

ABERTURA E DIÁLOGO ENTRE AS CORTES CONSTITUCIONAIS: IDENTIFICAÇÃO DOS PADRÕES DE UTILIZAÇÃO PELO STF DO ARGUMENTO DE DIREITO COMPARADO

OPENNESS AND DIALOGUE BETWEEN CONSTITUTIONAL COURTS: IDENTIFYING USE PATTERNS OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT IN RELATION TO THE “COMPARATIVE LAW ARGUMENT”

Luiz Magno Pinto Bastos Junior*
Alini Bunn**

Como citar: BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pintos. BUNN, Alini. Abertura e diálogo entre as cortes constitucionais: identificação dos padrões de utilização pelo STF do argumento de direito comparado. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 12, n. 3, p.85-114, dez. 2017. DOI: 10.5433/1980-511X.2017v12n3p85. ISSN: 1980-511X.

Resumo: O uso de elementos não-nacionais é um recurso que vem crescendo significativamente, sendo possível afirmar que o seu uso revela uma tendência global. No entanto, o seu emprego tem suscitado inúmeros questionamentos quanto à sua legitimidade (tanto em relação às dificuldades metodológicas, quanto em relação às objeções baseadas no exercício da soberania). A presente pesquisa buscou definir os padrões discursivos do STF quando do uso de precedentes estrangeiros no decorrer da argumentação judicial. Através do método

* Pós-Doutor pelo Centro de Direitos Humanos e Pluralismo Jurídico da Universidade McGill (Montreal, Canadá). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajá (UNIVALI) e das disciplinas de Direito Constitucional, Direito Eleitoral e Direitos Humanos no curso de Graduação em Direito. É advogado militante nas áreas de direito eleitoral e direito administrativo (Sócio do Escritório Menezes Niebhur Advogados Associados). É membro fundador da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP) e Academia Catarinense de Direito Eleitoral (ACADE). Coordenador do Observatório do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (UNIVALI). lmagno@univali.br

** Técnico Judiciário Auxiliar do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina , Brasil alini88@hotmail.com

indutivo e de análises qualitativa e quantitativa, foram selecionadas (e analisadas) as decisões colegiadas proferidas pelo STF (turmas e órgão pleno), no período de 1998 a 2008, que se valeram em alguma medida do recurso ao “argumento de direito comparado” como parte de sua estratégia discursiva. Nessa primeira fase da pesquisa, pode-se perceber que esta estratégia argumentativa cumpre múltiplas finalidades, desempenhando um papel meramente acessório no labor hermenêutico da corte.

Palavras-chave: Argumento de direito comparado. Supremo Tribunal Federal. Diálogo entre cortes. Estratégia argumentativa.

Abstract: The use of foreign elements is a discursive strategy that has been largely utilized by constitutional judges, as if it were part of a global trend. However, this practice has several critiques related to its legitimacy (methodological difficulties and sovereignty objections). In light of this, this paper defines the discourse patterns of the STF (Brazilian Supreme Court – Supremo Tribunal Federal) in relation to the use of foreign precedents for its reasoning. Through the inductive method and quantitative and qualitative analyses, this study carefully selected and analyzed decisions of the STF, from the years 1998 to 2007, that specifically used this strategy. Moreover, in the first phase of this research, one can perceive that this argumentative strategy fulfills

multiple purposes, playing a merely ancillary role in the hermeneutic work of the court.

Keywords: Comparative law argument. Supremo Tribunal Federal. Judicial dialogue. Argumentative strategy.

INTRODUÇÃO

O recurso a elementos não-nacionais (*foreign materials*) no exercício da jurisdição

constitucional vem crescendo significativamente, o que faz com que o “argumento de direito comparado”¹ ocupe significativo espaço nos processos de justificação das decisões, mormente ante casos controvertidos. Apesar de não ser uma realidade absolutamente nova, o impacto que o uso de tal recurso vem causando na prática discursiva das cortes impõe um tratamento diferenciado por parte da teoria constitucional.

Este recurso vem sendo apontado como uma tendência global (MCCRUDDEN, 2000), sendo ora saudado com grande entusiasmo (WEINRIB, 2002), ora objeto de severas objeções (FLETCHER, 1998; ROSENKRANTZ, 2003). Embora nem sempre sua percepção seja positiva, o que se pôde observar, ao menos, é que o mesmo não é tratado com indiferença. Este fato mostra, por si só, a importância e atualidade desta discussão.

Preocupado com a necessidade de que sejam fornecidos subsídios para a compreensão da prática discursiva do STF no que toca ao uso deste argumento, após um levantamento sistemático das referências às decisões estrangeiras nas decisões desta corte, este artigo pretende apresentar alguns padrões de comportamento justificativo observáveis nas manifestações dos ministros.

Para tanto, esta prática está intimamente associada à consolidação do chamado diálogo constitucional *ad extra*. Esta expressão é aqui entendida como o processo de discussão que se desenvolve no âmbito de determinada comunidade de juristas e dos seus co-intérpretes². Os integrantes desta comunidade³ reconhecem como legítima a utilização de argumento de direito comparado como parte da estratégia de suporte a determinado ponto de vista normativo.

Este uso, todavia, para ser considerado legítimo, não pode ser utilizado

1 Entende-se por “argumento de direito comparado” a utilização por parte dos magistrados de referências ao direito estrangeiro como “argumento justificativo” (*argument justificatif*) de sua decisão. Expressão esta que pressupõe o reconhecimento de que o processo de interpretação da Constituição pelos tribunais resulta de um encadeamento de argumentos (e contra-argumentos) que possibilitam a tomada de uma decisão (PONTHOREAU, 2005, p. 169).

2 Resulta do esforço de conciliação do conceito de comunidade ideal concreta de Aarnio (1991) à idéia de abertura dos legitimados à interpretação constitucional de uma sociedade aberta de Häberle (1997).

3 Portanto, a atenção é voltada ao diálogo que se processa no interior de determinadas comunidades de intérpretes a partir da incorporação de elementos que lhe são exteriores.

como mero recurso de autoridade, mas como razão substancial que permita um processo de autocrítica sobre as bases consolidadas da constituição nacional. Este diálogo pode produzir um efeito de “vasos comunicantes” (PONTHOREAU, 2005, p. 181) que conecta os diferentes ordenamentos em uma perspectiva “cooperativa” (HÄBERLE, 2001), de modo a produzir um efeito multiplicador da dimensão de proteção do discurso constitucional para além das dimensões nacionais.

Quanto ao universo dos dados coletados, optou-se por empreender pesquisa na base de dados disponível no sítio institucional⁴ do Supremo Tribunal Federal, conquanto inexistir meio de publicação oficial da Corte que publique, sequencialmente, todas as decisões (e sua respectiva fundamentação).

Foram empreendidas duas delimitações na população amostral identificada, a primeira de índole temporal e a segunda de índole substantiva (através da utilização de ferramentas de buscas do próprio sítio).

Quanto ao aspecto temporal, esta pesquisa se ocupará com a análise das decisões proferidas em um período de dez anos (1998 a 2008)⁵. Esta delimitação temporal não levou em conta nenhum outro critério senão a necessidade prática de redução do universo da pesquisa.

