

# O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira\*

## Comparative law at the Brazilian Supreme Court: internalization of the brazilian constitutional jurisdiction

Carlos Bastide Horbach\*\*

### RESUMO

O presente trabalho busca analisar a utilização do direito comparado pelo Supremo Tribunal Federal. O texto sumariza as principais discussões teóricas sobre o método comparativo e sobre sua aplicação à jurisdição constitucional, para avaliar a correção do uso de fontes estrangeiras pelos Ministros do STF, especialmente nos acórdãos sobre pesquisa com células-tronco embrionárias e sobre a união civil entre pessoas do mesmo sexo.

**Palavras-chave:** Direito comparado. Jurisdição constitucional. Internacionalização do direito.

### ABSTRACT

This paper intends to analyze the use of comparative law by the Brazilian Federal Supreme Court (STF). It summarizes the main theoretical debates about the comparative method and discusses how this method applies to constitutional jurisdiction, using this data to evaluate the correctness of the foreign sources use by STF justices and studying especially two opinions of the Court: the stem cells case and the same sex civil unions case.

**Keywords:** Comparative law. Constitutional jurisdiction. Internalization of law.

\* Recebido em 25/10/2015.  
Aprovado em 03/11/2015

\*\* Autor convidado é Professor Doutor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Doutor em Direito do Estado pela USP, Mestre em Direito do Estado e Teoria do Direito pela UFRGS e Advogado. E-mail: carloshorbach@uol.com.br

\*\*\* BRASIL. Decreto N° 848, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2016.

## 1. INTRODUÇÃO

“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*, serão também subsidiários da jurisprudência e processo federal”<sup>1</sup>. Com essas palavras, o art. 386 do Decreto n° 848, de 11 de

1 BRASIL. *Decreto N° 848, de 11 de outubro de 1890*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2016.

outubro de 1890, responsável pela organização da Justiça Federal, indicava o caminho seguro a ser seguido pelos intérpretes da nascente ordem institucional republicana que se instalava no Brasil.

Tal diploma, forjado pela mente jurídica de Campos Salles, pode ser considerado o marco inicial na jurisdição constitucional brasileira<sup>2</sup>, uma vez que definia os poderes do Supremo Tribunal Federal, entre eles incluindo o de apreciar a validade de atos frente à Constituição, como se pode verificar do disposto – seguindo a técnica legislativa de então – no parágrafo único do inciso II do seu art. 9º.<sup>3</sup>

Desse modo, a jurisdição constitucional brasileira nasce sob o influxo marcante do direito estrangeiro, em especial do direito norte-americano, como bem marcado pelo texto do Decreto 848. Ante o transplante abrupto de instituições republicanas e presidencialistas para um ambiente cultural orientado por anos e anos de práticas constitucionais monárquicas e parlamentaristas – ou pseudoparlamentaristas, como prefeririam alguns críticos do Segundo Reinado<sup>4</sup> –, natural que a doutrina

na e a jurisprudência de países experimentados nessas “novidades” fossem a fonte mais fácil e confiável na interpretação e na aplicação da ordem constitucional da República.

Tanto foi assim, que a simples leitura dos primeiros constitucionalistas republicanos deixa esse fator em relevo. Registrando as matrizes estrangeiras, Pedro Lessa, por exemplo, explicita as fontes de sua pesquisa sobre o Poder Judiciário na Constituição de 1891, publicada em 1915:

e como a doutrina entre nós conta por enquanto um número quase nulo de expositores, e a jurisprudência, incipiente e vacilante, pouco subsídio, ou amparo, pode prestar, forçoso me foi recorrer aos comentadores e aos julgados do país cujas instituições políticas serviram de modelo às nossas, os Estados Unidos da América do Norte, valendo-me, também, não raro, dos exegetas e da jurisprudência de uma nação que nos precedeu no perfilhar os lineamentos principais da obra de Hamilton, Madison e Jay, a República Argentina. Existindo no primeiro desses países uma grande massa de precedentes, de verdades gerais – induzidas da observação dos fatos, de deduções dessas verdades, de sentenças proferidas sobre uma imensa variedade de pleitos, de notações e comparações dos resultados de interpretações e aplicações diversas desta modalidade do direito constitucional, criada pelos norte-americanos, e adotada em grande parte por nós, fora imperdoável falta estudar nossa lei fundamental sem as lições dos constitucionalistas e dos juizes da América do Norte”.<sup>5</sup>

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no início da República, também é marcada pelos argumentos norte-americanos ou mesmo de países da América Latina com maior experiência constitucional republicana, como a Argentina. Por exemplo, no julgamento de um dos mais importantes casos da segunda década do século XX, que envolvia liberdade de imprensa e a decretação de estado de sítio, a Suprema Corte brasileira fundamenta sua decisão nas lições de sua correspondente nos Estados Unidos.

Na vigência de estado de sítio decretado pelo Poder Executivo, a polícia proibiu a publicação de discursos parlamentares na imprensa; proibição que foi afastada por meio de ordem concedida em *habeas corpus* impetrado por Ruy Barbosa perante o STF. Amparado pela decisão sob enfoque, o jornal *O Imparcial* publicou discursos de diversos Senadores, o que resultou na prisão

gov.br/ccivil\_03/decreto/1851-1899/d848.htm>. Acesso em: 20 jan. 2016.

2 Registre-se que se trata do marco inicial da jurisdição constitucional brasileira, ou seja, da atividade jurisdicional voltada ao exercício do controle de constitucionalidade; mas não se tem, no decreto em questão, o surgimento do controle de constitucionalidade no Brasil, já que no Império a Assembleia Geral exercia constantemente o controle de constitucionalidade sobre as leis provinciais e o Conselho de Estado igualmente confrontava as leis com o texto constitucional de 1824, promovendo até mesmo decisões de interpretação conforme a constituição (LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Oráculo de Delfos: o conselho de Estado no Brasil-Império*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 198 e ss.).

3 “Parágrafo único. Haverá também recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunais e juizes dos Estados: a) quando a decisão houver sido contrária à validade de um tratado ou convenção, á applicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente, á legitimidade do exercício de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União - qualquer que seja a alçada; b) quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrário à Constituição, aos tratados e às leis federaes e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou acto; c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou da cláusula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contraria, á validade do título, direito e privilegio ou isenção, derivado do preceito ou cláusula.(BRASIL. *Decreto N° 848, de 11 de outubro de 1890*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2016)

4 Para um exame do sistema parlamentar do Império e suas críticas: HORBACH, Carlos Bastide. O parlamentarismo no Império do Brasil (II): representação e democracia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 44, n. 1747, p. 213-231, abr./jun. 2007.

5 LESSA, Pedro. *Do poder judiciário*. Brasília: Senado Federal, 2003. edição fac-similar. p. 6.

de todos os membros de sua redação, ato contra o qual Ruy Barbosa ajuizou novo *habeas corpus* no STF.

Esse segundo feito foi o HC 3.539, relator originário Ministro Pedro Lessa e relator para o acórdão o Ministro Enéas Galvão, julgado na sessão de 9 de maio de 1914. Tanto o voto vencido do relator originário quanto o condutor da maioria – formada para denegar a ordem – utilizaram amplamente fontes estrangeiras para analisar o ponto fulcral da controvérsia, qual seja, a constitucionalidade da decretação do estado de sítio. Nos votos sobram menções a nomes como Cooley, Thayer, Taylor e Willoughby, bem como deles constam referências a precedentes da Suprema Corte americana.<sup>6</sup>

Esse precedente não é caso isolado. O acúmulo de referências estrangeiras é uma das características mais constantes dos votos de Ministros do STF, seja nos primeiros anos da República, seja em suas fases de consolidação democrática, em seus momentos de crise institucional, seja nos dias de hoje.

A própria jurisdição constitucional evoluiu, legislativa e jurisprudencialmente, sob a égide das experiências estrangeiras, de modo que, gradualmente, essa evolução passa a ser refletida na origem dos autores e dos precedentes citados nos votos, os quais, cada vez menos, se referem a nomes americanos, trocando-os por autores e cortes da Europa.<sup>7</sup>

Assim, é possível dizer que a jurisdição constitucional brasileira que nasce no final do século XIX e no início do século XX teve seu exercício marcado pelo direito estrangeiro, sendo o recurso a normas, autores e precedentes de outros países ainda um de seus traços marcantes no início do século XXI.

Pois, no mesmo momento em que a jurisdição constitucional brasileira dava seus primeiros passos – a virada do século XIX para o XX –, outro campo da ciência jurídica ganhava sistematização e autonomia: o direito comparado.

O ato de nascimento dessa nova seara de estudos jurídicos é o Congresso Internacional de Direito Comparado, ocorrido em Paris no ano de 1900, o qual proclamou como objetivo da disciplina em formação a busca dos princípios gerais de direito reconhecidos pelos países civilizados, identificando o fundo comum da ciência jurídica.<sup>8</sup> A meta geral do direito comparado, nos termos postos no Congresso, seria a descoberta de um direito comum legislativo e a formação de um estoque comum de soluções jurídicas para os problemas, idênticos ou semelhantes, experimentados pelos diferentes países reunidos.<sup>9</sup>

O desenvolvimento do direito comparado nos 112 anos que sucederam o famoso Congresso de Paris transformou seus objetivos e incrementou seus métodos, agregando maior rigor científico nas comparações jurídicas. Saiu-se da busca dos elementos normativos comuns, marcante da fase constitutiva no início do século XX, para uma tentativa utópica de unificação mundial do direito no período entre guerras; chegando-se, após a Segunda Grande Guerra, na preponderância dos estudos de metodologia do direito comparado.<sup>10</sup> E, atualmente, o direito comparado se insere nos cenários da globalização<sup>11</sup> e da internacionalização do direito.<sup>12</sup>

Em outras palavras, o modo como ocorrem as trocas entre experiências jurídicas diversas sofreu uma significativa evolução. A comparação do início do século XX não mais se verifica nos dias atuais, em que os métodos e os objetivos do direito comparado são outros, notadamente diferentes.

