

Breves notas: “comparação de direitos” e jurisdição constitucional

*Alexandre Bucci*¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: Introdução. 1. Constitucionalismo moderno e transconstitucionalismo. 2. A comparação jurídica e sua função presente. 3. Portugal e o “argumento comparado”. 4. Suprema Corte dos Estados Unidos e Direito Comparado. 5. Direito Comparado e a ótica do Supremo Tribunal Federal no Brasil. 6. Direito Comparado como Quinto Elemento de Interpretação constitucional: A Teoria da Constituição como Ciência da Cultura. Conclusão. Referências.

Introdução

O tema desta breve pesquisa acadêmica centra-se na análise do crescente uso do direito comparado na racionalidade das decisões dos denominados tribunais constitucionais, enfrentando-se, ainda que em breves linhas, a possível aproximação do direito constitucional ao direito comparado.

Para tanto, adotar-se-á como pressuposto o conceito de constitucionalismo moderno e de transconstitucionalismo em tempos de liquidez nas relações interpessoais e também internacionais.

Investigar-se-ão casos julgados em Portugal e nos Estados Unidos, casos estes que receberam atenção especial da doutrina, destacando-se contornos históricos e jurídicos caracterizadores desses ordenamentos jurídicos.

¹ Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho (área de concentração: Empresa e Sustentabilidade). Especialista em Direito do Consumidor, Direito Público, Direito Econômico e Negocial, Direito Empresarial e Direito Civil pela Escola Paulista da Magistratura. Especialista em Direito dos Contratos e em Direito Tributário pelo Instituto Internacional de Ciências Sociais – Centro de Extensão Universitária (CEU-IICS). Autor de artigos jurídicos.

O objetivo da pesquisa atinge seu ponto de confluência com o ordenamento interno com a verificação do alinhamento do Supremo Tribunal Federal à tendência comparativa, o que é feito mediante a análise materialmente direcionada da sua jurisprudência colhida no sítio eletrônico oficial, verificando-se como se dá o problema intrínseco à interpretação/concretização de regras e princípios constitucionais, lançada na fundamentação de uma decisão com base em elementos apurados em outra ordem jurídica, tarefa esta que é levada a efeito com apoio na caracterização do denominado Estado Constitucional.

Indaga-se, em suma, qual o papel que a comparação de direitos tem alcançado no constitucionalismo do presente, por isso se compreendendo a apresentação do fundamento teórico pautado na teoria da Constituição, como ciência da cultura, teoria esta do jurista alemão Peter Häberle, que nos traz a noção da comparação jurídica como sendo um quinto elemento de interpretação-concretização constitucional.

O pensamento de Häberle nos remeterá, ainda, à premissa de que os cânones de interpretação não devem ser manejados como uma técnica para buscar a vontade do constituinte, mas, sim, devem atuar de modo a fazer emergir conceitos de avaliação e as orientações culturais que se afirmam na sociedade contemporânea e que constituem a base de toda a legislação constitucional existente.

Dessas premissas se extrai que a Constituição do Estado Constitucional convola-se, assim, em uma Constituição integrada por numerosos elementos, sobrepondo-se a todos a dimensão cultural, atingindo, até mesmo, a tradicional doutrina acerca dos elementos do Estado.

Conclui-se com um otimismo evolutivo acerca do Direito Constitucional, pautado na promessa de uma expansão gradual do modelo de Estado constitucional a partir da convicção de que tal modelo oferece uma noção mais aberta e pluralista da cultura constitucional, inspirado sempre por um reconhecimento da dignidade humana.

Importa sublinhar que tal concepção oferece uma leitura da experiência constitucional contemporânea em moldes não formalistas, subvertendo a tradicional primazia do Estado sobre a Constituição, atenta aos conteúdos valorativos dos desenvolvimentos mais atuais da disciplina, trazendo, como reflexo, ponderações sobre a cultura e a história constitucional, sem pretensão, todavia, de servir como condicionante dogmático, sendo tal posicionamento, ao contrário dos dogmas, verdadeiramente aberto ao futuro.

A técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica e documental, sob uma abordagem dedutiva e em alguns pontos também indutiva, conforme será indicado no decorrer do trabalho.

1. Constitucionalismo moderno e transconstitucional

Não se mostra nova na ambiência acadêmica a premissa no sentido de que a interpretação jurídica carrega consigo visíveis efeitos jurídicos e reflexos econômicos, notadamente, em novos tempos de soberania compartilhada e de efetiva busca por um modelo de Estado que nos remeta ao modelo preconizado pela ordem constitucional inaugurada com a Constituição Federal de 1988.