Os pesquisadores reconhecem que outros critérios poderiam ter sido conjugados, como p.ex., a composição da Corte, a alternância de regimes democráticos/autocráticos. Tais critérios poderiam, indubitavelmente, fornecer subsídios muito interessantes para uma melhor compreensão do fenômeno. Todavia, reconheceu-se a escassez de recursos e de tempo para que tais análises pudessem ser levadas a termo.

Quanto ao aspecto substantivo, a seleção dos julgados foi feita tendo por base o uso das seguintes expressões de busca: “decisão estrangeira citada”, “legislação estrangeira citada” e “direito comparado”. Ao realizar a busca na base de dados, foram selecionados 329 julgados, dos quais

⁴ A base de dados das decisões, disponível no sítio institucional do STF, é muito abrangente. Ela reúne inúmeras decisões da corte (não somente as decisões finais, mas como inúmeros pronunciamentos liminares e uma seleção bastante numerosa de decisões monocráticas dos ministros e da Presidência). O sítio é dotado de uma boa ferramenta de busca. E disponibiliza os arquivos em formato .pdf e .gif.

⁵ Encontra-se em curso a segunda parte desta pesquisa que envolve o levantamento e classificação do período subsequente da atuação da Corte (2009-2016), que deve ser finalizada no final do primeiro semestre de 2017.

serão analisados 123, pois os demais fugiam ao escopo desta pesquisa⁶. Desde já, são reconhecidas algumas limitações decorrentes desta escolha. O sistema de busca não empreende uma varredura na íntegra dos textos das decisões, mas tão-somente na ementa dos acórdãos e nas palavras-chave da indexação da decisão. Portanto, é possível que diversos julgados tenham escapado à análise nesta pesquisa.

Estas decisões representam um total de 10.334 páginas de argumentação judicial. Nas foram possíveis identificar e catalogar 693 referências a elementos de direito estrangeiro como parte da estratégia de argumentação dos ministros.

Cada referência ao direito estrangeiro foi catalogada segundo os seguintes critérios (itens de análise/alternativas): (1) espécie de fonte de direito referenciada (a. Leis e/ou texto constitucional; b. Precedentes judiciais; c. Construção doutrinária; d. Referências genéricas ao direito estrangeiro); (2) material consultado pelos juízes (a. Citação Direta - texto da lei ou precedente judicial; b. Citação indireta – doutrina; c. citação indireta - outro precedente do STF); (3) localização da argumentação judicial (*voto*) (a. decisão da Corte no voto vencedor ou opinião vencedora; b. voto divergente; c. voto concorrente); (4) extensão da referência ao direito estrangeiro (a. mera referência; b. transcrição parcial das regras legais ou decisão judicial; c. identificação da *ratio decidendi* dos precedentes); (5) contextualização da referência (a. contextualização normativa; b. contextualização fática – contexto empírico e análise de consequências; c. sem contextualização); (6) utilidade da comparação (a. argumento consequencialista; b. critérios para suprir lacuna legislativa; c. exemplo de balanceamento de direitos; d. interpretação normativa útil). (7) impacto da referência no ordenamento nacional (a. confirmação da legislação/interpretação nacional; b. criação de exceção não prevista à regra; c. ampliação do alcance da regra; d. auxílio para a escolha dentre interpretações possíveis; e. não identificado claramente); (8) impacto do empréstimo na jurisprudência do STF (a. confirmação do precedente do STF; b. revisão do precedente da Corte; c. ausência de decisões no

6 Tratam-se de decisões nas quais a análise do direito estrangeiro decorre da necessidade de avaliação da legalidade do pedido de extradição e da regularidade do título judicial a ser homologado (portanto, análise do suporte normativo a ser *obrigatoriamente* analisado pelos tribunais nacionais).

contexto; d. não identificado claramente).

O presente artigo está dividido da seguinte forma: na seção 2, será traçado um breve panorama sobre a utilização do argumento de direito comparado; na seção 3, será feita uma breve contextualização sobre a prática argumentativa do STF a fim de que sejam fornecidos subsídios para a compreensão dos seus jogos de linguagem; na seção 4, na qualidade de autênticas conclusões parciais, serão apresentados alguns elementos das análises desenvolvidas a partir do material empírico sistematizado (a. identificação das jurisdições mais referenciadas e dos magistrados que mais fazem referência ao direito estrangeiro; b. identificação do tipo de citação mais recorrente; c. identificação das circunstâncias em que se deu a referência ao direito estrangeiro.

Frise-se, por oportuno, que todas as tabelas e gráficos apresentados neste artigo foram confeccionados pelos próprios autores, com base nos elementos empíricos obtidos na pesquisa.

1 BREVE PANORAMA SOBRE A UTILIZAÇÃO DO ARGUMENTO DE DIREITO COMPARADO

1.1. Tendência de Ampliação desta Prática

O desenvolvimento de estudos comparativos não é uma preocupação, *per si*, inovadora. O direito comparado na sua concepção moderna, foi largamente utilizado pelos legisladores no processo de espraiamento do ideal iluminista e do processo de codificação do direito civil que marcou a experiência jurídica da Europa continental. Para além da sua utilização como fase inicial do processo de elaboração legislativa, ganhou contornos de ciência autônoma a partir da preocupação metódica levada a efeito no início do século XX, sobretudo, com o Congresso Internacional de Direito Comparado, organizado pela Sociedade de Legislação Comparada, por ocasião da Exposição Universal de 1900 em Paris (ANCEL, 1980, p. 25-25).

A transplantação de uma ordem constitucional democrática e da edificação de um sólido sistema de garantia de direitos afigurou-se como uma autêntica exigência para uma adequada ocidentalização da Europa

oriental, fazendo com que a experiência estrangeira representasse mais do que uma mera fonte de inspiração aos legisladores constituintes nacionais (MCCRUDDEN, 2000, p. 501).

Tradicionalmente, o recurso ao direito comparado sempre esteve fortemente associado à política legislativa e aos momentos constituintes. Todavia, diversos fatores concorrem para que ele ganhe uma importância crescente nos processos de interpretação das constituições nacionais, em especial, no tocante aos direitos fundamentais.

Esta prática é mais facilmente perceptível, nas cortes vinculadas à tradição do *common law*. Já que a consolidação, nestes países, do direito pretoriano e de um intrincado sistema de vinculação de precedentes (*stare decisis* e *distinguishing*) concorre para o reconhecimento, como parte constitutiva da estrutura de argumentação judicial, da proeminência dos precedentes no sistema de fontes de direito aplicáveis ao caso submetido à sua apreciação. Por outro lado, o *Prive Council* de Londres, até muito recentemente, exercia uma espécie de jurisdição revisora, em determinadas matérias, sobre as decisões levadas a efeito pelas autoridades judiciais das ex-colônias britânicas, no âmbito da chamada *Commonwealth*.

Entretanto, apesar de apresentar-se com maior freqüência em certos países, o recurso a elementos não-nacionais ganha maior espaço, como estratégia argumentativa, em vários lugares, inclusive em países vinculados à tradição do *civil law*. Pegoraro (2007, p. 710-715) apresenta alguns exemplos:

A Espanha invoca tal prática usualmente, principalmente quando se refere ao sistema de direitos e liberdades, fato que tem diminuído nos últimos anos. Na Itália, da mesma forma, as referências não são numerosas nem ausentes, embora tenham diminuído, referindo-se ao argumento estrangeiro tanto no nível legislativo como no jurisprudencial, tendo como principal matéria o direito penal e o direito processual penal.

