³ o tribunal nacional houve por bem extinguir o processo constitucional, sem resolução de

⁷⁹ Corte Suprema de Chile. Recurso de Casación. Rol n° 2666-2004.

⁸⁰ *Suprema Corte de Justicia de Uruguay, Sentencia n° 365/2009*.

⁸¹ Da mesma forma, a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, em 13 de julho de 2007, declarou a inconstitucionalidade de indulto concedido a general de divisão do Exército no caso *Santiago Omar Riveros*. CSJN, Fallos 42:2333.

⁸² ADPF n° 153/DF. DJe-145.

⁸³ *JO* 18.7.1971, p. 7.114.

mérito, por perda superveniente de objeto.^{84, 85}

3.4.3 Assimilação

A modelagem da assimilação pode ser identificada pelo ajustamento de um tribunal constitucional à jurisprudência de outro. O tribunal nacional, ao solucionar a questão constitucional, desenvolve uma tese que se coaduna com a jurisprudência estrangeira.

Por exemplo, no Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, em ordem a embasar o *status* supralegal dos tratados internacionais de proteção de direitos humanos em que o Brasil seja parte, o Supremo Tribunal Federal, na medida do possível, internalizou o caso *Nordstern Allgemeine Versicherung AG v. Vereinigte Stinees Rheinreedereien*,^{86, 87} no qual o Supremo Tribunal dos Países Baixos, em 7 de março de 1996, deixou consignado que o “Reino não se obriga por tratados, nem tais tratados podem ser denunciados, sem a prévia aprovação dos Estados Gerais. Qualquer disposição de um tratado que conflite com a Constituição, ou que acarrete um conflito com ela, deve ser aprovado pelas Câmaras dos Estados Gerais, por uma votação de dois terços de votos favoráveis”.⁸⁸

3.4.3 Incorporação

O modelo da incorporação é individualizado pela absorção da jurisprudência de

⁸⁴ ADI nº 595/ES. DJe-37.

⁸⁵ A definição de bloco de constitucionalidade, nos Estados Unidos da América, não restou consubstanciada, em que pese a Suprema Corte, no caso *James McCulloch v. State of Maryland*, de 1819, ter deliberado que “não devemos nos esquecer que essa é a Constituição que nós estamos a expandir”. O Tribunal norte-americano, em consequência disso, no caso *Max Lerner v. Hugh Casey, William Fullen, Harris Klein et alii*, de 1958, refutou a existência de qualquer *constitutional block* para, depois, negar provimento a recurso constitucional interposto contra decisão proferida pela Corte de Apelação do Estado de Nova York. *James McCulloch v. State of Maryland*, 17 U.S. 316 (1819) e *Max Lerner v. Hugh Casey, William Fullen, Harris Klein et alii*, 357 U.S. 468 (1958).

⁸⁶ RE nº 466.343/SP. DJe-104.

⁸⁷ De modo semelhante, a Corte de Cassação Francesa, em 24 de maio de 1975, formou o entendimento de que “os tratados ou acordos internacionais regularmente ratificados e aprovados têm uma autoridade superior à das leis, mesmo as posteriores” no caso *Société des Cafés Jacques Vabre v. Administration Française*. BACC nº 4, p. 6.

⁸⁸ ILR nº 74, p. 2.

um tribunal constitucional por outro. O tribunal nacional não somente procede à alusão da jurisprudência estrangeira, como também a utiliza no julgamento da questão constitucional.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF, que apreciou a validade da Lei de Biossegurança, o Supremo Tribunal Federal do Brasil utilizou, com o intuito de persuasão, o caso *Schwangerschaftsabbruch*, no qual o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em 28 de maio de 1993, examinou os meios de geração de células-tronco embrionárias,⁸⁹ e o caso *Reproducción Humana Asistida*, no qual o Tribunal Constitucional da Espanha, em 17 de junho de 1999, obstou a produção de embriões humanos para o fim de pesquisa.⁹⁰ A Corte, então, deliberou que “a pesquisa científica com células-tronco embrionárias objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões *in vitro*, significa apreço e reverência as criaturas humanas que sofrem. Inexistência de ofensas ao direito à vida, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade”.^{91, 92}

4 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, de acordo com “O Federalista”, nº 63, de James Madison, então publicado pelo *Independent Journal*, em 1º de março de 1788, “uma atenção para

⁸⁹ BVerfGE 88, 203.