A busca pelo ponto de confluência entre Economia, Mercado, Direito e Direitos Humanos, necessariamente indica a relevância e a pertinência da análise das relações que se estabelecem entre Estado, regulação, constitucionalismo moderno e o conceito de transconstitucionalismo.

Anote-se que a Constituição, como construção social da modernidade, é o mecanismo que possibilita a diferenciação entre Política e Direito no âmbito dos Estados, mas oportuno destacar que a Constituição necessita de ambos os institutos, pois, são ambos pressupostos sociais.

O que se afirma é que a Constituição, por um lado, torna o código-diferença “licito/ilícito” relevante para o sistema político; isto implica que as exigências do Estado de Direito e dos direitos fundamentais passam a construir contornos estruturais da reprodução dos processos políticos de busca pelo poder e de tomada de decisões coletivamente vinculantes, inclusive, na medida em que decisões majoritárias democraticamente deliberadas podem ser declaradas inconstitucionais.

Por outro lado, torna-se o código-diferença “poder/não poder”, ou, em termos contemporâneos, “governo/oposição” relevante para o sistema jurídico, de maneira que o processo democrático de tomada de decisão política, no sentido de formação da maioria, passa a constituir variável estrutural da reprodução dos procedimentos jurídicos de solução e absorção de conflitos, o que se faz sentir, também, na medida em que a produção de normas jurídicas legislativas fica dependente das decisões políticas deliberadas democraticamente e tomadas majoritariamente.

Com tais premissas, temos como certo que os dias atuais, marcados pelo capitalismo e pelo consumo, nos indicam a existência de um crescente entrelaçamento das ordens políticas, cada qual dotada de uma pretensão de autonomia.

É nesse contexto que ganha relevância a tentativa de desenvolver categorias teóricas capazes de organizar a reflexão sobre a relação entre os sistemas diversos, leia-se, sistemas constitucionais, sem que isto seja projetado sobre o pano de fundo de uma unidade pressuposta ou de um projeto de unificação totalizante.

Com base na teoria dos sistemas², utiliza-se a categoria racionalidade transversal para designar o processo de incorporação recíproca de conteúdos que é realizado por sistemas que buscam agir de modo cooperativo e compatibilizar as suas condutas, de modo que as pretensões de autonomia não resultem em fechamento autista dos sistemas, especialmente daqueles que lidam com demandas contemporâneas de integração de ordens nacionais.

E considerada no âmbito interno de um determinado sistema social, podemos dizer que a Constituição pode ser descrita como conteúdo compartilhado entre os subsistemas de Direito e Política, configurando, assim, uma racionalidade transversal.

Expandindo essa categoria para as relações interestatais, já ultrapassadas as premissas teóricas e históricas do denominado “constitucionalismo moderno”, conforme retro exposto, se faz possível formular a noção de *transconstitucionalismo* para descrever o desenvolvimento de racionalidades transversais na relação entre sistemas jurídicos diversos. Essa categoria se mostra capaz de evidenciar uma série de relações emergentes dentro de sistemas supranacionais, compostos por estados autônomos, cuja estrutura exige uma interação constante entre as instituições supranacionais e as estatais.

Inserida então em um contexto de cooperação entre sistemas jurídicos a categoria *transconstitucionalismo* é capaz de evidenciar uma série de ocorrências relevantes na atual configuração jurídico-política das nações engajadas na construção de um espaço verdadeiramente *internacional* mais cooperativo, especialmente no caso dos esforços políticos em constituir instituições *transnacionais*.

² Quanto à teoria dos sistemas, importante a leitura de Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt, 1969. Tradução brasileira: *Legitimação pelo procedimento*. Brasília, DF: UnB, 1980.

Essa cooperação se mostra na necessidade de compatibilizar os critérios próprios com os critérios externos, gerando um acoplamento estrutural entre sistemas, que tende a resultar em uma troca recíproca de conteúdos.

E, por óbvio, tal tipo de relação pode ser vista como decorrência de uma *escolha de integração*, que imporia aos tribunais uma necessidade *política* de levar em conta as decisões dos órgãos judicantes supranacionais.

Compreendendo-se, então, o motivo da caracterização dos sistemas jurídicos estatais como subsistemas de um sistema jurídico mundial multicêntrico, apresentado como um subsistema da sociedade mundial, eis que, compreender a sociedade mundial como um sistema, parece ser uma escolha metodológica razoável, e supor que ela tenha um sistema jurídico, igualmente parece também adequado.

Cabe a esta altura, uma indagação importante:

Seria um salto injustificado a caracterização das ordens jurídicas particulares como subsistemas do sistema jurídico geral, desconsiderando que estas ordens são sistemas semânticos vinculados aos sistemas políticos estatais?