Ademais, o que vem sendo comumente destacado pela doutrina é de que a influência de outras realidades normativas é frequente, mesmo quando as Cortes não revelavam sua fonte de inspiração (MCCRUDDEN, 2000, p. 515). Esta maior ou menor abertura para revelação das fontes está diretamente relacionada com o grau de liberdade criativa reconhecida ao magistrado. Emblemáticas são as posturas do Conselho Constitucional francês ou da Corte de Cassação belga (DROBNIG; VAN ERP, 1997). Importante frisar que há, além disso, um significativo crescimento de contatos formais e informais entre os Judiciários de diversos países seja em seminários, em visitas às cortes estrangeiras, ou mesmo através da internet ou de outros meios informativos, como revistas jurídicas, que tem publicado periodicamente os principais casos julgados pelas Supremas Cortes. (MCCRUDDEN, 2000, p. 510-511). Vale frisar o papel importante de disseminação de experiências pretorianas e de integração entre os membros das cortes constitucionais desempenhado pela Comissão de Veneza e pela Associação Iberoamericana de Justiça Constitucional que, não só promove encontros entre membros da Corte com esta finalidade, como mantém uma significativa base de dados de decisões significativas das jurisdições constitucionais de diferentes países.

Contudo, a expansão do uso do argumento do direito comparado tem suscitado vários debates sobre a legitimidade deste recurso, em especial, nos Estados Unidos da América (SAUNDERS, 2006, p.41).

Em geral, este debate gravita em torno de duas questões centrais: a legitimidade do uso de precedentes estrangeiros e a metodologia utilizada quando do seu uso. A primeira razão refere-se ao fato de ser o elemento estrangeiro apropriado ou não para interpretar a constituição nacional. Já a segunda, refere-se ao fato de que a referência à experiência estrangeira pode ser facilmente marcada por equívocos ou visões unilaterais. (SAUNDERS, 2006, p. 41)

A questão em torno da legitimidade ganha maior proeminência, principalmente, quando as Cortes utilizam da experiência estrangeira numa perspectiva construtivista ou revisionista. Depende, ainda, do propósito e do grau que o recurso à experiência estrangeira assume no

âmbito da argumentação constitucional. Assim, o que mais gera oposição é o uso do direito estrangeiro como “*hard use*”, ou seja, aquele em que a experiência estrangeira tem um papel mais significativo na argumentação judicial seja transplantando as “razões de decidir” (*ratio decidendi*) definidas por outra corte, seja na referência global ao sistema estrangeiro como diretriz de interpretação do texto nacional. (SAUNDERS, 2006, p. 50-51).

Além disso, como a Constituição é vista como o direito superior do país, resultado da vontade daquele povo, a oposição a tal uso se dá em razão da necessidade de preservação da identidade nacional e do caráter integrador que a constituição desempenha em certas sociedades. (TUSHNET, 1999; FLETCHER, 1998).

Em decorrência dessas oposições, algumas Cortes, como a de Cingapura ou de Taiwan, têm sido resistentes a este tipo de recurso (MCCRUDDEN, 2000, p. 508). No entanto, embora existam usos negligentes, na maioria dos casos, não é muito fácil dimensionar o peso atribuído ao elemento estrangeiro no processo de interpretação judicial (SAUNDERS, 2006, p. 57).

1.2. Utilização como “Autoridade Persuasiva”

MCCRUDDEN afirma que no processo de interpretação judicial várias fontes são utilizadas pelos intérpretes. Dentre elas, nos países de tradição vinculado ao *common law*, duas gozam de especial importância, sendo igualmente admissíveis na argumentação judicial: fontes de “autoridade vinculante” e de “autoridade persuasiva”. A primeira se refere à autoridade a que o juiz deve coercitivamente seguir e aplicar, ou seja, o direito positivado. Enquanto na segunda, o juiz não é obrigado a usar do material, mas o utiliza porque é pertinente, como é o caso do uso de precedentes estrangeiros pelas Altas Cortes. (MCCRUDDEN, 2000, p. 502). Conforme expôs, até o uso de precedentes nacionais parece persuasivo (MCCRUDDEN, 2000, p. 513).

O uso comparado da experiência estrangeira pode aparecer em várias etapas no decorrer da argumentação judicial. Além disto, a referência

ao direito estrangeiro pode ser feita tanto para reforçar idêntico posicionamento a ser assumido pelo tribunal nacional, quanto para rechaçar expressamente a experiência estrangeira como forma de precisar os contornos definidos pela Corte da constituição nacional (SAUNDERS, 2006, p. 56). No entanto, como depende de um ato deliberado e voluntário do magistrado que o invoca, via de regra, este recurso aparece mais frequentemente quando há uma contestação à interpretação consolidada atribuída ao direito nacional (MCCRUDDEN, 2000, p. 507). Portanto, quando não houver dissenso ou pré-disposição à mudança, carecerá de qualquer utilidade argumentativa o recurso a experiência estrangeira (TUSHNET, 1999).

Segundo McCrudden (2000, p. 517), a pré-disposição dos juízes de tribunais constitucionais de fazerem uso de direito estrangeiro, reside no fato, de que desta forma estariam recorrendo ao posicionamento firmado por seus pares (magistrados de outras cortes constitucionais) e não por tribunais inferiores no âmbito interno. Ademais, ainda para este autor, isto os tranquiliza, por terem encontrado uma solução a seu problema já julgado por outra Corte anteriormente. Portanto, esta experiência afasta a idéia de uma arbitrariedade na solução proposta, ou ainda conferem mais sofisticação e refinamento à argumentação judicial (MCCRUDDEN, 2000, p. 514).

Nestes termos, como decorrência do caráter persuasivo do argumento, o uso do precedente estrangeiro, segundo o autor, não implicaria no reconhecimento de que a decisão estrangeira teria sido “importada” pela Corte. Mas, sim, que a mesma forneceu critérios úteis e foi considerada no processo de dação de sentido ao texto constitucional nacional, razão pela qual, inclusive, poderia a corte chegar a diferentes conclusões do que a corte referenciada (MCCRUDDEN, 2000, p.512).

2 ANÁLISE CONTEXTUAL NA PRÁTICA DISCURSIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

2.1. Técnicas de Argumentação Judicial

O sistema jurídico brasileiro faz parte da família dos sistemas do *civil*

law. Em razão da sua formação cultural, o senso comum teórico dos juristas reproduz uma postura aparentemente contraditória, pois parece conciliar uma atitude metodológica adstrita ao legado do positivismo científico a um certo deslumbramento com as inovações e importações de modelos jurídicos externos.

Dito de outro modo, a par da preocupação em manter a unidade do sistema a partir de um rígido escalonamento das fontes com ênfase no direito legislado (de forte inspiração kelseniana), subjaz latente na cultura jurídica nacional uma grande licenciosidade ao emprego de referências externas. Esta atitude está fortemente ligada ao que se convencionou chamar de bacharelismo.

