

A INFLUÊNCIA DA DOCTRINA NAS CORTES CONSTITUCIONAIS

THE DOCTRINE INFLUENCE IN CONSTITUTIONAL COURTS¹

Marcelo Figueiredo

Mestre e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Professor Associado da PUC-SP, no programa de Pós-Graduação em Direito.

Resumo: Trata-se de artigo produzido a propósito da conferência intitulada “*L’Influenza Della Dottrina Nelle Decisioni Delle Corti Costituzionali*” proferida em 13 de junho de 2014 na Università Degli Studi Suor Orsola Benincasa - Facoltà Di Giurisprudenza, em que se discute o papel da doutrina como fundamentação das decisões das Cortes Constitucionais, percorrendo-se autores e casos de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em que determinadas teorias estrangeiras são acolhidas e referidas.

Palavras-Chave: Fontes do Direito; Doutrina; Supremo Tribunal Federal; Jurisprudência Estrangeira; Teoria da Argumentação.

Abstract: This paper was written for the conference called “*L’Influenza Della Dottrina Nelle Decisioni Delle Corti Costituzionali*”, 13 June, 2014, at Università Degli Studi Suor Orsola Benincasa - Facoltà Di Giurisprudenza. The main purpose is to discuss the role of the doctrine to state the reasons of the Constitutional Court decisions and analyze cases of the Brazilian Supreme Court which refer to foreign authors and foreign jurisprudence.

Keywords: Law foundations; Doctrine; Brazilian Supreme Court; Foreign Jurisprudence; Theory of argumentation.

Sumário: Introdução. 1. A Doutrina. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A heterogeneidade das diversas fontes do direito e das razões ligadas ao seu desenvolvimento, a existência de diversos ordenamentos jurídicos, presentes

¹ Artigo produzido a propósito da conferência intitulada “*L’Influenza Della Dottrina Nelle Decisioni Delle Corti Costituzionali*” proferida em 13 de junho de 2014 na Università Degli Studi Suor Orsola Benincasa - Facoltà Di Giurisprudenza. Uma iniciativa do Instituto Ibero-Americano de Direito Constitucional, Seção Italiana.

nos diversos Estados, não permitem uma resposta simples sobre a sua influência na produção do Direito.

O que é possível dizer com certa margem de segurança é o seguinte. Não há ordem jurídica que privilegie uma determinada fonte de direito exclusivamente e ignore todas as demais. O direito se cria a partir da realidade e procura incidir sobre esta.

A Constituição, a lei, os costumes, a jurisprudência, a doutrina, a ordem interna, portanto, a ordem internacional e a ordem supranacional² contribuem, cada um a seu modo, de uma forma particular, para a realização e a aplicação do Direito.

Registre-se que os chamados sistemas internacionais e os sistemas internos não constituem unidades separadas, mas integradas. Na verdade, os processos de “globalização” e “universalização” do Direito, particularmente do direito constitucional, criaram por cima da rede tradicional dos Estados, um “*sistema político integrado a vários níveis*”, que obedece a uma regulamentação jurídica própria (QUEIROZ, 2009, p. 408). A interação de cada uma dessas fontes, a sua recíproca influência e a diversidade contribuem para o enriquecimento de toda experiência jurídica da interpretação e aplicação do Direito.

É claro que cada ordenamento jurídico, ou como nos falava René David, cada «*família*” do direito tem lá as suas características e pode conferir a essas ou àquelas fontes uma força ou importância maior.

Seja como for, do ângulo da aplicação do direito nenhum juiz é indiferente à lei, à doutrina. Nenhum legislador deveria ignorar, do mesmo modo, as regras jurídicas ou a jurisprudência e também o contrário: a doutrina também deve conhecer bem a lei, as regras de direito, enfim, e a jurisprudência.