Resta saber se essa alteração do quadro geral do direito comparado se faz sentir no exercício da jurisdição constitucional brasileira, a qual – como antes ressaltado – tem como característica desde sua origem à forte assimilação de elementos doutrinários e jurisprudenciais estrangeiros.

Ou seja, o objeto material do presente artigo é a

6 HORBACH, Carlos Bastide. *Ministro Pedro Lessa*: memória Jurisprudencial. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007. p. 99-101.

7 Essa constatação é verificável não só no Brasil, mas em todo o mundo. Evidencia-se uma significativa diminuição da importância da Constituição da Filadélfia no processo de elaboração de novos textos constitucionais, os quais acabam sofrendo hoje maior influxo das constituições europeias do pós-guerra ou mesmo de textos mais recentes, como a Constituição da África do Sul ou a Carta Canadense de Direitos e Liberdades (cf. LAW, David S.; VERSTEEG, Mila. The declining influence of the United States Constitution. *New York University Law Review*, New York, v. 87, n. 3, p. 761-858, June 2012).

8 ANCEL, Marc. *Utilidade e método do direito comparado*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1980. p. 29.

9 ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to comparative law*. 3. ed. Oxford: Clarendon, 2011. p. 59.

10 ANCEL, Marc. *Utilidade e método do direito comparado*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1980. p. 33-39.

11 WATT, Horatia Muir. Globalization and comparative law. In: REIMANN, Matthias; ZIMMERMANN, Reinhard (Ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University, 2006. p. 579-607.

12 DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le relatif et l'universel*. Paris: Editions du Seuil, 2004.

utilização de fontes estrangeiras pelo Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional pós-1988; enquanto o objeto formal – a perspectiva com base na qual o objeto material é examinado – será a moderna metodologia do direito comparado.

Assim, será possível avaliar qual o rigor científico e metodológico do STF na utilização de argumentos de direito estrangeiro na solução de controvérsias originalmente tuteladas pelo direito brasileiro e que com base nele devem ser decididas.

Para tanto, serão inicialmente apresentadas as funções e os métodos do direito comparado na atualidade, atentando-se para as peculiaridades do direito constitucional comparado. Em seguida, proceder-se-á à apresentação dos argumentos favoráveis e contrários à utilização de fontes estrangeiras como fundamento de decisões na jurisdição constitucional, tomando-se como referência o peculiar debate sobre o tema travado nos Estados Unidos. Por fim, o estudo focará duas decisões recentes do Supremo Tribunal Federal, ambas de altíssima repercussão, buscando identificar quais os métodos de direito comparado utilizados pelos Ministros e quais as consequências do uso de fontes estrangeiras na atual jurisdição constitucional brasileira.

## 2. FUNÇÕES E MÉTODOS DO DIREITO COMPARADO

Função e método são questões indissociáveis. Definida a função, possível se torna a identificação do método mais adequado a persegui-la. Destarte, o direito comparado somente será bem compreendido se corretamente identificadas as suas funções, em especial aquelas consentâneas com o objeto deste artigo: a utilização de fontes estrangeiras pela jurisdição constitucional. Com tal definição funcional, poderá ser fixado o padrão metodológico que servirá de base para o exame, ao final, dos precedentes do STF, avaliando-se o rigor científico com que os Ministros lançam mão de fundamentos de direito estrangeiro.

Questionar as funções do direito comparado consiste em buscar resposta para a seguinte pergunta: por que comparar? Das diferentes aproximações a essa questão, é possível identificar uma função primária do direito comparado, correspondente ao conhecimento dos ordenamentos estrangeiros e à aquisição de novos elementos cognitivos, que permitem atingir finalidades

teóricas e práticas; tais finalidades são consideradas a função secundária da comparação, ou seja, a utilização concreta das informações obtidas por meio do emprego dos métodos de comparação.<sup>13</sup>

Zweigert e Kötz sistematizam de modo um pouco mais didático essas funções secundárias, apresentando cinco objetivos específicos do moderno direito comparado.

Inicialmente, o direito comparado tem como objetivo propiciar ao jurista o conhecimento pleno da sua ciência, que não se limita a técnicas de interpretação e aplicação das normas de seu ordenamento nacional, mas compreende também a descoberta de modelos de prevenção e de solução dos conflitos sociais. Assim, o primeiro fim da comparação é a geração, mediante a compreensão das normas estrangeiras, de um maior número de alternativas para a solução de problemas concretos com que se depara o jurista. O direito comparado, pois, enriquece o suprimento de soluções do jurista, qualificando-o para a preservação da paz social.<sup>14-15</sup>

A segunda função do direito comparado seria, na visão dos autores alemães, o auxílio ao legislador. “Legisladores ao redor do mundo têm percebido que em muitos assuntos boas leis não podem ser produzidas sem o recurso do direito comparado, seja na forma de estudos gerais ou na de relatórios especialmente produzidos sobre o tópico em questão”.<sup>16</sup> Essa, aliás, é certamente a mais antiga das funções do direito comparado, pois “sempre se pensou que o conhecimento dos direitos estrangeiros era de importância primeira para o legislador”, como demonstram as obras de Platão e Aristóteles.<sup>17</sup>

13 SCARCIGLIA, Roberto. *Introducción al derecho constitucional comparado*. Madrid: Dykinson, 2011. p. 70.

14 ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to comparative law*. 3. ed. Oxford: Clarendon, 2011. p. 15.

15 Scarciglia, com fundamento em Ackerman, registra que esse movimento de acúmulo de conhecimentos por meio do direito comparado tem levado a uma verdadeira revolução macrocomparativa: “o fenômeno – definido com a expressão ‘revolução macrocomparativa’ – vai incidir não só no modo – e nos lugares – de conhecimento do direito estrangeiro, mas vai também favorecer novas combinações de formantes (neo-formants), reconhecíveis ao comparatista mediante o auxílio da história, pela cultura de um povo, pela evolução das fórmulas políticas ou por outros fatores que, combinados entre si, incidem no jogo de formantes” (SCARCIGLIA, Roberto. *Introducción al derecho constitucional comparado*. Madrid: Dykinson, 2011. p. 74).

16 ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to comparative law*. 3. ed. Oxford: Clarendon, 2011. p. 16.

17 ANCEL, Marc. *Utilidade e método do direito comparado*. Porto

Numa terceira função, o direito comparado seria um instrumento de interpretação do direito nacional.<sup>18</sup> E, nessa perspectiva, a questão ganha importância, em especial quando se projeta no campo da jurisdição constitucional, ou seja, a importância do direito comparado na interpretação das constituições nacionais.

A grande questão que se põe nessa terceira função é a de saber como e quando o intérprete está habilitado a invocar uma solução estrangeira para dar sentido a um dispositivo de seu ordenamento, o que poderá variar desde a confirmação ou auxílio de um argumento até a inserção de orientação completamente nova e não raro dissociada do teor literal do dispositivo a ser interpretado.

Desde os primeiros comparatistas, algumas balizas foram introduzidas para o exercício dessa função do direito comparado. Duas orientações para o juiz, no uso do direito estrangeiro, são já difundidas no início do século XX: tal uso só se justifica quando necessário a colmatar uma lacuna e que a solução encontrada seja harmônica com o direito interno.<sup>19</sup>

Zweigert e Kötz registram, ainda, que os tribunais alemães são refratários a interpretações com base no direito estrangeiro e que a Corte de Cassação francesa é “surda” a qualquer argumento que leve em consideração o direito comparado; enquanto países como Portugal e Grécia são notadamente abertos ao influxo exterior. Isso sem contar a constante troca de experiências que se verifica entre os países da *Commonwealth* britânica, em especial Inglaterra, Canadá e Austrália.<sup>20</sup>

Em quarto lugar, o direito comparado apresenta-se como uma ferramenta de formação jurídica. “O direito comparado fornece ao estudante de direito toda uma nova dimensão, da qual ele pode aprender a respeitar culturas jurídicas específicas de outros povos, ele pode ainda compreender melhor seu próprio ordenamento, pode desenvolver os padrões críticos aptos a propiciar

o incremento desse seu ordenamento, podendo compreender também como as regras jurídicas são condicionadas por fatos sociais”.<sup>21</sup>

Por fim, o direito comparado tem como função preparar os processos de unificação do direito no plano internacional ou supranacional. Quando se procura elaborar leis modelo ou diretrizes comunitárias, não se pode formular os enunciados ideais e esperar que eles sejam adotadas pelos diferentes países. É preciso, acima de tudo, identificar quais são os princípios comuns de todos os ordenamentos dos países envolvidos, tornando as normas internacionais ou supranacionais palatáveis à cultura jurídica de cada Estado.<sup>22</sup>

Dessas funções ou desses objetivos do direito comparado e tendo em vista o objeto do presente estudo – qual seja, sua utilização na jurisdição constitucional –, é possível afirmar que as mais interessantes são a primeira e a terceira, respectivamente relacionadas com o aprimoramento do jurista – que aumenta seu rol de soluções possíveis para enfrentar problemas concretos – e com a utilização do direito estrangeiro na interpretação do direito nacional.