As decisões promulgadas pelos tribunais seguem, via de regra, a seguinte estrutura básica: (i) identificação do processo (classe e número); (ii) ementa da decisão; (iii) relatório da tramitação processual e dos principais fatos e argumentos implicados no caso; (iv) voto do relator; (v) transcrição do debate oral travado e/ou apresentação de votos concorrentes e dissidentes em relação ao voto do relator; (vi) parte dispositiva da sentença.

A íntegra da decisão reproduz, em grande medida, a trajetória da discussão travada no interior da corte. Por sua vez, o debate e, por conseguinte, o julgamento do caso pode ser interrompido por tantas vezes quantos forem os pedidos de vistas formulados pelos magistrados, situação esta que possibilita que uma discussão se arraste por longos períodos.

Estas peculiaridades fazem com que muitas das decisões do STF sejam, não somente demasiado extensas, como também dotadas de reduzido grau de coerência interna. Tanto é assim que em muitos julgamentos afigura-se difícil identificar os argumentos apresentados em apoio à tese vencedora e os limites argumentativos entre a opinião majoritária e as opiniões concorrentes presentes.

Ademais, outras peculiaridades do processo decisório do STF merecem destaque: (a) a transmissão, em tempo real, de todas as suas sessões através de rede de televisão e de rádio; (b) a existência de serviços de emissão de boletins de divulgação das decisões, mantidos pelo próprio Tribunal; (c) a abertura do processo de decisão à participação de

diferentes setores da sociedade civil, quer seja através da realização de audiências públicas, quer seja através da habilitação de *amicus curiae* (no controle abstrato de constitucionalidade e nos processos em que houve reconhecimento da repercussão geral do recurso extraordinário). Esta grande “exposição” da Corte acaba por afetar, crê-se, as estratégias argumentativas utilizadas pelos ministros. Isto se deve à ampliação do controle social sobre as decisões da Corte e, sobretudo, pelas diferentes funções pragmáticas que a escolha dos argumentos desempenha na construção das relações de poder e de legitimação dos magistrados. Por todo o exposto, afigura-se muito difícil falar na existência de padrões discursivos institucionais ou mesmo da existência de padrões mínimos de coerência interna na argumentação empreendida no STF. Isto significa duas coisas: (a) as referências ao direito estrangeiro variam, sobretudo, de acordo com o estilo argumentativo de cada magistrado; (b) a tentativa de (re)construção de suas práticas argumentativas em bases racionais é uma tarefa muito difícil.

2.2. Notas da Força Obrigatória dos Precedentes do STF

Dentre nós, o dever de fundamentação judicial deriva, inclusive, de um comando constitucional expresso (art. 93, inc. X). Todavia, é a parte dispositiva da sentença que produz efeitos de *res iudicata*, ou seja, que fixa os limites subjetivos e objetivos da lide.

Por esta razão, a atenção dos juristas volta-se mais para a reprodução dos resultados do julgamento (e a sua materialização nas ementas), do que para a identificação e (re)construção da *ratio decidendi* dos julgados. Isto produzirá sérios efeitos na forma com que os precedentes são concebidos no ordenamento jurídico nacional, em especial, em relação aos precedentes do STF.

A atual constituição brasileira, na esteira de suas predecessoras, reconhece que o STF “é responsável, essencialmente, por salvaguardar a Constituição” (art. 102). Todavia, eram (ou são) reduzidas as ferramentas à disposição daquela Corte para fazer valer o seu papel de guardiã da Constituição. Apesar do STF emitir a palavra final no tocante à revisão

de um julgado por ofensa à constituição, em razão dos efeitos da coisa julgada, esta decisão só se impunha, com caráter vinculante, às partes litigantes (*efeitos inter partes*) das decisões.

Não se pode ignorar o reconhecimento de certa autoridade às decisões do STF e dos tribunais superiores, aproximando as decisões da corte à chamadas fontes persuasivas (diferentemente da tradição do *common law* que vê, nestes julgados, força autorizativa). Esta força meramente persuasiva evidencia-se pela prática consolidada de edição de súmulas de jurisprudência pelos tribunais. Tais súmulas, contudo, tradicionalmente foram compreendidas como meras guias de orientação das decisões dos tribunais inferiores. Esta relativa liberdade dos magistrados, mesmo que parcialmente sob controle dos tribunais por intermédio dos recursos, sempre esteve associada ao princípio da independência funcional e do acesso à justiça.

Todavia, podem ser mencionadas inúmeras iniciativas tendentes a conferir eficácia transcendente aos casos submetidos a julgamento pelo STF.

(i) A eficácia *erga omnes* das decisões do STF, no sentido próprio da expressão, nasce com a instituição do controle abstrato de constitucionalidade das normas no direito brasileiro, em 1965 (E.C. n. 16/65). Através das ações de controle abstrato, o STF pronunciava-se em caráter definitivo sobre a constitucionalidade (ou não) de determinado ato normativo. A sua decisão, portanto, sem retirar formalmente a vigência da norma, resultava na sua invalidação no ordenamento jurídico.

(ii) Ante a dificuldade de lidar com estes efeitos (sobretudo, pelo fato dos magistrados não se sentirem formalmente vinculados à observância das decisões do STF), em 1993, foi atribuído efeito vinculante obrigatório às decisões no controle abstrato (E.C. n. 3/93). Com a finalidade de assegurar a observância por parte dos órgãos da Administração Pública e do Poder Judiciário de suas decisões, ao STF foi reconhecida competência originária para o julgamento de reclamação. Através desta ação, o STF poderia exigir o cumprimento de sua decisão caso esta estivesse sendo desrespeitada. Esta vinculação, todavia, limitava-se especificamente à norma declarada inconstitucional por parte do STF.

(iii) Em 2003, através de um pronunciamento do próprio STF (Rcl 2363, Rel. Gilmar Mendes), em uma típica decisão *Competenz-Competenz*, aquela Corte conferiu eficácia transcendente à decisão de constitucionalidade tomada no controle abstrato de constitucionalidade. Ou seja, a partir de então, o STF estendia a vinculatividade dos efeitos da decisão para além do ato normativo atacado (parte dispositiva), para alcançar, igualmente, outros atos normativos congêneres (*ratio decidendi*). Por causa disso, em decorrência da aplicação do conceito de casos paradigmáticos (*leading case*) e de precedentes vinculantes (*binding precedents*), outras regras estatutárias relacionadas devem ser consideradas alcançadas pela decisão do STF.

(iv) Em 2004, foi promulgada a Emenda Constitucional n. 45, por meio da qual foram instituídas, dentre outras coisas, a possibilidade de que o STF editasse súmula vinculante e a inclusão de novo filtro de admissibilidade no recurso extraordinário (a preliminar de repercussão geral). Institutos estes que foram regulamentados através das Leis n. 11.417/06 e 11.418/06.