⁹⁰ BOE, 8.7.1999, 162.

⁹¹ ADI nº 3.510/DF. DJe-96.

⁹² O regime jurídico da pesquisa científica com células-tronco embrionárias não é uniforme no âmbito dos Estados Unidos da América. A transferência nuclear de células somáticas é permitida sob certas condições nos Estados da Califórnia, Connecticut, Illinois, Iowa, Maryland, Massachusetts, Missouri, New Jersey e Rhode Island. A pesquisa com células-tronco embrionárias é permitida nos Estados do Arkansas, Indiana, Montana, New Hampshire e Virginia. A pesquisa com linhagens de células-tronco embrionárias criadas depois de um termo final é proibida no Estado de Oklahoma. A pesquisa com embriões ou produtos de células derivadas de embriões é proibida nos Estados do Arizona, Florida, Louisiana, Maine, Michigan, Minnesota, North Dakota, Pennsylvania e South Dakota. OROBKIN, Russell. *Stem Cell Century: law and policy for a breakthrough technology*. New Haven: Yale University Press, 2007. p. 4.

o julgamento de outras nações é importante para qualquer governo por duas razões. A primeira é que, independentemente dos méritos de cada plano ou medida especial, é de se presumir que, por vários motivos, ele se afigure para outros países como fruto de uma política sábia e honrosa. A segunda é que, em casos duvidosos, particularmente quando os conselhos nacionais sejam deformados por alguma forte paixão ou interesse momentâneo, a opinião presumida ou conhecida do mundo imparcial pode ser a melhor orientação a ser seguida”.⁹³

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Theorie der Juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1978.
- _____. *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.
- _____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- AMAR, Akhil R. *America's Unwritten Constitution*. New York: Basic Books, 2012.
- ÁVILA, Humberto B. A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade. *Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n° 1, 1999.
- AYERS, Andrew B. International Law as Tool of Constitutional Interpretation in the Early Immigration Power Cases. *Georgetown Immigration Law Journal*, n° 19, 2004.
- BACHELARD, Gaston. *Epistemologia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1971.
- _____. *A Formação do Espírito Científico: contribuição para uma psicanálise do conhecimento*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.
- BARACHO, José Alfredo de O. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BESSELINK, Leonard F. The Proliferation of Constitutional Law and Constitutional Adjudication, or How American Judicial Review came to Europe After All. *Utrecht Law Review*, n° 9, 2013.
- BLASI, Vincent A. The Pathological Perspective and the First Amendment. *Columbia Law Review*, n° 85, 1985.

⁹³ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The Federalist*. Indianapolis: Liberty Found, 2001. p. 325-332.

- BUYS, Cindy G. Burying Our Constitution in the Sand? Evaluating the Ostrich Response to the Use of International and Foreign Law in U.S. Constitutional Interpretation. *Brigham Young University Journal of Public Law*, n° 21, 2007.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2002.
- CAZETTA, Ubiratan. *Direitos Humanos e Federalismo*. São Paulo: Atlas, 2009.
- COELHO, Fillipe de Souza. O Brasil e a sua Política Internacional. *Revista de Geopolítica*, n° 2, 2012.
- COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)constitucionalismo. *Isonomia*, n° 16, 2002.
- COSTANZO, Angelo. *L'Argomentazione Giuridica*. Milano: Giuffrè, 2003.
- CROWE, Justin. *Building the Judiciary: law, courts and the politics of institutional development*. New Jersey: Princeton University Press, 2012.
- CURTIS, Lionel G. *The Commonwealth of Nations*. London: Forgotten Books, 2012.
- DRESSEL, Björn. *Judicialization of Politics*. New York: Routledge, 2012.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- ELSTER, Jon. *Constitutionalism and Democracy*. New York: Cambridge University Press, 1988.
- _____. *Closing Books: transitional justice in historical perspectives*. New York: Cambridge University Press, 2004.
- _____. Emotions and Economic Theory. *Journal of Economic Literature*, n° 36, 1998.
- _____. Constitution-making in Eastern Europe: rebuilding the boat in an open sea. *Public Administration*, n° 71, 1993.
- ESSER, Josef. *Princípio e Norma na Elaboração Jurisprudencial do Direito Privado*. Barcelona: Bosch, 1961.
- FARCAU, Bruce. *The Transition to Democracy in Latin America*. Westport: Praeger, 1996.
- FAVOREU, Louis. *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1984.
- _____. *Los Tribunales Constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1994.