A resposta negativa parece ser a mais consentânea e compatível com os tempos pós-modernos.³

Com efeito, nada de ilusório ou totalizante há em tratá-las como partes de um sistema maior, que têm uma necessidade racional de coordenar as suas atividades, de modo cooperativo, pois, nada impede que elas se coloquem como sistemas soberanos que lidam com outras ordens políticas apenas sob uma perspectiva estratégica.

Não se pode olvidar, porém, a necessária e atual defesa das promessas ainda não realizadas do modernismo, com indispensável discussão a respeito dos limites da atuação estatal e sugestões na busca por um modelo de mercado que se afigure sustentável no sentido de minimizar ao máximo a presença de seres humanos excluídos do processo de geração e distribuição de riquezas econômicas, regulando um ambiente

³ Pós-modernidade é uma expressão controvertida, mas utilizada para se referir ao atual contexto histórico, isto é, o momento caracterizado pelas mudanças no comportamento, valores e modos de vida da sociedade, pelas incertezas e riscos inerentes ao desenvolvimento, em que predomina o capitalismo e o consumo. A respeito de pós-modernidade consultar Zygmunt Bauman, *Modernidade Líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

negocial pautado em livre iniciativa, valorização do trabalho, mas, também, de necessário respeito aos direitos humanos.

Afinal, tal qual se nota pelos ensinamentos de Marcelo Neves a respeito do transconstitucionalismo:

Sem um certo contexto social de diferenciação funcional e de inclusão social, não há lugar para a Constituição como mecanismo de autonomia recíproca entre direito e política. Sem a diferenciação funcional das diversas esferas sociais e sem a distinção, clara e radical, entre sociedade e indivíduo enquanto pessoa, não se podem conceber os direitos fundamentais como resposta do sistema jurídico a esses processos sociais de diferenciação. Da mesma maneira, sem autonomia da política em relação aos valores particulares de grupos familiares, étnicos e religiosos e aos interesses econômicos concretos, não se pode construir a democracia como apoio generalizado que possibilita o fechamento operativo do sistema político.⁴

2. A comparação jurídica e sua função presente

Percebe-se, pois, uma mudança nos domínios da comparação: atualmente, a argumentação comparada faz-se presente na racionalidade das decisões dos tribunais superiores de vários países, notadamente, daqueles tribunais que precipuamente devem zelar pelo texto constitucional, “nova” realidade esta que não deixa de originar indagações de várias ordens e acaba mesmo por convidar à reflexão.

A clara interdependência das nações e as mostras de solidariedade que envolvem o gênero humano, tendo se convolado em fatos evidentes no mundo contemporâneo – o mundo agora como um só, sem o isolamento de outrora – acabaram por impor, tanto aos políticos quanto aos economistas e aos juristas, uma nova visão dos problemas que lhes dizem respeito:

⁴ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 56.

[...] as vantagens que o direito comparado oferece podem, sucintamente, ser colocadas em três planos. O direito comparado é útil nas investigações históricas ou filosóficas referentes ao direito; é útil para conhecer melhor e aperfeiçoar o nosso direito nacional; é, finalmente, útil para compreender os povos estrangeiros e estabelecer um melhor regime para as relações da vida internacional.⁵

Vê-se, pois, não ser mais mera ideia acadêmica, ou proposta não concretizada, a utilização do direito comparado, pelos juízes constitucionais nacionais, como método de interpretação/concretização (e de realização) constitucional, fenômeno que se desenvolve em várias intensidades e compreende doutrina, legislação e decisões estrangeiras.

A novidade é que atualmente não mais se verifica a recepção, e sim o diálogo enriquecedor do próprio direito interno, em que se percebe que os juízes citam outros sistemas não só para preencher as lacunas ou para tratar de algo novo tal como era feito no período colonial, mas possibilitar decisão racional e dotada de elementos enriquecedores do direito não nacional.

Pode-se afirmar que com a ocorrência de atrocidades que atentaram de forma irreparável contra a vida de milhares de pessoas, resultando em tristes marcas na História que não podem ser apagadas, a humanidade despertou para reclamar e ver assegurados os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana.

E tendo por base que os direitos humanos são o resultado de uma construção ao longo da História, que se deu por meio de lutas para conquistas de direitos, entendemos a tutela geracional da defesa e afirmação histórica destes direitos frente aos poderes constituídos guarda relação com simultâneo crescimento da importância dos paradigmas estrangeiros para decisões judiciais internas.

A esse respeito, Norberto Bobbio afirma que:

⁵ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1989. p. 3.

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.⁶

Portanto, pode-se considerar que os direitos humanos foram sendo tomados de acordo com as carências humanas frente ao poder, carências de direitos, tais como, os de liberdade, igualdade e proteção da dignidade, tudo, sem olvidarmos do conceito de fraternidade, em si mesma, e tida como categoria constitucional.