Tais inovações, se por um lado, possuem efeitos positivos (pois conferem maior segurança e celeridade às decisões judiciais), por outro lado, trazem um grave risco de enrijecimento da jurisprudência nacional. Este risco de enrijecimento decorre de uma conjugação de fatores: (a) da tendência por interpretar as decisões dos tribunais como regras de conduta semelhantes àquelas dos códigos; (b) das dificuldades institucionais previstas para a instauração do procedimento de revisão da matéria sumulada; e, por fim, (c) da pouca familiaridade dentre os juristas (e, por conseguinte, dos magistrados) em lidar com as técnicas de *distinguishing* e de *overruling* que, na prática do *common law*, conferem maior plasticidade ao efeito vinculante dos precedentes das cortes superiores, e para a doutrina *stare decisis*.

Frise-se, por fim, que o efeito vinculante obrigatório confere às decisões do STF uma autoridade superior à da própria lei. Enquanto todo ato normativo está sujeito ao escrutínio do Poder Judiciário nos seus diferentes níveis (controle de constitucionalidade difuso), as decisões vinculantes do STF não podem ser contestadas pelos magistrados.

2.3. Propensão para a Citação de Leis de Precedentes Estrangeiros pelo STF

Como antes salientado, há uma significativa abertura por parte dos juristas nacionais aos elementos externos, de forma que o recurso ao direito comparado constitui parte integrante e largamente aceita na prática discursiva nacional. Esta disposição dos juristas a incursões a fontes estrangeiras é, por conseguinte, igualmente assumida pelos magistrados, em especial, no STF.

É importante assinalar, inicialmente, que se pôde perceber a ausência de significativa diferenciação na prática das cortes na referência ao direito internacional e ao direito estrangeiro. Os magistrados parecem referir-se aos elementos oriundos do direito internacional e do direito comparado com igual peso no processo de argumentação, apesar da existência de motivos jurídicos diferenciados que levam os magistrados a fundamentarem seus pronunciamentos em diplomas normativos internacionais, ou na experiência estrangeira por aplicação de seus diplomas domésticos.

Enquanto em relação aos primeiros há um dever jurídico de observância (obrigação internacional do Estado em tomá-lo em consideração, inclusive pelos órgãos responsáveis por sua implementação no plano interno), em relação aos últimos, há uma adesão meramente voluntária por parte dos magistrados que vêm naquelas fontes razões materiais úteis à interpretação do ordenamento jurídico nacional.

Ademais, pôde-se constatar a ausência de oposição por parte dos magistrados do STF ao uso do argumento de direito comparado. Quando se encontram objeções ao argumento, estas se dirigiam contra algum aspecto relativo à forma como a mesma foi utilizada pelo magistrado. Portanto, não há objeções categóricas como aquelas presentes no debate estadunidense (*Rehnquist vs Scalia*).

Se por um lado não há objeção, por outro lado, não se pode classificar a referência ao direito comparado pelos magistrados do STF como representativa de um *hard use* (ANNUS, 2003). O seu emprego é

comumente utilizado como um argumento de apoio a um posicionamento pré-assumido, pelo magistrado, com base em construções “domésticas” (TUSHNET, 1999).

3 INVENTÁRIO SOBRE O USO DO ARGUMENTO COMPARATIVO PELO SUPREMO: NOTAS PRÉVIAS

3.1. Descrição das Referências na Argumentação Judicial (Análise Quantitativa)

3.1.1. Identificação das Jurisdições mais Referenciadas x Magistrados
A tabela a seguir transcrita identifica cada um dos países citados, classificados pelo número de ocorrências e pelo ministro que a utilizou.

Ministros	Tabela Ministros v. Jurisdições mais referenciadas																				Países												
	Alemanha	EUA	Portugal	Espanha	Itália	Argentina	França	F. Russa	Austrália	Austrália	Inglaterra	Suíça	Venezuela	México	Polônia	Bolívia	Costa Rica	Cabo Verde	Holanda	Bulgária	Canadá	Chile	Cingapura	Colômbia	Grécia	Nicarágua	Paquimé	Paraguai	Peru	R. África do Sul	Romênia	Reino Unido	TOTAL
Carlos Britto																													2				
Carmen Lúcia																													0				
Celso de Mello	14	60	14	17	18	5	2	4	1	3									3	1	2	1	1						166				
Cezar Peluso	1	3	1		2															1										8			
Ellen Gracie																														1			
Eros Grau	1	3				1																								5			
Gilmar Mendes	214	38	22	22	6	1	8		14	1	1	1																	328				
Joaquim Barbosa		15																												15			
Marco Aurélio	4	9	2								1																		16				
Menezes Direito	1	6																												7			
Ricardo Lewandows	3		2			1									2	2													10				
Outros Ministros	7	26	20	19	23	8	12		3	1	7				1	6	1	1	1	1	4	1	2	2	1	1	4	1	135				
TOTAL	245	161	61	60	49	14	24	4	1	20	3	1	8	2	2	1	6	4	2	2	1	4	1	2	1	3	1	693					

- (i) Pôde-se constatar que a imensa maioria dos ministros recorrem ao argumento de direito comparado (em maior ou menor grau).
- (ii) As jurisdições mais referidas são Alemanha, Estados Unidos, Portugal, Espanha e Itália. Isto reproduz as fontes diretas e indiretas da origem do texto constitucional e a predileção da doutrina brasileira em “dialogar” com os países centrais.
- (iii) Um dos ministros que mais recorrem ao argumento de direito comparado é o Min. Gilmar Mendes, responsável por 328 das 693 referências ao direito comparado (e de 214 das 245 referências ao direito alemão). Esta acentuada propensão à referência externa é fortemente influenciada pelas idéias do jurista alemão Peter Häberle, cuja concepção

de “estado constitucional cooperativo” foi expressamente citada pelo Ministro em um de seus votos (RE 466.343).

3.1.2. Análise da fonte de direito referida, e nos materiais usados pelos juízes

Neste tópico serão conjuntamente analisados os três primeiros itens. Já que ambos fornecem parâmetros para uma primeira aproximação da prática discursiva do STF.

(i) Primeiro item: fonte de direito referida

(i.1) Como era esperado, em razão da vinculação à tradição do *civil law*, o principal tipo de fonte usada pelo STF foi a referência aos textos normativos estrangeiros (constituição e legislação infraconstitucional). Dentre as referências catalogadas, 373 mencionaram textos legais de outros países (53,8%).

(i.2) Dentre os precedentes citados, a imensa maioria deles refere-se a casos emblemáticos da jurisprudência estadunidense e à jurisprudência da Corte Alemã relacionada ao princípio da dignidade humana.

(i.3) Há inúmeros julgados que se limitam a fazer referência genérica à previsão normativa em determinado ordenamento jurídico. Este tipo de referência acaba por ter um papel muito reduzido na argumentação e, frequentemente, está associado a usos meramente retóricos do direito comparado.

(i.4) A referência à construção doutrinária feita com base na legislação e/ou jurisprudência de outro país é uma prática muito recorrente. Todavia, a metodologia de seleção de julgados e de análise das ocorrências acabou por dificultar a percepção deste tipo de incorporação.

(ii) Segundo item: material usado pelos juízes

(ii.1) A maioria das referências feitas (54%) baseou-se em citações diretas da fonte estrangeira (legislação ou decisões), enquanto que somente 25% foi feita com base em fonte indireta (referência à doutrina estrangeira ou a estudos de direito comparado).