Entretanto, não se pode deixar de lado as funções específicas que a doutrina aponta para uma peculiar variante do direito comparado, aquela que se dedica à comparação constitucional. Jorge Miranda, explicitando as razões de ser do direito constitucional comparado, apresenta a seguinte síntese:

“Ligado ao Direito constitucional de cada Estado, é múltipla a razão de ser do trabalho comparativo:

1.º) Mostrar a proveniência de qualquer instituto nele introduzido, identificando o sistema donde é oriundo, figurando o modo de recepção, enumerando as transformações sofridas na passagem de um sistema a outro, inclusivamente explicando as causas da recepção;

2.º) Dissipar dúvidas quanto à origem de algum instituto explicando que, apesar de semelhante a um que se encontra noutro país, não pôde ter sido colhido neste, pois que, na realidade, se foi buscar a um terceiro país ou até nasceu no sistema em análise sem influências estranhas;

3.º) No caso de se tratar de instituto de que não se possa dizer ter sido importado de um Direito estrangeiro ou nacional de outra época, assinalar como procedem frente a idênticos problemas

Alegre: S. A. Fabris, 1980. p. 18-20.

18 ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to comparative law*. 3. ed. Oxford: Clarendon, 2011. p. 18.

19 SCARCIGLIA, Roberto. *Introducción al derecho constitucional comparado*. Madrid: Dykinson, 2011. p. 78.

20 ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to comparative law*. 3. ed. Oxford: Clarendon, 2011. p. 19. Note-se que os exemplo de ordenamentos abertos à interpretação baseada em direito comparado ou são de países culturalmente muito próximos – os da *Commonwealth* –, ou são de países juridicamente periféricos, como Portugal e Grécia, os quais já utilizaram o direito comparado na edição de suas normas.

21 ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to comparative law*. 3. ed. Oxford: Clarendon, 2011. p. 21.

22 ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to comparative law*. 3. ed. Oxford: Clarendon, 2011. p. 24-25.

de regulamentação diferentes sistemas jurídico-constitucionais<sup>23</sup>.

Tais considerações evidenciam, na verdade, um especial emprego das funções tradicionais do direito comparado às questões do direito constitucional, o que permite concluir que, ocorrendo identidade – ou, pelo menos, proximidade – das funções, haverá igual relação com as questões de método.

Desde sua sistematização, na virada do século XIX para o século XX, o direito comparado tem buscado identificar a metodologia mais adequada a promover seus fins, havendo na atualidade não um consenso, mas somente uma aceitação mais ampla e difundida de um desses métodos, o qual não se coloca infenso a críticas.<sup>24</sup>

Assim, desenvolveram-se diferentes aproximações metodológicas no direito comparado, traduzidas, por exemplo, no método problemático, no método casuístico, no método factual e no método funcional,<sup>25</sup> o qual enfatiza a função que determinada categoria, regra ou instituto desempenha em seu ordenamento, habilitando a comparação com categorias, regras ou institutos funcionalmente semelhantes.

Esse método funcional é hoje o mais acatado pela doutrina comparatista. Zweigert e Kötz chegam a afirmar que:

o princípio metodológico básico de todo o direito comparado é o da funcionalidade. Desse princípio básico decorrem todos os outros que determinam a escolha dos direitos a comparar, o escopo da comparação, a criação de um sistema de direito comparado e assim por diante. Incomparáveis não podem ser utilmente comparados, e em matéria jurídica somente são comparáveis as coisas que preenchem a mesma função.<sup>26</sup>

Entretanto, essa busca das funções idênticas ou semelhantes não é tarefa facilmente desenvolvida. Existem inúmeros requisitos para que a comparação funcio-

nal seja possível. Inicialmente, a aproximação funcional exige do comparatista a erradicação de pré-compreensões oriundas de seu sistema nativo. Depois, exige um conhecimento do sistema de fontes dos ordenamentos objeto da comparação; conhecimento que se estende pela amplitude que essas fontes tenham em cada um desses ordenamentos. Ademais, o modo como as fontes são compreendidas e como as normas são vivenciadas adquire relevo evidente, buscando-se não o direito posto, mas sim o direito em ação, na expressão dos autores anglo-saxônicos; ou ainda não só o direito vigente, mas principalmente o “direito vivente”, para usar a expressão cara aos italianos.<sup>27</sup>

Ante tal quadro, a formação do jurista que procede à comparação passa a ser um elemento fundamental. Não só sua formação jurídica, mas igualmente sua formação humanística, no que toca, por exemplo, ao domínio do idioma dos países estrangeiros em que desenvolve seu estudo. Essas condições preliminares à comparação são tão enfatizadas, que autores tradicionais do direito comparado defendem constantemente a necessidade de “viagens de comparação”, nas quais os juristas teriam condições de investigar *in loco* o funcionamento do direito estrangeiro, num processo de completa inserção em sua vida cultural, política, institucional, etc.<sup>28</sup>

Na atualidade, com as inovações da comunicação global, essa inserção no ambiente normativo estrangeiro pode prescindir da realização da “viagem” a que se referiam os autores clássicos, por mais interessantes e agradáveis que possam ser tais experiências. Na verdade, é possível ter acesso aos mais variados dados e às mais completas informações de diferentes sistemas jurídicos sem a necessidade de se vivenciar, no seu dia a dia e *in loco*, o funcionamento de suas instituições.

Porém, esse aspecto deixa em relevo o variado grau de informações que devem ser reunidas para o desen-

23 MIRANDA, Jorge. Sobre o direito constitucional comparado. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 14, n. 55, p. 243–260, abr./jun., 2006. p. 243 e ss.

24 Para uma análise crítica do método funcional: MICHAELS, Ralf. The functional method of Comparative Law. In: REIMANN, Matthias; ZIMMERMANN, Reinhard (Ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University, 2006. p. 339–382. p. 339.

25 SCARCIGLIA, Roberto. *Introducción al derecho constitucional comparado*. Madrid: Dykinson, 2011. p. 88.

26 ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to comparative law*. 3. ed. Oxford: Clarendon, 2011. p. 34.

27 Essas necessárias implicações da atividade de comparação são resumidas no seguinte trecho de Roberto Scarciglia: “Porém, como pode o jurista perceber em sua totalidade o termo a comparar? É necessário que siga algumas regras. Deve-se ter em conta estas cinco: a) o termo a comparar deve ser estudado tal e como aparece na realidade; b) o termo de comparação deve ser examinado em suas fontes originais; c) o termo a comparar deve ser estudado na complexidade e totalidade das fontes do direito; e) o termo a comparar deve ser interpretado segundo o método hermenêutico do ordenamento a que pertence” (SCARCIGLIA, Roberto. *Introducción al derecho constitucional comparado*. Madrid: Dykinson, 2011. p. 94).

28 ANCEL, Marc. *Utilidade e método do direito comparado*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1980. p. 111.

volvimento de um estudo comparado, o qual se inicia exatamente com essa compreensão ampla da cultura jurídico-institucional e da vida social dos países envolvidos, num processo que – mais uma vez nas palavras de Zweigert e Kötz – exige “imaginação e disciplina”.<sup>29</sup>

Sem esses elementos de compreensão global dos ordenamentos, a simples justaposição de várias regras não é direito comparado, mas sim seu passo preliminar. A partir dessa justaposição é que começa o trabalho mais árduo em qualquer comparação, que igualmente diz com a identificação de diferenças nas aparentes semelhanças.<sup>30</sup>

No próximo estágio, afastadas as falsas congruências, busca a comparação efetivamente construir um sistema, o qual mantém a vinculação necessária com os aspectos funcionais que pautam o direito comparado:

O direito comparado está de modo muito próximo conectado com as modernas tendências das ciências sociais quando questiona qual pode ser a função das instituições jurídicas nos diferentes países, antes de perguntar qual é sua estrutura doutrinária, e igualmente quando ordena as soluções dos vários sistemas sobre bases realísticas, testando-as a partir de sua capacidade de reagir às necessidades sociais que buscam satisfazer.<sup>31</sup>

Para tanto, é preconizado um procedimento metodológico, resumido em três ações elementares: conhecer, compreender e comparar. A essas três, alguns autores agregam a fase da aplicação de resultados, que é contingente, pois variável de acordo com as finalidades do estudo. Nas duas funções acima indicadas – ampliação do rol de soluções à disposição do jurista e auxílio na interpretação do direito nacional – essa fase de aplicação de resultados estará presente.

Tais fases são subsequentes, no sentido de uma constituir a base para a seguinte; bem como são complementares, já que todas existem em função das outras.<sup>32</sup>

Seguindo esses passos, tendo por orientação a funcionalidade dos institutos e procedendo a comparações metodologicamente respaldadas, pode o jurista lograr atingir, de modo realmente satisfatório, os objetivos do

direito comparado, em especial no que toca ao aprimoramento de seu próprio ordenamento.

Não ser pode deixar de considerar, como faz Ackerman,<sup>33</sup> que o direito constitucional comparado está em sua fase inicial, ainda mais se contrastado com as comparações que tradicionalmente são feitas no âmbito do direito privado. Nesse contexto de gênese da comparação no direito público, sempre se corre o risco de assumir-se premissas falsas, que conduzirão – por certo – a conclusões igualmente falsas. Exemplos dessas premissas falsas são o que Ackerman chama de nominalismo e de particularismo. O primeiro induz o estudioso a aproximar institutos que guardam o mesmo nome – e o exemplo dado é o de corte constitucional, sob cujo nome podem se esconder instituições das mais variadas – e o segundo faz com que o exame comparado procure inserir de tal forma o objeto de análise em seu contexto original, que despreza suas naturais conexões com o mundo exterior.<sup>34</sup>

Por fim, resta lembrar a advertência de Scarciglia acerca dos riscos de um procedimento de comparação não amparado pela metodologia adequada:

sem um enfoque metodológico sério, o estudioso corre o risco de não levar a cabo nenhuma atividade de comparação real, incorrendo mais na realização de atividades em sua maior parte ornamentais, sem nenhum valor epistemológico.<sup>35</sup>

### 3. O ELEMENTO ESTRANGEIRO NA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

Visto o modo como o direito comparado deve ser produzido para que tenha valor científico, para que se apresente metodologicamente adequado ao cumprimento de suas funções, resta analisar outra questão de enorme importância, qual seja, a da legitimidade e da relevância do uso do elemento estrangeiro na fundamen-

33 ACKERMAN, Bruce. The rise of world constitutionalism. *Virginia Law Review*, Charlottesville v. 83, n. 4 p. 771-798, May. 1997. p. 794.