Vejamos então, alguns estudos em torno da jurisdição constitucional de Portugal e dos Estados Unidos, chegando aos julgados do Supremo Tribunal Federal com o que se permitirá ao leitor a aferição da importância da abertura das possibilidades interpretativas no nível constitucional a partir das noções desenvolvidas por Peter Häberle e sua teoria da Constituição como ciência da cultura, tudo, para chegarmos em condições de, ao final, identificar elementos importantes no tocante ao argumento comparado na atividade decisória própria dos tribunais constitucionais.

3. Portugal e o “argumento comparado”

Correto afirmar que desde sua institucionalização formal, por meio da conhecida Lei no 28/82, o Tribunal Constitucional Português (TCP) sempre se posicionou favoravelmente ao uso do argumento comparado, apesar de inexistir no ordenamento jurídico qualquer determinação legal nesse sentido. Isso se deu, em primeiro lugar, a fim de galgar legitimação material dentro do quadro de poderes e esquema judiciário no qual o TCP foi implantado, para o que contribuiu uma argumentação mais ampla e conexa com os avanços doutrinários.

Ademais, em um contexto em que o controle de constitucionalidade das normas do tipo misto complexo (CANOTILHO, 2003) se revelou como fonte de conflitos entre as várias instâncias do Poder Judiciário,

⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 5.

o recurso ao elemento comparado contribuiu para o reconhecimento da autoridade do próprio Tribunal em consolidação, bem como para evitar exageros de autorreferência em um país de pequenas extensões e de pouca idade na vida liberal-democrática.

A tendência atual não se altera, na medida em que o órgão judicial se torna, ao mesmo tempo, sujeito ativo e passivo, embora com desigualdades no fornecimento dos parâmetros. Além disso, a jurisprudência portuguesa afirma a comparação como um meio para melhor compreensão das questões e das normas em exame e também como caminho para aprimorar a qualidade de suas próprias decisões, mantendo, especialmente, normas constitucionais e supraconstitucionais de outros países europeus como sustentáculos de uma espécie de *tertium comparationis*.

Também em Portugal, o cenário mundial de desequilíbrios sociais e ambientais denotou a necessidade de as grandes organizações empresariais, geralmente dotadas de poder político e econômico relevante, se responsabilizarem socialmente por eventual degradação ambiental, como também pela prática de preços abusivos e até mesmo pela qualidade de vida de seus colaboradores diretos e indiretos, sem falar na indispensável atenção ao seu mercado de consumo.

Essa responsabilidade social, a princípio assumida como mera faculdade apenas por grandes organizações corporativas, passou a também fazer parte da vida de pequenos e médios empreendedores, observadas, logicamente, as devidas proporções nos volumes de negócios.

A utilidade da empresa para a sociedade passou a ser questionada e, conseqüentemente, não somente sua forma de produzir lucros, como também a destinação eficaz dos lucros produzidos.

Inegável que, nos últimos anos, a evolução da definição de sustentabilidade contribuiu para tal mudança de paradigma, com reflexos também na jurisdição constitucional portuguesa que recebeu influxos de outras legislações nacionais e da própria Comunidade Europeia.

O TCP privilegia a comparação dos sistemas jurídicos tidos como próximos, eminentemente o alemão, muito em razão do reconhecimento de uma sobreposição substancial entre os ordenamentos.

Os sistemas jurídicos mais citados são o alemão, o espanhol, o italiano, o norte-americano, o francês, o belga, o austríaco, o inglês e, finalmente, por razões histórico-culturais, o brasileiro (ORRÚ, 2006) sendo que os quatro primeiros são mais seguidos em termos de justiça constitucional.

Finalmente, o firme propósito do TCP em utilizar o argumento comparado é acompanhado do uso também constante do direito internacional, especialmente a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, estabelecendo, mormente nos julgados mais recentes, relações firmes com as sentenças proferidas pela Corte de Estrasburgo, que opera no âmbito da CEDU, de modo a quase fixar um ponto de referência irrenunciável e que acaba por demonstrar a inclinação pluralista dos juízes da Corte portuguesa.

4. Suprema Corte dos Estados Unidos e direito comparado

Nos Estados Unidos, país marcado por forte tradição jurisprudencial sempre mais próxima do unilateralismo de suas próprias fórmulas jurídicas e com alta valorização dos precedentes jurisprudenciais, os métodos de trabalho da Corte Suprema parecem ter sofrido as consequências do contexto da afirmação plena do modelo político, econômico e cultural hasteado pelo país e que culminou na globalização, de modo que parte dos *justices* passou a empregar nas suas decisões fontes jurisprudenciais estrangeiras, embora de forma esporádica e intermitente, geralmente de países europeus ou de Estados partidários do sistema da *Common Law*.