(ii.2) Pode-se constatar uma tendência de aumento de referência direta

às fontes estrangeiras⁷. Inúmeros fatores poderiam explicar esta prática, tais como, a formação dos ministros, a facilidade do acesso às fontes diretas propiciada pela internet, aumento do intercâmbio e da troca de experiência entre as cortes constitucionais. Todavia, sua análise excede os limites fixados para esta pesquisa.

(ii.3) Em razão da existência de um número muito grande de decisões repetidas no STF (cf. sessão A.1.2), há inúmeros julgados que transcrevem as razões apresentadas em outras decisões da corte. Esta é a hipótese identificada como citação indireta (outro precedente do STF)” (13%).

Gráfico 1 – Tipo de material mais recorrente utilizado



Fonte: Do autor.

(iii) Terceiro item: localização na argumentação judicial

As referências são feitas, via de regra, no corpo do texto (97,5%), e aparecem indiscriminadamente tanto nos votos vitoriosos (73,6%) quanto

⁷ Trata-se de observação feita a partir da experiência dos autores. Pelos recortes metodológicos feitos, esta informação não pode ser devidamente demonstrada pela ausência de dados consolidados sobre a prática anterior dos juízes.

nos votos concorrentes (3,6%) e divergentes (22,8%).

3.1.3. Extensão e contextualização da referência ao material estrangeiro
Neste tópico serão analisados o 4º. e o 5º. itens. Uma das grandes objeções formuladas ao uso do argumento de direito comparado pelos tribunais consiste nos riscos decorrentes do seu *misuse*, tanto pela possibilidade de interpretação errônea ou ultrapassada do direito estrangeiro, quanto pela sua incorporação descontextualizada.

A fim de analisar a plausibilidade destas objeções, em relação à prática do STF, buscou-se identificar o grau de preocupação dos magistrados em fornecer subsídios para uma adequada compreensão do elemento incorporado na sua argumentação.

(i) Quarto item: extensão da referência ao direito estrangeiro

(i.1) A maior parte das ocorrências (66%) limitou-se a mencionar o elemento estrangeiro como reforço da argumentação do magistrado (mera referência). Essas referências, normalmente, são lançadas no âmbito dos textos das decisões sem um contexto, buscando-se dar um “ar mais nobre” à decisão, utilizando-se de um argumento de autoridade.

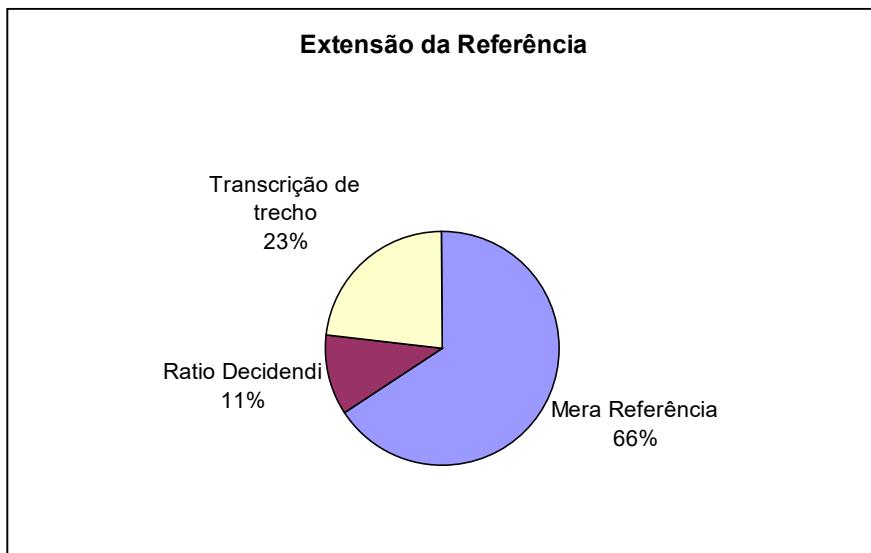
O que se pode observar é que, dentre os casos em que houve “mera referência”, o elemento estrangeiro provém, principalmente, da Alemanha, em casos citados pelo Ministro Gilmar Mendes. Nestas situações, o Ministro usa do elemento estrangeiro, especialmente, entre parênteses, buscando expressar que aquela sua idéia apresentada foi discutido no(s) caso(s) que se encontra(m) a seguir referido(s).

(i.2) Quando as referências são feitas a decisões muito conhecidas, a ausência de transcrição ou de maior contextualização não é tão prejudicada. Pode-se perceber isto na referência, p.ex., às decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos nos casos *Roe v. Wald* (HC 84.025/RS) e *Linkeletter v. Walker* (HC 85.692/RJ, RE 197.917/SP), ou ainda, as decisões do BVerfG Alemão no caso Lüth (RE 201.819/RJ e HC 84.025/RS) e no caso Lebach (HC 82.424/RS; MS-MC 24.832/DF; ADPF-MC 130/DF). Todavia, esta prática reforça o uso meramente retórico do argumento, já que, no mínimo, não é capaz de ser utilizada como uma estratégia para o fornecimento de uma razão material útil à compreensão

e resolução do caso a ser julgado pelo STF.

(i.3) Quando é feita referência aos precedentes estrangeiros, muito frequentemente a *ratio decidendi* não é devidamente identificada, suscitando uma interpretação, no mínimo, limitada da referência do direito estrangeiro (é o caso da referência no HC n. 84.025/RS da jurisprudência norte-americana em relação à liberdade de expressão). Cumpre observar que a *ratio decidendi* seria a essência da decisão, que se transcrita ajuda a entender o porquê de esta decisão estrangeira estar mencionada no texto decisório brasileiro.

Gráfico 2 – Extensão da referência



Fonte: Do autor.

(ii) Quinto item: Contextualização da referência

Annus (2004) identifica a possibilidade da utilização do argumento de direito comparado pelas cortes no contexto de argumentação normativa e argumentação empírica (fática). É com a finalidade de analisar as utilidades da comparação (Sexto item) que este item foi incluído na análise.

(ii.1) Quando a corte fornecia alguma espécie de contextualização sobre

o direito estrangeiro referenciado, esta contextualização limitava-se à análise do contexto normativo em que se insere a referência legislativa ou a decisão mencionada. O uso desta referência no contexto normativo se dá, principalmente, quando o direito estrangeiro é utilizado como uma forma de comparação com o direito brasileiro, seja interpretando nossa lei, seja escolhendo uma entre várias interpretações.

(ii.2) A ausência de referência ao contexto fático da decisão (Contexto empírico e consequências), crê-se, pode ser atribuída à nossa tradição legal-positivista. Até o presente momento, não foi possível identificar um único julgado que faça menção ao contexto fático no qual se insere o elemento mencionado⁸. O uso do argumento estrangeiro no contexto fático é caracterizado quando se busca apresentar à decisão, a forma com que aquele caso ou lei estrangeira gerou repercussões no país citado, objetivando-se analisar as possíveis consequências que a decisão pode trazer ao nosso país.