34 Esse risco do nominalismo já é apontado também por Marc Ancel, num perspectiva geral do direito comparado: “é preciso sobretudo não confiar nas traduções apressadas e naqueles que chamamos de *falsos amigos*. É preciso não traduzir *common law* por *direito comum* e a *equity* inglesa não é a equidade continental, não mais do que a *preventive detention*, que constitui um internamento e segurança, não é a nossa *prisão preventiva*” (cf. ANCEL, Marc. *Utilidade e método do direito comparado*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1980. p. 111).

35 SCARCIGLIA, Roberto. *Introducción al derecho constitucional comparado*. Madrid: Dykinson, 2011. p. 94.

29 ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to comparative law*. 3. ed. Oxford: Clarendon, 2011. p. 37.

30 ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to comparative law*. 3. ed. Oxford: Clarendon, 2011. p. 43.

31 ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to comparative law*. 3. ed. Oxford: Clarendon, 2011. p. 45.

32 SCARCIGLIA, Roberto. *Introducción al derecho constitucional comparado*. Madrid: Dykinson, 2011. p. 92.

tação jurídica praticada em determinado ordenamento nacional.

Numa perspectiva histórica – e o aspecto histórico não pode deixar de ser considerado no processo de comparação<sup>36</sup> –, essa relevância, muitas vezes, é evidente, decorrendo da própria origem das normas de um dado ordenamento. A ênfase na experiência norte-americana verificada no nascimento da República brasileira é prova disso.

Entretanto, há outros elementos, de ordem pragmática e teórica, que contribuem para a caracterização dessa relevância do direito estrangeiro na solução de controvérsias de um dado ordenamento. Esses Elementos, aliás, não deixam de sofrer críticas, em especial em realidades nacionais, como a norte-americana, por exemplo, em que o uso de referências estrangeiras converteu-se em verdadeiro tabu.<sup>37/38</sup>

Essas críticas serão a seguir apresentadas, para se isolar suas decorrências para a prática a ser desenvolvida no cotidiano da jurisdição constitucional, bem como para se verificar sua higidez teórica.

36 MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. L'histoire constitutionnelle comparée. *Annales de l'Institut de Droit Comparé de la Université de Paris*, Paris, n. 1, p. 85-98, 1936. p. 85-98. Segundo o autor, “o direito constitucional comparado deve sempre ser estudado no quadro da história política”.

37 Ainda que, como aponta Vicki C. Jackson, essa prática era por demais acolhida desde as origens da jurisdição da Suprema Corte norte-americana, sendo exemplo disso até mesmo o célebre caso *Marbury v. Madison*, ou mesmo em casos mais recentes, como o igualmente célebre *Miranda v. Arizona*, em que, após analisar o direito de outros quatro países de língua inglesa, a corte decidiu no sentido de incrementar os direitos dos cidadãos americanos contra interrogatórios abusivos por parte das autoridades policiais (JACKSON, Vicki C. *Progressive Constitutionalism and Transnational Legal Discourse*. In: BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. (Ed.). *The Constitution in 2020*. New York: Oxford University Press, 2009. p. 285-297. p. 286-288).

38 Nesse mesmo sentido, Cheryl Saunders: “reference by courts to foreign law in determining constitutional questions is presently a controversial practice in the United States. The controversy should be kept in perspective, however. Reference to foreign law in the course of constitutional adjudication in the United States is not a recent phenomenon, nor is it confined to the Supreme Court. Most members of the current Court have referred to comparative sources, at some stage, for a reason other than to dismiss the legitimacy of reliance on them. At least four justices also have made extra-judicial remarks that appear to endorse the use of comparative constitutional law in some circumstances. Based on present indications, it seems likely that references by U.S. judges to foreign law will increase, if cautiously, although changes pending in the composition of the Supreme Court make prediction risky” (SAUNDERS, Cheryl. *The use and misuse of comparative constitutional law*. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Indiana, v. 13, n. 1, p. 37-76, Winter 2006. p. 39).

No estágio atual do debate que se tem nos Estados Unidos sobre esse tema, as posições se apresentam como radicais e acaloradas. Como registra Vicki C. Jackson, a discussão acerca do uso de referências estrangeiras nos tribunais americanos adquiriu um quê de simbólico, sendo tal uso considerado como representativo de tudo o que determinados juristas têm identificado como errado no proceder da Suprema Corte nos últimos anos, incluindo suas atividades contramajoritárias – tão presentes na jurisprudência do STF – e também certo caráter elitista que teria assumido a Corte, distanciando-se de suas raízes americanas. Por outro lado, os defensores dessas referências estrangeiras não as tomam como questão fundamental, mas somente como mais um elemento de um processo amplo de interpretação constitucional.<sup>39</sup>

As críticas às fontes estrangeiras são verbalizadas, na Suprema Corte norte-americana, notadamente pelo *Justice* Antonin Scalia, em especial após a decisão de alguns casos – em especial *Lawrence v. Texas* e *Roper v. Simmons* – em que a utilização de fontes estrangeiras foi introduzida de modo mais explícito, a partir das contribuições do *Justice* Anthony Kennedy.<sup>40-41</sup>

As objeções de Scalia podem ser resumidas nos seguintes aspectos: a) as fontes estrangeiras são irrelevantes para o originalismo, aqui considerado – em linhas gerais – como o método de interpretação que busca determinar as intenções e sentidos originais do texto constitucional americano, tal como definidos pelos *framers* de

39 JACKSON, Vicki C. *Progressive Constitutionalism and Transnational Legal Discourse*. In: BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. (Ed.). *The Constitution in 2020*. New York: Oxford University Press, 2009. p. 285-297. p. 285.

40 Para um exame de perfil mais jornalístico sobre a participação de Kennedy nos chamados “Seminários de Salzburg” e do reflexo disso nas decisões da Suprema Corte, ver: TOOBIN, Jeffrey. *The nine: inside the secret world of the Supreme Court*. New York: Anchor Books, 2008. p. 3045 e ss.

41 A reação à utilização de fontes estrangeiras não se limitou à própria Suprema Corte norte-americana. Em 2005, tramitou na *House of Representatives*, a Câmara baixa do Congresso dos Estados Unidos, um projeto de lei – o chamado *Constitution Restoration Act* (HR 1070, 109th Congress – 2005) – determinando que, na interpretação da Constituição, os Tribunais americanos estariam proibidos de fazer uso de “qualquer constituição, lei, norma administrativa, ordem executiva, diretiva, política, decisão judicial, ou qualquer outra ação de qualquer Estado estrangeiro ou organização ou agência internacional; com exceção do direito constitucional ou do *common law* ingleses praticados até o momento da adoção da Constituição dos Estados Unidos” (TUSHNET, Mark. *The ‘Constitution Restoration Act’ and judicial independence: some observations*. *Case Western Reserve Law Review*, Ohio, v. 56, n. 4, p. 1071-1082, 2006).

1787; b) a utilização de fontes estrangeiras não é democrática, uma vez que o Estado nacional que recebe a influência não toma parte na produção desse direito, nem na escolha e no controle de seus juizes, cujas decisões são internalizadas; e c) a utilização de fontes estrangeiras aumenta a discricionariedade judicial, possibilitando a escolha arbitrária de normas estrangeiras que se amoldem à argumentação desenvolvida pelo julgador, num processo que o *Chief Justice* Roberts, na sua sabatina perante o Senado americano, chamou de *cherry-picking*.<sup>42</sup>

Retirando-se a crítica relativa ao originalismo, que, dadas as suas particularidades, pode ser restringida ao cenário americano, restam as questões relacionadas com a falta de legitimidade e com a falta de método na utilização das fontes estrangeiras, sendo esses os dois pontos fulcrais a serem examinados.

Quanto à primeira crítica, a da legitimidade, é possível afirmar que as fontes estrangeiras não são tomadas isoladamente e transplantadas para o ordenamento nacional, passando a adquirir o mesmo valor das normas nacionais. Ou seja, as leis nacionais definitivamente não são, por meio desse processo, substituídas pelas leis estrangeiras, não sendo o recurso ao direito comparado uma forma de subversão da ordem jurídica de um país.