É paradigmático a esse respeito o caso “*Printz versus Estados Unidos*” (1997), no qual se discutiu a constitucionalidade do “*Brady Handgun Violence Prevention Act*”, que instituiu um sistema nacional de controle de armas de fogo.

Contraditado a respeito de sua compatibilidade com o federalismo e a vontade dos *founding fathers*, manifestou-se no caso o juiz Stephen Breyer, que também em nome do juiz Stevens suscitou o federalismo suíço e alemão, bem como a própria experiência europeia, recordando sempre que ele estava consciente de que o objeto de interpretação era a Constituição norte-americana, mas que a comparação se fazia importante para abrir o leque de possibilidades de soluções a problemas comuns.

Tal posicionamento sofreu duras críticas do juiz Antonin Scalia, com sua “*nationalist jurisprudence*” (FERRARI, 2006, p. 322), sob o argumento de que a comparação seria importante apenas no momento de redigir a Constituição, jamais na sua interpretação.

Mas já antes a comparação de direitos havia alçado lugar de destaque no judiciário-constitucional norte-americano, na época do chamado “constitucionalismo repulsivo” (“*aversive constitutionalism*”).

Nas décadas de 1940 e 1950, o país foi diretamente confrontado às teorias e práticas da Alemanha nazista e da União Soviética, respectivamente.

Assim, o anseio voluntarista de articular normas capazes de frontalmente distinguir os usos e as práticas do país daqueles modelos totalitaristas, então em voga na Europa, contribuiu para um longo percurso liberal da Suprema Corte, o que ajudou a fortalecer, inclusive, os direitos e as liberdades civis, mormente no campo penal.

A história constitucional estadunidense recente remete também ao conhecido caso “*Roper versus Simons*” (2005).

A sentença proibiu a pena capital aos menores de 18 anos, com fulcro na maturação da noção dos “*standards of decency*”, presente na sociedade americana, nas literaturas psicológica e criminológica, demonstrando-se a ineficácia da medida.

Ocorre que foram jungidas à decisão inúmeras legislações e jurisprudência estrangeiras, bem como normas de direito internacional, com o fito de demonstrar que a prática não se coadunava com a experiência comum no mundo, bem como que ela se mostrava contrária aos próprios valores culturais nacionais.

Novamente, o juiz Scalia reagiu contrariamente ao manejo de argumentos comparados, por entender que tal argumentação estava sendo utilizada para colocar de lado as práticas difusas na história do país.

O interessante é notar que a adoção dessa metódica suscitou reações tanto negativas quanto positivas. Aquelas ensejaram a reprimenda de congressistas que propuseram leis contra o manejo do direito estrangeiro nas sentenças.

Já a recepção positiva deu-se eminentemente na doutrina, do que são exemplares as teorizações de Ackerman (1997) acerca do “*world constitutionalism*”; de Tushnet (1999) sobre as possibilidades do constitucionalismo comparado; de Harold Koh (2004) sobre “*community standards*”; e, finalmente, de Anne-Marie Slaughter (2003) sobre a “*global community of courts*”.

5. Direito comparado e a ótica do Supremo Tribunal Federal no Brasil

O Supremo Tribunal Federal, em determinado momento, optou por manter em seu sítio eletrônico uma área específica destinada à

publicação das traduções, nas línguas inglesa e espanhola, de resumos de sua jurisprudência mais significativa, o que tem o condão de promover o intercâmbio de informações legislativas e jurisprudenciais entre os diversos países.

Não bastasse tal postura favorável aos influxos do direito comparado, demais disso, em casos mais significativos, entendidos aqui como polêmicos, foi dado ao intérprete verificar que o direito comparado é mais habitualmente empregado.

Não se trata de fenômeno muito recente no âmbito do Supremo Tribunal, tendo crescido nos últimos anos o número de decisões que trazem a comparação no seu bojo.

Um caso de grande importância para o constitucionalismo brasileiro e no qual a comparação de direitos ganhou relevância foi o que discutiu a condenação do escritor e sócio de editora por delito de postura discriminatória contra os judeus por ter publicado, distribuído e vendido ao público obras antisemitas, delito ao qual foi atribuída a imprescritibilidade prevista no artigo 5º, XLII, da Constituição Federal.

Na decisão do caso, a extensa referência a instrumentos internacionais, especialmente a Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi acompanhada da comparação jurídica mediante a análise e a articulação da lei francesa (nº 90.615/90); do artigo 416 do Novo Código Penal da França; da lei espanhola contra o racismo de 1995; do artigo 240 do Código Penal português; da Lei Gaysott, da França, de 1990; do “*Licensing Act*”, da Inglaterra, de 1695; da Emenda no. 01 da Constituição Americana de 1787; da “*Race Relations Act*”, de 1976.