3.2. Análise Preliminar na Estrutura da Argumentação Judicial e o Impacto Potencial na Interpretação Nacional

3.2.1. Utilidade da Referência ao Direito Comparado na Argumentação Judicial

Neste tópico serão discutidos os resultados parciais relacionados ao sexto item de análise. A fim de empreender o primeiro esforço de catalogação das decisões, com base na revisão da literatura existente sobre a temática, a equipe identificou quatro principais usos, no processo de argumentação judicial, do argumento de direito comparado, são eles: (i) interpretação normativa útil; (ii) exemplos de balanceamento de direitos; (iii) critérios para suprir lacunas normativas; e, (iv) argumentos consequencialistas.

(i) Interpretação Normativa útil

A referência ao direito estrangeiro apresenta-se como uma ferramenta apta a fornecer subsídios para uma adequada interpretação do ordenamento jurídico nacional, via de regra, para reforçar posturas interpretativas que

8 É importante ressaltar que “contexto fático” aqui mencionado não diz respeito à explicação dos fatos do caso julgado pela Corte estrangeira. Pretende-se atribuir a esta expressão o seguinte significado: preocupação do juiz em identificar o contexto social no qual se insere a decisão, ou suas consequências empiricamente demonstráveis.

poderiam ser perfeitamente formuladas sem qualquer referência ao direito estrangeiro. Em uma abordagem preliminar foi possível identificar este como sendo o principal propósito que norteia o recurso ao argumento de direito comparado pelos ministros do STF (92,35%).

(ii) Exemplos de balanceamento de direitos

(ii.1) Diante de um caso concreto de balanceamento de direitos fundamentais, submetido à julgamento perante o STF, a referência aos precedentes de outras cortes tem sido invocada como critério para auxiliar a interpretação a ser levada a efeito pelo próprio STF.

(ii.2) Foram localizadas 42 ocorrências desta estratégia argumentativa. Na imensa maioria dos casos, o STF limitou-se a indicar o caso e o resultado obtido na jurisdição estrangeira. É possível a identificação deste uso, p.ex., nas citações da Suprema Corte dos Estados Unidos nos casos *RAV v. Saint Paul* (HC 82.424/RS) e *Roe v. Wade* (HC 84.025/RJ), e, além disso, a citação no caso *Lebach* (35 BVerfGE 202) pronunciado pela Corte Constitucional Alemã (HC 82.424/RS, MS-MC 24.832 / DF).

(ii.3) Esta forma de lidar com o precedente estrangeiro corrobora a análise anteriormente feita sobre a dificuldade dentre os juristas nacionais de lidar com a idéia de identificação de *ratio decidendi* e a tendência de reproduzir a parte dispositiva das decisões.

(iii) Critério para preenchimento de lacunas

Utilizado quando o intérprete se depara com situação não regulada pelo ordenamento jurídico, tanto pelo direito legislado, quanto pelo pronunciamento anterior da própria Corte. Esta função foi expressamente assumida em somente 8 ocorrências. É possível sua verificação, p.ex., na citação do Código de Processo Civil Italiano (SE-AgR 5.206/EP), ou nas referencias da Constituição Portuguesa ou de Cabo Verde (HC 84.219 / SP). Este é um emprego em que se pode atribuir um peso razoavelmente significativo à referência ao direito estrangeiro.

(iv) Argumento Consequencialista

Como antes mencionado, este uso tem a finalidade de fornecer elementos empíricos a partir dos quais a Corte avalia a conveniência, ou não, da adoção de determinada interpretação ou decisão. Situação esta que, até o momento, foi identificada minimamente na prática do STF.

3.2.2 Análise do Confronto entre os Elementos Estrangeiros e o Direito Interno

Neste tópico serão analisados o sétimo e o oitavo itens. Tais itens têm uma preocupação em comum: confrontar as referências estrangeiras à atual interpretação dada ao texto normativo nacional pelas fontes domésticas (tanto pelo direito consolidado – sétimo item – quanto especificamente pelo posicionamento do STF – oitavo item).

A catalogação feita em relação a estes itens levou em conta, exclusivamente, os elementos trazidos à tona pela própria decisão. Todavia, a equipe reconhece que as análises pretendidas exigirão uma prospecção de fontes nacionais e dos precedentes do STF mais abrangentes. Sem que haja a ampliação das fontes de análise, a catalogação feita não pode ser seriamente considerada.

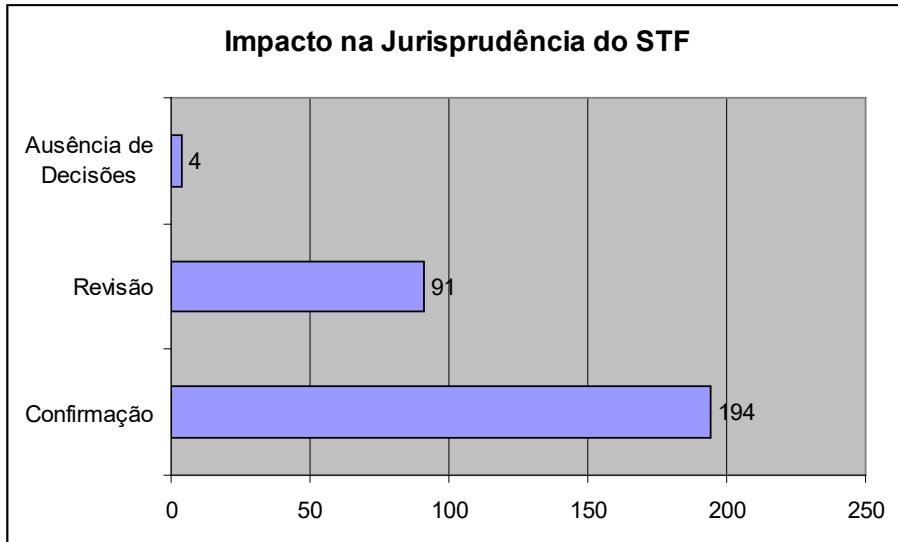
Tais elementos aqui apresentados são, portanto, meramente indicativos.

(i) Sétimo item: Confrontando a referência externa com o direito nacional

(i.1) Os usos mais recorrentes ao argumento de direito comparado, diferentemente do que se previa inicialmente (caráter potencialmente inovador do recurso), estão ligados à confirmação do texto normativo nacional (40,83%) ou a uma das escolhas interpretativas possíveis ao texto constitucional já encontradas nas fontes domésticas, onde se busca com o direito estrangeiro atribuir um maior peso à interpretação escolhida pelo magistrado (29,43%).

(i.2) Nota-se a presença, igualmente, do emprego do argumento a contrário, através do qual o juiz menciona o direito estrangeiro para rechaçar o seu uso no ordenamento jurídico nacional. Apesar do número reduzido das ocorrências (60), mesmo para confirmar a interpretação nacional, o elemento estrangeiro parece ter tido um peso mais importante na construção da cadeia de argumentação, do que as referências que simplesmente confirmavam a postura interpretativa previamente assumida pelo magistrado.

(ii) Oitavo item: Confrontando a referência externa com a interpretação consolidada do STF

Gráfico 3 – Impacto na Jurisprudência do STF

Fonte: Do autor.