Na verdade, existem diferentes níveis de recurso ao direito estrangeiro, por meio da comparação. Cheryl Saunders sistematiza a questão fixando uma escala que vai do uso moderado de fontes estrangeiras (*soft use*) a um uso intensivo (*hard use*). Próximo do polo do uso moderado, encontram-se práticas como a referência a situações empíricas ou a afirmação da correção do direito interno mediante sua comparação com o estrangeiro; enquanto próximos do polo oposto, o do *hard use*, estão os casos em que o emprego do direito estrangeiro contribui mais significativamente para modelar a decisão que é prolatada pela Corte nacional, incluindo a importação de fundamentos de uma corte estrangeira, recurso ao direito estrangeiro para a interpretação do texto constitucional nacional ou mesmo, no extremo,

42 JACKSON, Vicki C. Progressive Constitutionalism and Transnational Legal Discourse. In: BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. (Ed.). *The Constitution in 2020*. New York: Oxford University Press, 2009. p. 285-297. p. 286-287. A frase de Roberts é, exatamente, no sentido de que “by cherry-picking foreign law, you can find anything you want”. Ou como afirmou o próprio Scalia na decisão de *Ropers v. Simmons*, “to invoke alien law when it agrees with one’s own thinking, and ignore it otherwise, is not reasoned decisionmaking, but sophistry”.

o transplante judicial de norma, instituto ou prática estrangeiros.<sup>43</sup> Podem ser inseridas, igualmente, no campo do *hard use*, as práticas que levam à chamada fertilização cruzada (*cross-fertilization*), consideradas como um estímulo externo que promove avaliações do direito interno, levando à sua evolução. Tal evolução envolve adaptação pelo sistema jurídico receptor das influências externas, que adquirem novos contornos, de modo que o novo desenvolvimento é um produto distinto, mas organicamente vinculado a esse sistema.<sup>44</sup>

A questão da legitimidade será, pois, mais ou menos grave se a utilização do direito estrangeiro estiver mais próximo do polo do *hard use* ou do *soft use*, respectivamente. Entretanto, de qualquer modo, a crítica da legitimidade democrática do uso de fontes estrangeiras somente seria verdadeiramente efetiva se se estivesse num quadro em que se apresentasse como uma imposição ao Juiz e não como uma opção de aprimoramento do raciocínio judiciário.<sup>45</sup>

No que toca à segunda questão, a da falta de critérios, é ela superada pela simples utilização dos métodos e procedimentos do direito comparado, tal como apresentados no tópico anterior. O recurso à técnica comparativa, nos moldes fixados cientificamente, coloca em xeque a prática do *cherry-picking*, expondo as fragilidades dos recursos arbitrários a este ou àquele ordenamento específico.

Somente por meio do uso de métodos claros e de procedimentos seguros é que pode a jurisdição constitucional enfrentar tal ordem de desafios à utilização do direito estrangeiro, em perspectiva comparada, na fundamentação de suas decisões.<sup>46</sup>

43 SAUNDERS, Cheryl. The use and misuse of comparative constitutional law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Indiana, v. 13, n. 1, p. 37-76, Winter 2006. p. 50.

44 BELL, John. The relevance of foreign examples to legal development. *Duke Journal of Comparative & International Law*, v. 21, n. 2, p. 431-460, Winter 2011. p. 434

45 JACKSON, Vicki C. Progressive Constitutionalism and Transnational Legal Discourse. In: BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. (Ed.). *The Constitution in 2020*. New York: Oxford University Press, 2009. p. 285-297. p. 287.

46 Mais uma vez, as lições de Cheryl Saunders: “the second principal ground of opposition to the use of comparative sources in constitutional adjudication concerns methodology. This is potentially a more serious issue for those common law countries in which the practice is readily employed. The debate in the United States has had the effect of focusing attention on two distinct dimensions of the methodology of the use of comparative constitutional law by courts: the process of judicial reasoning and the methodology of comparative law. Each intersects with and may be further fueled by

As críticas que são feitas, portanto, não se dirigem propriamente à prática da utilização de elementos estrangeiros, mas sim ao modo como se dá essa utilização. Seja porque inexistente critério no estabelecimento das comparações – que são mero e caprichoso ato de *cherry-picking*, para utilizar a jocosa expressão dos americanos –; seja porque as fontes estrangeiras são tomadas em preponderância às fontes nacionais, invertendo-se seu valor relativo; seja ainda porque esses exercícios de comparação ocorrem em ambientes constitucionais pretensamente refratários à experiência estrangeira, como no caso muito específico dos Estados Unidos após a onda originalista dos anos 80.

Afastadas, assim, as críticas que impediriam o uso do direito estrangeiro e o emprego do método comparado,

---

other intense contemporary controversies over, respectively, judicial activism and what has been described as ‘critical comparative law’ reflecting a new ‘appreciation of diversity’. Significant defects in either judicial or comparative method have the potential to undermine the legitimacy of recourse to foreign law in constitutional adjudication on grounds of misuse, rather than use. A second question for judicial method concerns the greater potential for manipulative use of foreign legal sources. Most obviously, this might take the form of unjustifiable selectivity in the choice of sources, by jurisdiction or by item, deliberately or by inadvertence. Justice Scalia identified the problem in typically colorful terms in his opinion in *Roper*: ‘To invoke alien law when it agrees with one’s own thinking, and ignore it otherwise, is not reasoned decisionmaking, but sophistry’. The phenomenon of ‘cherry-picking’ is well-recognized. Yash Ghai, for example, described the approach of Hong Kong courts to foreign cases in the early years of the Hong Kong Bill of Rights as ‘not very consistent; they are invoked when they support the position preferred by the court, otherwise they are dismissed as irrelevant.’ Of course, selection of sources emanating from a home jurisdiction can be manipulated as well, but the practice can be more readily detected and the principles of selection are more settled, if often difficult to apply. A second, distinct dimension of the methodological challenges presented by the use of foreign law in constitutional adjudication is inherent in the very activity of comparative law. First, and most obviously, there are threshold problems of obtaining access to foreign sources and being able to use and understand them, in terms both of language and the legal concepts used. But the central challenge of comparative method is to understand the legal experience of other jurisdictions in sufficient depth to be able to properly determine its relevance and to include it in the reasoning process. This is a complication that, by and large, is not present when a court relies on a variety of sources from within the home jurisdiction. Notoriously, it demands understanding of the relevant context from which a foreign comparative source derives, requiring consideration of political, social, economic, historical, or other cultural factors. Arguably the problem is exacerbated by the particular difficulty of acquiring contextual understanding of a constitution, which to a greater extent than other laws, is likely to be embedded in the life of its national community and may have evolved over an extended period of time” (SAUNDERS, Cheryl. The use and misuse of comparative constitutional law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Indiana, v. 13, n. 1, p. 37-76, Winter 2006. p. 67).

resta examinar as razões que o justificam, ou seja, o que legitima esse uso e até mesmo o incentiva.

A aceitação do uso do elemento estrangeiro acaba dependendo de aspectos pragmáticos e teóricos. Os primeiros são os mais evidentes e podem ser associados às próprias funções do direito comparado, em especial àquelas que se projetam sobre sua utilização na jurisdição constitucional: o aumento de soluções à disposição do jurista e o auxílio na interpretação do direito nacional.

Essas razões pragmáticas, porém, não seguem uma lógica muito clara, sendo difícil estabelecer uma razão pela qual um direito estrangeiro passa a ser mais influente em determinado ordenamento, eliminando ou diminuindo os influxos de outro elemento externo previamente considerado. Como explicar, por exemplo, a migração gradual do direito constitucional brasileiro das fontes originariamente americanas, passando pelo direito constitucional político dos franceses e chegando num quadro atual de recurso constante ao direito constitucional alemão, de matriz mais filosófica?

Essas alterações decorrem de fatores empíricos, que envolvem personagens específicos, responsáveis pela divulgação desse ou daquele ordenamento; bem como dizem com as circunstâncias em que se encontram os ordenamentos dos quais se retiram os modelos, que podem ter momentos de maior ou menor projeção internacional.

As experiências concretas indicam, na linha do argumentado por John Bell, que o desenvolvimento jurídico depende mais de pessoas do que de ideias; que esse desenvolvimento não envolve a incorporação automática de institutos estrangeiros, mas sim a conformação de novos modelos normativos autóctones que são inspirados pelo modelo estrangeiro; e que a extensão da influência estrangeira depende do modo como seus modelos são apresentados no país receptor e do clima de abertura de sua comunidade jurídica para o novo. Nesse quadro, ganha importância a figura dos juristas que promovem essa interação entre os ordenamentos, os quais por diferentes fatores pessoais têm contato com esta ou aquela novidade estrangeira e igualmente dispõem de recursos para introduzi-las nas práticas locais.<sup>47</sup>

---

47 “From these examples, we have seen that academics, legislators and users of the law do not confine their attention to national boundaries. Problems are not confined to those boundaries and are often neither texts nor principles. [...] Academics often play more than one role. Academics across all of the jurisdictions often be-

Mas a atuação desses juristas como vetores da introdução de elementos estrangeiros depende, igualmente, da reputação dos ordenamentos com os quais tiveram contato, o que decorre sim do seu prestígio cultural – o que é de difícil mensuração –, mas que também deriva de fatores de relevância, relacionados com os problemas específicos que se pretendem solucionar internamente. Por exemplo, é natural que um país saindo de uma ditadura totalitária busque elementos de outros países que já passaram pelo mesmo problema histórico e institucional, o que justifica, por exemplo, a influência alemã no desenvolvimento do direito húngaro no período pós-comunista. Finalmente, essa reputação dependerá também da proximidade entre o sistema estrangeiro e aquele que recebe a influência, sendo mais forte o vínculo se pertencem à mesma família de direitos.<sup>48</sup>

Quanto à questão da proximidade, é importante anotar que sua determinação nem sempre é possível e que a avaliação dessas conexões dependerá de fatores múltiplos, em especial no campo do direito constitucional.<sup>49</sup> Roberto Scarciglia, por exemplo, não aceita a utilização do modelo de famílias jurídicas – amplamente divulgado a partir dos anos 1950 por meio da obra de René David<sup>50</sup> – ao direito constitucional, uma vez que teriam sido desenvolvidas sob a égide de um pensamento privatista.<sup>51</sup>

Ante essas circunstâncias, o direito constitucional

---

came law reformers, judges, and politicians. [...] They do not just publish and hope that they will be noticed, but have the means of making their voices heard. Their later appointments put them in an excellent position to implement the ideas they had developed in their academic careers” (BELL, John. The relevance of foreign examples to legal development. *Duke Journal of Comparative & International Law*, v. 21, n. 2, p. 431-460, Winter 2011. p. 448-449).