_____. *Consideraciones Comparadas sobre la “Revolución” Jurídica Francesa*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 1, 1988.

_____. *El Bloque de la Constitucionalidad*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 5, 1990.

FIGUEIREDO, Marcelo. Notas a respeito da Utilização de Jurisprudência Estrangeira pelo STF no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, nº 12, 2009.

FIGUEROA, Alfonso. Teorias de Direito Neoconstitucionalistas. *Anuário de Filosofia do Direito*, nº 1, 2002.

FONTANA, David. Refined Comparativism in Constitutional Law. *University of California, Los Angeles Law Review*, nº 49, 2001.

FORTE, David F. *The Supreme Court in American Politics: judicial activism vs. self-restraint*. Lexington: Heath, 1972.

FRENCH, Robert. Cooperation and Convergence – Judiciaries and Profession. *Journal of Judicial Review*, nº 11, 2012.

FRIEDMAN, Lawrence; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *Legal Culture in the Age of Globalization*. Redwood: Stanford University Press, 2003.

GARAPON, Antoine. *Le Gardien des Promesses. Justice et Démocratie*. Paris: Odile Jacob, 1996.

_____. *Les Juges dans la Mondialisation*. Paris: Seuil, 2005.

_____. L’Imaginaire Pirate de la Mondialisation. *Revue Esprit*, 1º.7.2009.

_____. La Peur de l’Impuissance Démocratique. *Revue Esprit*, 1º.2.2014.

GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why do Countries adopt Constitutional Review? *Journal of Law, Economics & Organization*, nº 30, 2014.

GREENHOUSE, Linda. Justices, 5-4, back Protesters’ Right to Burn the Flag. *New York Times*, de 22.06.1989.

GUERRA FILHO, Willis S. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

HABERMAS, Jürgen. Para a Reconstrução do Direito: os princípios do Estado de Direito. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. A Justificação Processual do Estado Democrático de Direito. *A Constelação Pós-Nacional: ensaios políticos*. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

_____. A Luta por Reconhecimento no Estado Democrático de Direito. *A Inclusão do Outro: estudos de Teoria Política*. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. O Estado Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? *Era das Transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The Federalist*. Indianapolis: Liberty Found, 2001.

JENKINS, Jeffrey A. *The American Courts: a procedural approach*. Sudbury: Jones & Bartlett Learning, 2009.

KATZ, Ellis. *Federalism and Human Rights*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 1996.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.

LARSEN, Joan L. Importing Constitutional Norms from a “Wider Civilization”: Lawrence and Rehnquist Court’s use of Foreign and International Law in domestic constitutional interpretation. *Ohio State Law Journal*, n° 65, 2004.

LÜTZELER, Paul. *The Western Europe in Transition to Democracy*. Baden-Baden: C.H. Beck, 1986.

MACCORMICK, Donald N.; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: comparative study*. Brookfield: Ashgate Publishing Co., 1997.

MARINI, Alarico. *Teoria e Tecnica dell’Argomentazione Giuridica*. Milano: Giuffrè, 2003.

MEDINA, Paulo Roberto de G. *Direito Processual Constitucional*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MILLER, Nathan. An International Jurisprudence? The Operation of “Precedent” across International Tribunals. *Leiden Journal of International Law*, n° 15, 2002.

MORAES, Guilherme Peña de. Desafios e Perspectivas do Direito Constitucional do Século XXI. In: DINIZ, José J. (Org.). *Concretização Constitucional no Século XXI: desafios e perspectivas*. Campina Grande: Faculdades Maurício de Nassau, 2014.

MORSINK, Johannes. *Universal Declaration of Human Rights*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2000.

OROBKIN, Russell. *Stem Cell Century: law and policy for a breakthrough technology*. New Haven: Yale University Press, 2007.

PARENTE, Renato. Indeferido *Habeas Corpus* em Furto de “Disco de Ouro” de Milton Nascimento. *O Globo*, de 08.09.2011.