- (ii.1) Com base na análise do próprio texto da decisão, só foi possível identificar o posicionamento anterior do STF em 41,7% das ocorrências.
- (ii.2) Neste contexto, a referência ao direito comparado foi mais recorrente nas decisões que buscavam confirmar o posicionamento anteriormente assumido pelo próprio STF (194 ocorrências).
- (ii.3) Dentre os casos analisados, quando o *foreign material* foi utilizado com a finalidade de revisar os precedentes do próprio Tribunal (91 ocorrências), esta estratégia resultou, muitas vezes, inexitosa. Tendo sido veiculada através de votos vencidos. Não se quer com isto, negar importância à força potencialmente transformadora das opiniões divergentes, pois eles contêm, freqüentemente, o embrião da alteração que pode vir a ocorrer futuramente.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou, através da análise empírica de decisões do STF, identificar padrões discursivos no âmbito da Corte, no que se refere ao uso de elementos estrangeiros no decorrer da argumentação constitucional.

Assim, foram analisados cerca de 123 acórdãos, proferidos no decorrer dos últimos 10 anos, em que se obteve a citação de 693 elementos estrangeiros, uma média de 70 menções ao direito estrangeiro por ano. A partir da análise dessas citações chegou-se às seguintes conclusões:

- As jurisdições mais referenciadas são Alemanha, EUA, Portugal, Espanha e Itália, em ordem decrescente. Tal fato pode ser explicado pela inclinação de alguns Ministros com relação a certas jurisdições, pela forte influência que a Constituição Federal possui desses países.
- As legislações são mais freqüentemente citadas do que os precedentes estrangeiros. Uma explicação para tal fato, pode ser devido ao fato de nosso país estar entre aqueles de *civil law* e, portanto, mais baseado em códigos do que em costumes ou práticas judiciais. Dentre os precedentes mencionados, as jurisdições que mais aparecem são EUA e Alemanha.
- Os elementos estrangeiros, quando mencionados, aparecem com maior freqüência citados diretamente, ou ainda, por meio da doutrina.
- O ministro que mais se utiliza do elemento não-nacional é o Ministro Gilmar Mendes, seguido do Ministro Celso de Mello.
- O direito estrangeiro, normalmente, é citado em votos vencedores.
- Muito raramente as citações são encontradas em notas de rodapé, sendo que na quase a totalidade dos acórdãos estão localizadas no corpo do texto.

- Na grande maioria das citações, houve um mero reforço à argumentação (mera referência), fato que pode explicitar uma certa licenciosidade por parte dos Ministros no uso do elemento estrangeiro.
- O uso do elemento estrangeiro aparece, mais frequentemente, no âmbito do contexto normativo, sendo raramente citado num contexto fático. Também, é grande o número de citações sem contextualização.
- A utilidade da comparação, na maioria das vezes, foi para interpretação do texto normativo nacional, algumas vezes para sopesar bens ou preencher lacunas e, raramente, foi utilizado como argumento consequencialista.
- Com relação ao impacto no ordenamento nacional do elemento estrangeiro, este apareceu, geralmente, para confirmar o texto nacional ou para escolher dentre interpretações possíveis àqueles casos. Um grande número de vezes, não causaria nenhum impacto no ordenamento nacional, tendo em vista, que o elemento estrangeiro trazido na argumentação é inaplicável no Brasil.
- No que tange ao impacto na jurisprudência do STF, pode-se dizer que, como já esperado, o elemento estrangeiro, normalmente, é trazido para confirmar uma posição pré-existente do Tribunal. Algumas vezes, foi trazido para revisá-la. E raras foram as vezes em que foi trazido devido à ausência de decisões na matéria.

Com isso, pode-se dizer que o elemento estrangeiro não cumpre um único papel, nem é empregado mediante idêntica estratégia argumentativa. Embora possam ser detectadas algumas funções e formas predominantes, isso apenas pode significar a propensão que o Tribunal tem em trabalhar o elemento estrangeiro daquela forma. O que se pode afirmar é que o STF, assim como grande parte

dos países de *civil law*, recorrem ao direito estrangeiro com certa licenciosidade, ou seja, eles cumprem uma função acessória na argumentação judicial empreendida pelos magistrados da Corte. Contudo, pode-se perceber uma tendência de maior abertura por parte do STF às considerações relativas ao direito estrangeiro. Fato este que pode ser verificado, tendo em vista que as decisões que mais citaram o elemento estrangeiro foram a partir de 2005. Dessa forma, pode-se dizer que, aos poucos, o elemento estrangeiro vem ganhando maior importância no âmbito nacional, o que aumenta as fontes de direito, fornece outras formas de resolução de conflitos, bem como, importa a internacionalização da prática judicial e do constitucionalismo.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. 2. ed. Belo Horizonte: Landy, 2005.

ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do direito comparado**. Porto Alegre: SAFE, 1980.

ANNUS, Taavi. Comparative constitutional reasoning: the law and strategy of selecting the right arguments. **Duke J. of Comparative and International Law**, Durhan, v. 14, n. 2, p. 301-350, 2004.

DAMMAN, Jens. The role of comparative law in statutory and constitutional interpretation. **St. Thomas Law Review**, Miami

Gardens, v. 14, n. 3, p. 513-560, 2002.

DROBNIG, Ulrich; VAN ERP, Sjef (Org.). **The use of comparative law by courts**. Oxford: Kluwer Law International, 1997.

FLETCHER, George P. Comparative law as a subversive discipline. **The American Journal of Comparative Law**, Berkeley, v. 46, n. 4, p. 683-700, 1998.

GLENN, Patrick. Persuasive authority. **McGill Law Journal**, Montreal, v. 32, p. 261-299, 1987.

HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. México: UNAM, 2001.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997.

JACKSON, Vicki C. Narratives of federalism: of continuities and comparative constitutional experience. **Duke Law Journal**, Durham, v. 51, n. 1, p. 223-288, 2001.

McCRUDEN, Christopher. A common law of human rights?: transnational judicial conversations on constitutional rights. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 20, n. 4, p. 499-532, 2000.

PEGORARO, Lucio. La utilización del derecho comparado por parte de las cortes constitucionales: un análisis comparado. **Palestra del Tribunal Constitucional**, Lima, año 2, n. 7, p. 697-730, July 2007.

PONTHOREAU, Marie-Claire. Le recours à <l'argument de droit comparé> par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques. In: MELIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand. **L'interpretation constitutionnelle**. Paris: Dalloz, 2005. p. 167-184.

ROSENKRANTZ, Carlos. Against borrowing and others nonauthoritative uses of foreign law. **I-CON International Journal of Constitutional Law**, New York, v. 1, n. 2, p. 269-295, 2003.

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

TUSHNET, Mark. The possibilities of comparative constitutional law. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 108, n. 6, p. 1225-1309, Apr. 1999.

WEINRIB, Lorraine E. Constitutional conceptions and constitutional comparativism. In: JACKSON, Vicki; TUSHNET, Mark (Ed.). **Defining the field of comparative constitutional law**. Westport: Praeger Publishers, 2002. p. 3-34.

Como citar: BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pintos. BUNN, Alini. Abertura e diálogo entre as cortes constitucionais: identificação dos padrões de utilização pelo STF do argumento de direito comparado. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 12, n. 3, p.85-114, dez. 2017. DOI: 10.5433/1980-511X.2017v12n3p85. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 29/11/2016

Aprovado em: 06/09/2017