48 BELL, John. The relevance of foreign examples to legal development. *Duke Journal of Comparative & International Law*, v. 21, n. 2, p. 431-460, Winter 2011. p. 451.

49 Isso não significa que os critérios de proximidade não devam ser estritamente definidos, muito antes pelo contrário. Isso porque, como registra Mark Tushnet, os trabalhos de direito constitucional comparado são, não raro, “insuficientemente sensíveis às diferenças nacionais, que geram divergências nos direitos constitucionais locais. Ou, em outras palavras, os acadêmicos do direito constitucional comparado tendem para uma implícita, mas insuficientemente defendida, preferência por uma aproximação universalista do estudo jurídico comparativo em relação à particularista” (TUSHNET, Mark. Comparative constitutional law. In: REIMANN, Matthias; ZIMMERMANN, Reinhard (Ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University, 2006. p. 1225-1257. p. 1256).

50 DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 1993. p. 16 e ss.

51 SCARCIGLIA, Roberto. *Introducción al derecho constitucional comparado*. Madrid: Dykinson, 2011. p. 87.

comparado está aberto a novos referenciais de proximidade entre sistemas jurídicos e, em consequência, entre suas jurisdições constitucionais. É em tal perspectiva que se coloca o esquema proposto por Bruce Ackerman reunindo dois modelos de constituição que promovem tipos distintos de jurisdição constitucional: as constituições que assinalam novos começos, “marcos simbólicos de uma grande transição na vida política de uma nação”; e as constituições federalistas, cujo traço fundamental é “a existência de múltiplos centros de poder, num constante projeto de intensiva coordenação”.<sup>52</sup> Tais tipos de constituição gerariam, respectivamente, formas redentoras ou coordenadoras de jurisdição constitucional.<sup>53</sup>

De qualquer forma, adotando-se a tradicional sistematização das famílias jurídicas – que, apesar das críticas, é bastante aceita<sup>54</sup> – ou se buscando novos critérios de reunião de experiências constitucionais diversas, o fato é que o requisito da proximidade é fundamental na utilização das técnicas do direito constitucional comparado.<sup>55</sup>

Por fim, há, ainda, a questão das justificações teóricas que emprestam valor em si mesmo às fontes estrangeiras, defendendo sua influência independentemente de relação direta com o ordenamento nacional.

Nesse sentido, Jeremy Waldron apresenta dois argumentos para que as fontes estrangeiras sejam tratadas como justificativas para as decisões das cortes nacionais: inicialmente, o sistema estrangeiro oferecerá um exemplo de metodologia para a solução de conflitos – no que objetivamente não se tem novidade em relação às tradicionais funções do direito comparado – e, ainda, promoverá um ideal de justiça, de tratamento igualitário, no que sim há uma novidade em relação ao que até agora foi analisado. Na busca desse tratamento justo e igualitário, “os cidadãos reclamam que os mesmos princípios gerais de direito devem conduzir aos mesmos resultados práticos, apesar de diferenças geográficas e institucionais”.<sup>56</sup>

---

52 ACKERMAN, Bruce. The rise of world constitutionalism. *Virginia Law Review*, Charlottesville, v. 83, n. 4, p. 771-798, May 1997. p. 778.

53 ACKERMAN, Bruce. The rise of world constitutionalism. *Virginia Law Review*, Charlottesville, v. 83, n. 4, p. 771-798, May 1997. p. 796.

54 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1990. v. 1. p. 104.

55 SCARCIGLIA, Roberto. *Introducción al derecho constitucional comparado*. Madrid: Dykinson, 2011. p. 78-79.

56 WALDRON, Jeremy. Foreign law and the modern *ius gentium*.

Com os cuidados, orientações e fundamentos expostos ao longo desse item, o elemento estrangeiro se apresenta minimamente respaldado no exercício da jurisdição constitucional, ficando apto a afastar as críticas que são feitas a seu uso e possibilitando reais aprimoramentos para os ordenamentos receptores.

#### 4. O ELEMENTO ESTRANGEIRO NA JURISDIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Analisados os padrões teóricos e as discussões mais pragmáticas acerca da utilização do direito comparado, seja em linhas gerais, seja especificamente no que toca do direito constitucional; cabe agora verificar como essa prática se apresenta nos julgamentos atuais do Supremo Tribunal Federal brasileiro, no exercício de sua jurisdição constitucional.

Para tanto, serão a seguir examinados dois julgados da Suprema Corte brasileira, para se verificar se as referências feitas a fontes estrangeiras passam pelos crivos metodológicos e legitimadores antes apontados. Serão, pois, estudados os acórdãos da ADI 3.510<sup>57</sup>, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 28.05.2010 – em que o STF apreciou a constitucionalidade da Lei de Biossegurança –; e da ADPF 132<sup>58</sup>, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14.10.2011 – na qual a Suprema Corte reconheceu efeitos jurídicos a uniões homoafetivas.

Tal análise não tem como objetivo promover uma avaliação individual dos argumentos ou das razões expostas em cada voto, mas simplesmente destacar como os elementos estrangeiros foram utilizados na formação da *ratio decidendi* de cada Ministro, de modo objetivo, impessoal.

---

*Harvard Law Review*, Cambridge, v. 119, n. 1, p. 129-147, Nov. 2005. p. 129 e ss.

57 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 3510/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

58 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 132/RJ. Tribunal Pleno. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Requerido: Procurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

Na ADI 3.510<sup>59</sup>, os primeiros recursos a elementos estrangeiros se fizeram presentes no voto da Ministra Ellen Gracie, cuja argumentação parte da referência ao *Human Fertilization and Embriology Act*, editado pelo parlamento britânico em 1990. Não há, na manifestação em questão, uma justificativa técnica acerca da escolha desse diploma normativo ou mesmo das conexões genéricas entre a experiência do Reino Unido e a do Brasil. Quanto às fontes, o caso britânico é basicamente analisado com base na obra de Letícia da Nóbrega Cesarino, intitulada *Nas fronteiras do “humano”: os debates britânico e brasileiro sobre a pesquisa com embriões*, texto esse que é uma pesquisa na área das ciências sociais e da antropologia e não um texto jurídico.

Em seguida, no mesmo feito, o voto do Ministro Menezes Direito é pródigo em referências estrangeiras. O exame se inicia com menções a dados oficiais acerca do direito inglês e australiano; isso sem que o voto indique quais são as semelhanças e as diferenças que tornam a comparação mais ou menos adequada a auxiliar na controvérsia posta ao STF. Depois, a argumentação passa pelo exame de um relatório da Assembleia Nacional francesa, do qual é destacado trecho específico da manifestação de um único deputado, a qual corrobora as razões do voto do Ministro. Cita, ainda, com base em *site* da internet, as normas de países que proíbem a pesquisa com células-tronco – como Alemanha, Itália, Áustria e Polônia –, resumizando suas disposições. Há também uma breve referência à Lei francesa nº 2004-800, relativa à bioética. Tendo como fonte o *site* do Parlamento britânico, o Ministro Menezes Direito cita a lei já mencionada no voto da Ministra Ellen Gracie; para na sequência dedicar um parágrafo para cada um dos ordenamentos dos seguintes países: Suécia, Espanha, Portugal, Bélgica e Canadá. Em um único parágrafo, o voto menciona as regras japonesas, chinesas, sul-coreanas e de Cingapura. Para finalmente arrematar as considerações sobre experiências estrangeiras analisando os casos norte-americano – em que os ordenamentos dos diferentes Estados são citados num único parágrafo – e australiano.

---

59 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 3510/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

Já o voto do Ministro Ricardo Lewandowski contém um item dedicado ao tema *Células embrionárias humanas no direito comparado*. Nele há menções à experiência francesa – a partir de um artigo de Brigitte Mintier, publicado na obra coletiva *Células-tronco humanas: aspectos científicos, éticos e jurídicos*, coordenada pelo padre jesuíta Julio Luis Martinez –; e às experiências holandesa, alemã e espanhola, sempre a partir de artigos publicados na mesma obra coletiva. No caso da Alemanha, há, também, menção a artigo de Erik Parens, sobre a política de pesquisa com células-tronco. O item específico do voto, porém, apresenta em sequência essas referências, sem conduto identificar um fio condutor da análise comparada; não explicitando, igualmente, o porquê do exame daqueles ordenamentos específicos. No item seguinte do voto, relativo às limitações das pesquisas, novamente são apresentados dados de elementos normativos estrangeiros, seja por meio de artigos doutrinários, seja por meio da menção a dispositivos legais.

O Ministro Joaquim Barbosa, por sua vez, analisa, em seu voto – com maior ou menor profundidade – normas dos ordenamentos inglês, francês, espanhol, belga e suíço, sempre com base nos textos legais – os quais apresenta explicitamente no texto ou em notas de rodapé, algumas no idioma original –, para concluir da seguinte maneira:

enfim, esses são apenas alguns exemplos, colhidos do direito comparado, que demonstram a preocupação dos países europeus com a pesquisa envolvendo células-tronco embrionárias. Vê-se que as legislações estrangeiras têm ao menos três pontos em comum: o primeiro, referente à obrigatoriedade de que os embriões sejam utilizados em pesquisas que visem ao bem-comum; o segundo, que sejam utilizados apenas embriões excedentes dos processos de fertilização *in vitro*, o que, em outras palavras, significa a proibição de que sejam criados embriões para este fim; e, por último, que haja o consentimento expresso dos genitores.