Há também que se destacar outra decisão paradigma lançada por ocasião da discussão do exercício do direito de greve por parte dos servidores públicos civis, ocasião na qual o argumento comparado ajudou a garantir a evolução do tema na jurisprudência do STF.

Tanto é assim que o ministro e relator para o caso, Gilmar Ferreira Mendes, fez constar da ementa do acórdão que:

[n]a experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 2º).

O recurso ao argumento comparado mostrou que a experiência alemã sobre a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, tendo em vista especialmente as omissões legislativas parciais, assim como as sentenças aditivas do direito italiano, denotava que, em se tratando do direito de greve dos servidores públicos civis, estava-se diante de hipótese na qual a omissão constitucional reclamaria uma solução diferenciada.

No voto que proferiu, o ministro Celso de Mello teve oportunidade de destacar os modelos normativos do direito de greve dos servidores públicos no âmbito do direito comparado, demonstrando, com tal exposição, o gritante e injustificado atraso do legislador brasileiro no concretizar da norma constitucional.

Temos, portanto, como resultado, que tanto no Brasil como nos Estados Unidos, o argumento comparado é, consoante os casos analisados, inservível a qualquer pretensão de vinculação da *ratio decidendi*, sendo manejado apenas no nível de *obiter dictum*, ou seja, constitui-se em um valioso reforço, mas complementar ou retórico.

Dito de outro modo, o produto da comparação não perfaz o argumento nuclear da decisão: no caso do TCP, conclui-se que a comparação de direitos é muito mais utilizada e melhor trabalhada em relação ao que se constata da realidade brasileira e, em nível ainda maior, dos Estados Unidos, mas isso não retira qualquer valor à comparação jurídica e cultural para a evolução constitucional em tempos de Estado constitucional, comum a todos esses países.

6. O direito comparado como quinto elemento de interpretação constitucional: a teoria da constituição como ciência da cultura

Constituição é espelho da herança cultural de um povo e fundamento de esperanças, evidenciando-se que a exigência de ter em conta métodos de estudo mais abertos e fundados no recurso à comparação de ordenamentos jurídicos se desenvolve sobre planos diferentes daquele de tipo lógico-dedutivo, já que a mesma ideia de comparação exclui a simplificação e a eliminação da diversidade, como também exclui a utilização de esquemas universais ou métodos formalistas no estudo do direito.

Do quanto foi até aqui exposto, poder-se-ia questionar o antagonismo existente entre a premissa que exige da Constituição de um país

que a mesma se valha concomitantemente de duas pretensões: de estabilidade e de dinamicidade.

Entretanto, tal antagonismo dilui-se à medida que se percebe que ele é apenas aparente, porquanto é muito desejável que a Constituição, na sua condição de ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade, ofereça-se tanto à rigidez naquilo que a estrutura – a fim de garantir já aqui a sua sobrevivência –, quanto à abertura ao futuro e às inevitáveis movimentações sociais, políticas e culturais - coroando o seu movimento de (auto)conservação.

Nessa sua condição de ordem aberta é que assenta a noção da Constituição como ordem-quadro, de característica notadamente não exaustiva, desenvolvida mediante processo público em uma sociedade aberta e favorável ao pluralismo social, econômico e político, tendo diante de si – e com a tarefa de assimilação – os fenômenos organizativos supranacionais, bem como a própria globalização, econômica e jurídica, aos quais se acrescenta a pluralidade cultural interna.

Nessa mesma senda, sabe-se que preceitos constitucionais, ainda que escritos em idênticos termos, não necessariamente têm o mesmo significado, variando tanto em razão do tempo quanto do espaço. A cultura parece ser, portanto, o elemento que explica essa variação.

Por outro lado, as contribuições de cada comunidade, em cada etapa histórica, tendem a incorporar-se à cultura compartilhada, sem prejuízo de que cada conjunto social no exercício de interiorização das experiências exteriores o faça incluindo os seus próprios elementos específicos, gerando, com isso, novidades as quais se incorporam ao intercâmbio crescente de padrões culturais, o que torna os Estados constitucionais cada vez mais homogêneos e (co)determinados, de maneira que eles podem ser concebidos como um produto multicultural.

É certo, pois, que a cultura pode ser observada como verdadeiro fator constitutivo da Constituição, de modo que a teoria da Constituição como ciência da cultura possui o mérito de primeiro ter compreendido a necessidade de pôr em causa os métodos tradicionais de estudo do direito constitucional, fomentando a necessidade de uma análise realista do novo papel dos juristas na sociedade contemporânea, globalizada, em particular a importância da jurisprudência dos tribunais constitucionais e dos processos de integração.