PARGETER, Alison. *The Rise and Fall of Qaddafi*. New Haven: Yale University Press, 2012.

PEGORARO, Lucio. La Justicia Constitucional: una perspectiva comparada. Madrid: Dykinson, 2004.

PEREIRA, Maria José. A Hedionda Decisão da (In)Justiça Brasileira. *Correio Braziliense*, de 08.03.2006.

PERELMAN, Chaïm. *Droit, Morale et Philosophie*. Paris: Librairie Générale Droit et Jurisprudence, 1968.

_____. *Justice et Raison*. Bruxelles: Ferdinand Larcier, 1972.

POPOVA, Maria. *Politicized Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

PRIMUS, Richard A. Canon, Anti-Canon and Judicial Dissent. *Duke Law Journal*, n° 48, 1998.

RAMSEY, Michael D. International Materials and Domestic Rights: reflections on Atkins and Lawrence. *American Journal of International Law*, n° 98, 2004.

RODRÍGUEZ, José F. *La Justicia Constitucional Europea ante el Siglo XXI*. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 2007.

ROOSEVELT, Kermit. *The Myth of Judicial Activism*. New Haven: Yale University Press, 2006.

ROUSSEAU, Dominique. *La Justicia Constitucional en Europa*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

SANCHEZ, Ernesto J. Immunity of Former Foreign Government Official from Suit for Acts committed in an Official Capacity-Definition of Foreign State-Defenses to Jurisdiction. *American Journal of International Law*, n° 105, 2011.

SCHLESINGER JUNIOR, Arthur. *The Vital Center*. Boston: Houghton Mifflin, 1949.

_____. *The Cycles of American History*. Boston: Houghton Mifflin, 1986.

_____. The Supreme Court: 1947. *Fortune Magazine*, 1º.1.1947.

_____. 1901 – 1950: the half century in history. *New York Post*, 1º.1.1950.

SCHWARTZ, John. Court shields Police from Chase Liability. *Washington Post*, de 27.05.1998.

- SEGADO, Francisco F. *La Justicia Constitucional ante el Siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec. *On Law, Politics and Judicialization*. Cary: Oxford University Press, 2002.
- SITARAMAN, Ganesh N. The Use and Abuse of Foreign Law in Constitutional Interpretation. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, n° 32, 2009.
- TAKANO, Mikiyoshi. *A Comparative Study of Self-Restraint in American Courts*. Tokyo: Shinzansha, 1992.
- TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: NYU Press, 1997.
- TAVARES, André R. *Constituição do Brasil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. *Tribunal e Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.
- _____. A Constituição Aberta: elementos de uma hermenêutica constitucional. In: AGRA, Walber de M. (Org.). *Retrospectiva dos Vinte Anos da Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- TUSHNET, Mark V. *The Constitution of the United States of America: a contextual analysis*. Portland: Hart Publishing, 2009.
- _____. Interdisciplinary Legal Scholarship: the case of history-in-law. *Chicago-Kent Law Review*, n° 71, 1996.
- _____. The Possibilities of Comparative Constitutional Law. *Yale Law Journal*, n° 108, 1999.
- VILLALÓN, Pedro C. *La Formación del Sistema Europeo de Control de la Constitucionalidad. 1918 – 1939*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- VOIGT, Stefan; EBELING, Michael W. Improving Credibility by Delegating Judicial Competence: the case of the Judicial Committee of the Privy Council. *Journal of Development Economics*, n° 82, 2007.
- WATERS, Melissa. Mediating Norms and Identity. The Role of Transnational Judicial Dialogue in Creating and Enforcing International Law. *Georgetown Law Journal*, n° 93, 2005.
- WELCH, Claire. *The Rise and Fall of Nazism*. London: Magpie, 2008.
- WELSH, David. *The Rise and Fall of Apartheid*. Johannesburg: Jonathan Ball, 2009.

WOODHOUSE, Christopher. *The Rise and Fall of Greek Colonels*. London: Granada, 1985.

ZARING, David T. The Use of Foreign Decision by Federal Courts: an empirical analysis. *Journal of Empirical Legal Studies*, n° 3, 2006.

ZEHNDER, Jacob J. Constitutional Comparativism: the emerging risk of Comparative Law as constitutional tiebreaker. *Valparaiso Un*