Nessa ordem de ideias, parece-me que a legislação brasileira segue os critérios mínimos que têm sido exigidos por outros países que permitem pesquisa envolvendo células-tronco embrionárias.<sup>60</sup>

Ainda que o voto não indique as razões de escolha dos ordenamentos mencionados, nem os contextualize

60 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 3510/DF*. Tribunal Pleno. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

histórica e socialmente, há nele uma orientação clara de comparação, com o intuito de retirar dela orientações comuns que indiquem a essência de um instituto ou a solução comum a um problema igualmente compartilhado por distintos países.

O voto do Ministro Marco Aurélio apresenta, em linhas bastante gerais, informações acerca do tratamento normativo da matéria em dezoito países – são eles: África do Sul, Alemanha, Austrália, China, Cingapura, Coréia do Sul, Espanha, Estados Unidos, França, Índia, Israel, Itália, Japão, México, Reino Unido, Rússia, Suíça e Turquia –, tendo como bases fontes da internet.

Por fim, o então Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, inicia seu voto com um exame comparado não do tema de fundo da discussão na ADI 3.510<sup>61</sup>, mas sim acerca do papel do Tribunal enquanto instituição, comparando-o à Suprema Corte americana e ao Tribunal Constitucional Federal alemão, para concluir, com base em Robert Alexy, que “o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente”. Trata-se, por certo, do estabelecimento de relações entre instituições que guardam peculiaridades muito próprias, sendo oriundas de contextos sociais, políticos, culturais e constitucionais radicalmente distintos.<sup>62</sup>

Segue o voto do Ministro Gilmar Mendes fazendo considerações acerca da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão em matéria de direitos fundamentais; considerações essas embasadas em obras

61 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 3510/DF*. Tribunal Pleno. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

62 Basta, para compreender essas diferenças fundantes – que talvez sejam óbices a uma comparação –, voltar às considerações de Bruce Ackerman em “The rise of world constitutionalism”. Será o STF, de fato, uma “corte redentora” relacionada com uma constituição representativa de um “novo começo”, ou estará ele mais atrelado ao conceito de “corte de coordenação”, característica de um ambiente normativo federal? Essa resposta é fundamental para se analisar a pertinência das referências à obra de Alexy para fins de fundamentação ou de legitimação da atuação do Supremo Tribunal brasileiro. Para Ackerman, a autoridade do Tribunal Constitucional Federal alemão decorre da autoridade simbólica da Lei Fundamental de Bonn como marco de superação do nazismo (ACKERMAN, Bruce. The rise of world constitutionalism. *Virginia Law Review*, Charlottesville, v. 83, n. 4, p. 771-798, May. 1997. p. 779). É possível incorporar suas técnicas, sem que o STF tenha como objeto de trabalho um texto que goze de semelhante *status*?

doutrinárias e decisões jurisprudenciais alemãs, todas analisadas em suas versões originais.

Igualmente no tema específico das células-tronco, o voto sob enfoque adentra na seara dos elementos estrangeiros. Cita a legislação – sempre diretamente e a partir de suas versões originais – da Alemanha, da Austrália, da França, da Espanha – complementada pela citação de duas sentenças, muito provavelmente do Tribunal Constitucional espanhol, ainda que o voto não o explicita – e do México. Não há, porém, nessa análise o propósito de apurar referenciais comuns que orientem a compreensão do tema em debate, tratando-se, exclusivamente, de uma descrição dos textos legais estrangeiros.

No segundo julgado a ser analisado, o da ADPF 132<sup>63</sup>, as referências ao direito estrangeiro se iniciam com o voto do Ministro Luiz Fux, que menciona duas obras de Ronald Dworkin, para afirmar que suas reflexões sobre o direito constitucional norte-americano são “perfeitamente aplicáveis ao direito constitucional brasileiro”. Entretanto o voto não explicita como as reflexões dos tribunais e dos juristas norte-americanos em torno da XIV Emenda à Constituição de 1787 – que impôs, em 1868, o dever de observância à cláusula do devido processo legal aos poderes estaduais – são coordenadas com dispositivos muito mais específicos e detalhados, como aqueles constantes da moderna Constituição brasileira. Igualmente, não há preocupação, na linha do preconizado pelos comparatistas, com a caracterização das diferenças ou semelhanças entre os contextos sociais, culturais e institucionais em que as duas ordens jurídicas são aplicadas.

Em seguida, o voto menciona obra doutrinária espanhola sobre a alteração do Código Civil da Espanha que permitiu o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Nessa perspectiva há a contribuição do direito estrangeiro a partir da doutrina, que analisa situação jurídica de modificação legislativa bastante diversa daquela que se promovia, por meio do julgado em andamento, no âmbito do Poder Judiciário.

O próximo elemento significativo de direito estran-

geiro que se pode verificar no julgamento da ADPF 132 consta do primeiro voto do Ministro Gilmar Mendes (fls. 121 e seguintes do acórdão), o qual anota que “a doutrina nacional não tem se ocupado, talvez como devesse, de um dispositivo que consta do Direito Comparado, talvez a sua matriz esteja na Lei Fundamental de Bonn, que fala do direito que cada indivíduo tem de autodesenvolvimento, *Selbst Entfaltung seiner Persönlichkeit*, quer dizer, autodesenvolvimento de sua personalidade”. Entretanto, tal concepção oriunda do direito alemão não é esmiuçada, nem é demonstrado como se projeta sua aplicação ao direito brasileiro, como esse direito ao autodesenvolvimento da personalidade decorre das normas da Constituição de 1988.

Traz o voto, por fim, à colação mais uma vez a lição de Alexy, segundo a qual o Tribunal Constitucional representa o cidadão argumentativamente.

No segundo voto do Ministro Gilmar Mendes, que consta do acórdão (fls. 144 e seguintes), há um item específico sobre direito comparado, baseado quase que exclusivamente na obra *União homoafetiva. Direitos acessórios e novos direitos*, de Fábio Oliveira de Vargas, bem como em dois *sites*, um de uma associação ativista da causa homossexual nos Estados Unidos e outro sobre legislação alemã. Esse breve exame é concluído com as seguintes considerações:

a análise exemplificativa do direito estrangeiro, que aqui sintetizei em três casos, evidencia que o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo é assunto complexo, que gera diversas discussões e reflexões nos países que o adotaram. Não apenas antes da edição de norma regulamentadora, que costuma demandar prazo considerável de amadurecimento, mas também após sua entrada em vigor.

A extensão das leis que a define e o estabelecimento de algumas restrições indicam que não se trata de assunto simples, mas, sim, de matéria que deve ser bastante deliberada e discutida.<sup>64</sup>

Tal trecho parece evidenciar que, com a análise de elementos estrangeiros, se pretendeu atingir um dos objetivos do direito comparado, qual seja, a identificação das diferenças para que, afastadas, seja possível vislum-

63 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 132/RJ. Tribunal Pleno. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Requerido: Procurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

64 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 132/RJ. Tribunal Pleno. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Requerido: Procurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

brar a essência do problema jurídico a resolver, a solucionar.

O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, iniciou seu voto citando a discussão acerca da descriminação da homossexualidade na Inglaterra, ou seja, a abolição das leis penais que tipificavam como delito as condutas homossexuais; ressaltando as conclusões de Herbert L. A. Hart acerca das relações entre direito, liberdade e moralidade.

Já o Ministro Celso de Mello introduz elemento estrangeiro em sua argumentação ao destacar importância do “direito à busca da felicidade” para a solução da controvérsia dos autos; princípio esse que retira da Declaração de Independência dos Estados Unidos, a partir de dois trabalhos acadêmicos norte-americanos. O voto cita vários julgados da Suprema Corte americana, nos quais as decisões tiveram como apoio retórico esse postulado de busca da felicidade; sem, contudo, apresentar com detalhes seus contornos fáticos ou as teses jurídicas neles enfrentadas.

O voto, ainda, cita que a “busca da felicidade” foi positivada nas Constituições do Japão (1947), França (preâmbulo do texto de 1958) e do Reino do Butão (2008); países que, certamente, têm compreensões bastante diversas do que seja esse direito fundamental; compreensões igualmente distintas da matriz norte-americana e do que se concebe no Brasil.<sup>65</sup>

65 Nesse específico argumento da “busca da felicidade”, a diferença fundamental que existe entre uma análise exclusivamente literal dos ordenamentos e o exame funcional, social e historicamente compreensivo, que deve pautar as comparações, fica explícito. Não se discute que Estados Unidos, França, Japão e Butão contêm em seus ordenamentos constitucionais o mencionado “direito à busca da felicidade”; esse é o *law in the books*, o direito vigente desses quatro países. Mas a pergunta fundamental do comparatista deveria ser como esse enunciado normativo se projeta sobre a questão em análise, ou seja, sobre o reconhecimento jurídico de uniões entre pessoas do mesmo sexo. Em outras palavras, como o “direito à busca da felicidade” ampara homossexuais nesses quatro ordenamentos, como essa garantia se apresenta na forma de *law in action*, de “direito vivente”. No caso concreto, se a análise literal permitiu que os ordenamentos norte-americano, francês, japonês e butanês fossem utilizados como reforço da fundamentação do voto do Ministro Celso de Mello, o exame funcional demonstraria – como de fato demonstra – que o “direito à busca da felicidade” nesses países em nada amparava, à época do julgamento, o reconhecimento jurídico de uniões homoafetivas. Inicialmente, os Estados Unidos, berço da afirmação de Thomas Jefferson sobre a “busca da felicidade”, tinham, quando da decisão do STF, um panorama bastante complexo no tema. Dos 51 estados americanos, 29 estados expressamente proibiam as uniões entre pessoas do mesmo sexo em suas Constituições e 9 estados as proibiam por meio de leis locais. Havia, ainda,

Concluído o breve estudo desses dois importantes precedentes do STF, é possível afirmar que os elementos estrangeiros são, ordinariamente, utilizados sem maiores critérios metodológicos, se considerados os padrões fixados pelo direito comparado moderno.