A disciplina como produto da cultura característica de uma era se faz compreensível como “parte de la cultura” (HÄBERLE, 2003, p. 21), deixando no passado o seu entendimento como uma disciplina

puramente técnica, o que permite identificar um novo modelo de Estado constitucional, diferente do Estado liberal do século XIX.

Pela teoria da cultura é preciso ter em mente que a expressão “direito comparado” se refere, antes de tudo, a um modo de conceber o direito como experiência real baseada na consideração de suas possíveis alternativas, destacando uma atenção mais incisiva à historicidade de toda a construção do pensamento jurídico.

E nem se argumente que com isto se trate de estabelecer afinidades ideológicas entre ordenamentos constitucionais, mas, sim, de utilizar o método comparado para iluminar o significado valorativo dos diversos modelos institucionais, sem pretender anular a diversidade cultural entre os países.

Abrem-se os critérios de interpretação, o que ocorre, na proposta de Häberle, à medida que a sociedade se mostra pluralista, negando a existência de *numerus clausus* de intérpretes constitucionais, diante do que se afirma que, no atual estágio de desenvolvimento de muitos sistemas jurídicos nos quais se verificam sociedades abertas de intérpretes constitucionais, as Constituições representam o saldo de um processo plural, que não termina com a sessão de encerramento da Assembleia Constituinte, mas permanece constantemente aberto.

Segundo essa concepção, o círculo de intérpretes da Constituição deve ser amplo, com o fim de abarcar não somente as autoridades públicas e os intérpretes formais nos processos de controle de constitucionalidade, mas todos os cidadãos e grupos sociais que de uma ou outra forma vivem a realidade constitucional.

É, pois, com base nesse método interpretativo, que Häberle insere nas suas construções a comparação dos textos normativos e apresenta indícios de um processo mais profundo de difusão da cultura constitucional e de alguns modelos constitucionais, mostrando também que a mera comparação de textos é ineficiente, clamando a imprescindibilidade de que se alcance uma fase ulterior de comparação constitucional substancial: os contextos culturais, o que permite ao autor designar a sua teorização como ciência jurídica dos textos e da cultura.

A consideração do método comparado como quinto elemento de interpretação no Estado constitucional como marco metodológico deve-se à conclusão de que aquele se apresenta como a via mediante a qual as diversas Constituições podem comunicar entre si, possibilitando que se adquira para cada uma e todas elas maior eficácia, em virtude da conformação do Estado constitucional.

Para Häberle, a comparação jurídica deve ser praticada como comparação de culturas:

Sin importar lo que se piense de la sucesión de los métodos tradicionales de la interpretación, en el Estado constitucional de nuestra etapa evolutiva la comparación de los derechos fundamentales se convierte en “quinto” e indispensable método de la interpretación”. (HÄBERLE, 2003).

Conclusão

Se em um primeiro instante a análise jurisprudencial apenas permite aduzir que as citações estrangeiras eram outrora empregadas mais como componente acessório do que como exigência de fundamentação das decisões, verifica-se que, nos dias atuais, em algumas decisões, o Direito comparado é levado em conta, inclusive, na parte conclusiva da sentença e de Acórdãos.

A inexistência de qualquer regramento, seja legal ou regimental, para o exercício da comparação pelos juízes e, notadamente, pela Corte Constitucional, não tem impedido a consciente articulação da realidade dos casos com os direitos estrangeiros.

A exposição feita nas linhas acima permite-nos afirmar que o argumento comparado não é de modo algum ignorado pela prática judicativa.

Ao contrário, é explorado a fundo pelos juízes constitucionais de vários países, tendência da qual os juízes do Supremo Tribunal Federal brasileiro não se afastam, ainda que neste referido tribunal a comparação não seja de fundo, isto é, não venha acompanhada da discussão sobre os alicerces contextuais da lei, do precedente ou da doutrina estrangeira.

Viu-se, ainda, que de modo a viabilizar a ideia de um Estado constitucional cultural, Häberle propõe, no que é apoiado por Pablo Lucas Verdú (1998), uma teoria da Constituição como ciência da cultura.

É o próprio jurista alemão quem condensa em dez teses as ideias apresentadas em seu livro, cujo objetivo é apresentar as diretrizes para uma teoria constitucional apoiada na cultura afinal, afirma Häberle (2003, p. 150): *“quien vive la norma, también la interpreta”*.

Destarte, enxergada a cultura como fator essencial para compreensão das experiências constitucionais, abre-se também o espaço para uma nova análise dos níveis textuais, agora de uma forma diferente daquela experimentada pela exegese positivista.