Ainda que a maioria dos exames tenha um fundo funcionalista, custa percebê-lo. Porém, não se tem uma preocupação contumaz com contextualizações, não há justificativa das razões que levam à citação deste ou daquele ordenamento estrangeiro – e aí se misturam fontes exteriores com autoridade maior ou menor, que se intercalam indistintamente –, não se enfatiza a ocorrência de eventuais fertilizações cruzadas (*cross-fertilizations*), não se busca estudar o direito vivente (*law in action*), mas preponderantemente o direito vigente (*law in the books*) e, na maioria das vezes, as citações são meras ilustrações, que não passam – para utilizar as palavras anteriormente citadas de Scarciglia<sup>66</sup> – de “partes ornamentais” dos acórdãos.<sup>67</sup>

desde 1996, legislação federal – o *Defense of the Marriage Act – DOMA* – que proibia aos órgãos da União o reconhecimento de uniões homoafetivas; legislação essa que somente foi afastada por decisão da Suprema Corte no caso *United States v. Windsor*, de 2013. Na França, a legalização do casamento homossexual somente ocorreu em abril de 2013, muito depois da decisão do STF. No Japão, por sua vez, o “direito à busca da felicidade” também não atinge uniões entre pessoas do mesmo sexo, que não são reconhecidas como juridicamente válidas, delas não se originando direitos. Por fim, no Reino do Butão, onde também a todos é assegurado o “direito à busca da felicidade”, o Código Penal de 2011 tipifica, em seus arts. 213 e 214, o crime de “sexo não natural”, no qual as práticas homossexuais são enquadradas. Ou seja, o reconhecimento que o direito butanês dá às uniões homoafetivas é o da criminalização, radicalmente distante do propugnado no voto ora em comento. Assim, trazer à colação tais ordenamentos como reforços na defesa da concessão de efeitos jurídicos a uniões entre pessoas do mesmo sexo é, no mínimo, técnica e metodologicamente inadequado. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 132/RJ*. Tribunal Pleno. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Requerido: Procurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

66 SCARCIGLIA, Roberto. *Introducción al derecho constitucional comparado*. Madrid: Dykinson, 2011. p. 94.

67 As conclusões de Cheryl Saunders, ao analisar acórdãos da *High Court* australiana não são muito diferentes, o que talvez sirva para indicar uma tendência na qual se insere a prática insipiente do STF no uso do direito comparado. A autora australiana indica que, em linhas gerais, a *High Court* entende os propósitos do uso do direito estrangeiro, porém “it was less comfortable, however, with other demands of comparative law: deeper contextual analysis, where required, and examination of the rationale for the selection of particular foreign sources. It may be that in cases where foreign law is used extensively, a more explicit rationale for selection would be helpful, not only to expose to critical examination the criterion that is used

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do que foi até aqui analisado, os seguintes pontos podem ser destacados à guisa de conclusão:

a) o direito constitucional brasileiro tradicionalmente é permeável à contribuição do direito estrangeiro, por meio da importação de institutos e por meio da abertura de sua jurisdição constitucional ao método comparado;

b) tal método comparado exige do jurista o domínio de uma série de técnicas, bem como o emprego de cuidados específicos no tratamento dos ordenamentos em comparação; especialmente no que diz com a observância das funções dos institutos, bem como do contexto cultural, social, institucional e histórico em que foram desenvolvidos e em que são vivenciados;

c) no plano específico da jurisdição constitucional, as críticas que ordinariamente são feitas ao emprego de elementos estrangeiros de fundamentação dizem mais com o modo como é procedido do que com tal emprego considerado em si mesmo; o que reforça a necessidade da correta utilização da metodologia comparada nos processos de decisão;

d) a aceitação maior, ou menor, de uma influência estrangeira depende de vetores pessoais – considerados aqui os juristas responsáveis pela promoção do uso do elemento exterior no direito interno –, de vetores objetivos relacionados com a reputação do ordenamento estrangeiro e ainda de vetores teóricos, relacionados com a fundamentação filosófica última das trocas de experiências por meio da jurisdição constitucional, num postulado de tratamento igualitário dos cidadãos de diferentes países, submetidos a princípios gerais semelhantes;

e) nesse contexto, a experiência do Supremo Tribunal Federal brasileiro na utilização do direito comparado ainda se encontra aquém dos padrões teóricos fixados pelos modernos estudos e práticas comparatistas, normalmente faltando-lhe o aprofundamento do conhecimento dos ordenamentos estrangeiros de que lança mão em suas fundamentações e ficando constantemente alheio a exercícios de compreensão mais abrangente

desses mesmos ordenamentos e, por fim, muitíssimo raramente adentrando no campo da comparação propriamente dita.

Esses pontos realçam a necessidade de uma revisão ampla do modo como o STF desenvolve seus argumentos de direito comparado, buscando-se a introdução de uma metodologia que permita a seus Ministros identificar quais os ordenamentos cuja proximidade com o brasileiro admite comparação, como as fontes desses ordenamentos devem ser analisadas pela Corte – com ênfase no direito vivente (*law in action*) – e quais os pressupostos teóricos comuns que tornam a utilização desses referenciais útil e legítima.

Somente assim a Suprema Corte brasileira poderá cumprir vocação que está na sua gênese e que lhe dá característica enriquecedora, qual seja, a sua abertura natural ao diálogo jurídico internacional, por meio do direito comparado.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. The rise of world constitutionalism. *Virginia Law Review*, Charlottesville, v. 83, n. 4, p. 771-798, May. 1997.

ANCEL, Marc. *Utilidade e método do direito comparado*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1980.

BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. (Ed.). *The Constitution in 2020*. New York: Oxford University Press, 2009.

BELL, John. The relevance of foreign examples to legal development. *Duke Journal of Comparative & International Law*, v. 21, n. 2, p. 431-460, Winter 2011.

BRASIL. *Decreto N° 848, de 11 de outubro de 1890*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 3510/DF*. Tribunal Pleno. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

---

and to identify inconsistencies in its application, in order to preclude misuse, but also to secure a more complete measure of the benefit of foreign experience" (SAUNDERS, Cheryl. The use and misuse of comparative constitutional law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Indiana, v. 13, n. 1, p. 37-76, Winter 2006. p. 74).

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 132/RJ*. Tribunal Pleno. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Requerido: Procurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 20 jan. 2016.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 1993.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le relatif et l'universel*. Paris: Editions du Seuil, 2004.
- HORBACH, Carlos Bastide. *Ministro Pedro Lessa: memória Jurisprudencial*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.
- HORBACH, Carlos Bastide. O parlamentarismo no Império do Brasil (II): representação e democracia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 44, n. 1747, p. 213-231, abr./jun. 2007.
- JACKSON, Vicki C. Progressive Constitutionalism and Transnational Legal Discourse. In: BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. (Ed.). *The Constitution in 2020*. New York: Oxford University Press, 2009. p. 285-297.
- LAW, David S.; VERSTEEG, Mila. The declining influence of the United States Constitution. *New York University Law Review*, New York, v. 87, n. 3, p. 761-858, June 2012.
- LESSA, Pedro. *Do poder judiciário*. Brasília: Senado Federal, 2003. edição fac-similar.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Oráculo de Delfos: o conselho de Estado no Brasil-Império*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MICHAELS, Ralf. The functional method of Comparative Law. In: REIMANN, Matthias; ZIMMERMANN, Reinhard (Ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University, 2006. p. 339-382.
- MIRANDA, Jorge. Sobre o direito constitucional comparado. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 14, n. 55, p. 243-260, abr./jun., 2006.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1990. v. 1.
- MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. L'histoire constitutionnelle comparée. *Annales de l'Institut de Droit Comparé de la Université de Paris*, Paris, n. 1, p. 85-98, 1936.
- SAUNDERS, Cheryl. The use and misuse of comparative constitutional law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Indiana, v. 13, n. 1, p. 37-76, Winter 2006.
- SCARCIGLIA, Roberto. *Introducción al derecho constitucional comparado*. Madrid: Dykinson, 2011.
- TOOBIN, Jeffrey. *The nine: inside the secret world of the Supreme Court*. New York: Anchor Books, 2008.
- TUSHNET, Mark. Comparative constitutional law. In: REIMANN, Matthias; ZIMMERMANN, Reinhard (Ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford: Oxford University, 2006. p. 1225-1257.
- TUSHNET, Mark. The 'Constitution Restoration Act' and judicial independence: some observations. *Case Western Reserve Law Review*, Ohio, v. 56, n. 4, p. 1071-1082, 2006.
- WALDRON, Jeremy. Foreign law and the modern *ius gentium*. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 119, n. 1, p. 129-147, Nov. 2005.
- WATT, Horatia Muir. Globalization and comparative law. In: REIMANN, Matthias; ZIMMERMANN, Reinhard (Ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University, 2006. p. 579-607.
- ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to comparative law*. 3. ed. Oxford: Clarendon, 2011.