O direito comparado aparece, assim, com mais importância na construção de um sistema jurídico geral de conceitos jurídicos em busca de fornecer valores cuja essencialidade seja intangível, sobretudo, quando se verifica que somente por meio da comparação e da análise histórica dos diversos valores constitucionais é que se alcança uma consciência da essencialidade.

Com efeito, cotejar as experiências jurídicas no espaço é também uma maneira de pensar sobre o Direito que se caracteriza por se manter aberto às alternativas, que não considera a ciência jurídica como um conjunto absolutamente fechado e insensível aos influxos de outros ordenamentos.

Não se argumente que a proposta lançada nas linhas acima implicaria em desconsideração das peculiaridades nacionais, em prol de uma ordem universal utópica, exigindo-se, na busca por soluções justas, a atuação jurisdicional cada vez mais aberta e sensível, em contraponto com o paradigma do “outro”, aqui considerada a expressão “outro” também com o alcance voltado aos “outros” ordenamentos jurídicos, raciocínio que segue ao encontro do Estado constitucional cultural.

De maneira idêntica, a proposta aqui lançada inegavelmente favorece o pensamento das possibilidades decisórias a partir de uma perspectiva comparada no ato interpretativo, assegurando espaços para a tolerância e, em última análise, para as alternativas e para o pluralismo.

E que não se considere ser impossível a travessia, eis que, em matéria de travessia sempre devemos ter esperança, o que nos remete à lapidar frase, por muitos atribuída ao poeta **Fernando Pessoa**, mas, que, em verdade, é do professor de literatura e escritor **Fernando Teixeira Andrade** (1946-2008, in: *O Medo, maior gigante da Alma*, s.n., 19--), frase esta, com a qual aqui se encerra o trabalho:

Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já têm a forma do corpo, e esquecer os nossos caminhos, que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo da travessia: e se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos.

Referências

- ACKERMAN, Bruce. The rise of world constitutionalism. *Virginia Law Review*, v. 83, n. 4, p. 771-97, maio 1997.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ANDREUCCI, Álvaro Gonçalves Antunes. Uma revalorização do Direito a partir de Paul Ricoeur: o justo, a responsabilidade e a sustentabilidade. In: SILVEIRA, Vladmir O. da; MEZZAROBBA, Orides; COUTO, Mônica B.; SANCHES, Samyra H. D. F. N. (Coord.). *Justiça e [o paradigma da] eficiência: celeridade processual e efetividade dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. III.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. *A ética é possível num mundo de consumidores?* Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- _____. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- _____. *Em busca da política*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais do poder. *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n. 138, p. 185-91, abr.-jun. 1998.
- DANTAS, Ivo. *Direito Comparado como ciência*. *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, n. 134, p. 231-249, abr.-jun. 1997.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1989.
- DELAHUNTY, Robert J.; YOO, John. Against Foreign Law. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 29, n. 1, p. 291-330, 2005.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. In: HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Tradução de Joaquín Brage Camazano. Madri: Dykinson, 2003.
- FERRARI, Giuseppe Franco. La comparazione giuridica nella giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti d'America. In: FERRARI,

Giuseppe Franco; GAMBARO, Antonio (Org.). *Corti nazionali e comparazione giuridica*. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

_____. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Madri: Minima Trotta, 1998.

_____. *Teoria de la Constitución como ciencia de la cultura*. Tradução de Emilio Mikunda. Madri: Tecnos, 2000.

KOH, Harold H. International Law as part of our Law. *The American Journal of International Law*, v. 98, n. 1, p. 43-57, jan. 2004.

LUCAS VERDÚ, Pablo. *Teoria de la constitución como ciencia cultural*. 2. ed. Madri: Dykinson, 1998.

LUHMANN, Niklas. *Legitimation durch Verfahren*. Frankfurt: 1969. Trad. bras.: Legitimação pelo procedimento. Brasília: UnB, 1980.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília, DF: ano 2, 2008/2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. La construcción de un derecho común iberoamericano. Consideraciones em homenaje a la doctrina de Peter Häberle y su influencia en Brasil. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, ano 6, n. 11, p. 65-86, jan.-jun. 2009.

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

ORRÚ, Romano. La giustizia costituzionale e il paradigma comparato: l'esperienza portoghese. In: FERRARI, Giuseppe Franco; GAMBARO, Antonio (Org.). *Corti nazionali e comparazione giuridica*. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

RINELLA, Angelo. La Corte costituzionale del Sudafrica: il contributo del diritto comparato al consolidamento della democrazia. In: FERRARI, Giuseppe Franco; GAMBARO, Antonio (Org.). *Corti nazionali e comparazione giuridica*. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.