Como muito bem observou Keith Stanton (2011, p. 206)³:

Judges, like all lawyers, base their work on knowledge and skills acquired from a wide variety of sources over many years. A judge's thinking and approach to an issue will inevitably have been moulded by books and articles read when they trained and over the course of a career in the law, even before counsel commences arguing a case based on their own training, experience and thinking.

Todos os ordenamentos jurídicos podem variar entre si, mas todos eles de algum modo contribuem para a evolução do Direito e também acabam, em maior ou menor grau, estabelecendo alguma influência recíproca entre si.

²“ordem jurídica cosmopolita”, “mundial” ou “global”.

³ Use of Scholarship by the House of Lords in Tort Cases. In: LEE, James (Ed.). From House of Lords to Supreme Court: Judges, Jurists and The Process of Judging. Oxford, 2011, pág. 206.

1. A DOUTRINA

A doutrina, segundo lição que aprendemos, já nos primeiros anos do curso de Direito⁴, é o pensamento dos autores em matéria jurídica expresso em suas obras jurídicas. O termo é *ambíguo*, pois não há propriamente “uma doutrina”, mas diversas e variadas doutrina(s).

Ao contrário do que ocorre na Itália, quando utilizamos o termo “doutrina” no Brasil, estamos nos referindo exclusivamente a obras jurídicas escritas, a trabalhos doutrinários ou artigos científicos escritos normalmente por professores de direito, estudiosos de direito, profissionais de direito.

Não empregamos o termo “doutrina” como os italianos. Ao que parece esse termo na Itália tem um significado bem mais amplo para designar todo o instrumental (possibilidades) utilizado pelos juízes para criar o Direito nos Tribunais e não exclusivamente as obras científicas produzidas pelos professores de Direito.

No Brasil, quando queremos nos referir a todo esse instrumental o denominamos de “*jurisprudência*”. Esta sim compreende toda a produção dos Tribunais, os casos julgados e neles, evidentemente, o julgador tem toda a liberdade para citar, colacionar, qualquer teoria ou obra jurídica (ou de outra natureza) que entende cabível ao caso enfrentado.

Existem autores que manifestam livremente o seu pensamento a respeito do Direito. Não há um (único) corpo ou unidade de pensamento organizado de onde possamos sacar nossas conclusões coerentes e prontas. Existem sim obras de vários autores contendo diferentes opiniões e construções com diferentes estilos e conclusões sobre os mais variados “ramos” do Direito.

Os clássicos a definem como “*une opinion écrite et scientifique qui fait autorité*” (CAPITANT, H.). Em geral, a doutrina nos tempos atuais não é colocada como uma fonte verdadeira do Direito.

A “lei” em sentido amplo, ou melhor dizendo, o Direito escrito, sobretudo nos países de tradição romano-germânica, ainda aparenta ser a fonte mais importante, ficando a doutrina como um reflexo das fontes ditas “verdadeiras”, relegada a um segundo plano (ATIAS)⁵

É verdade que a doutrina no passado já foi uma fonte “verdadeira” do Direito. Lembremos do Direito Romano onde a opinião de certos juristas se

⁴ Ao menos no Brasil.

⁵ Essa clássica distinção ou característica, se quisermos, todavia perde hoje força por várias circunstâncias, dentre elas destaque-se a aproximação das distâncias entre os ordenamentos, sua integração, o direito supranacional e internacional e tantos outros aspectos.

impunha aos juízes e na Idade Média, após o renascimento do Direito Romano⁶ (CORREIA & SCIASCIA, 1949, p. 421), encontramos a “*communio opinio doctorum*” que gozava de grande autoridade. Recorde-se, ainda, no direito alemão do século XIX, o prestígio alto alcançado pela Escola dos Pandectistas, também conhecida como o “*Direito dos Professores*”. Na maioria dos casos, acreditamos hoje, a doutrina não é considerada verdadeiramente uma fonte de direito.

Deveras, as opiniões dos autores comumente divergem ou se alteram com o tempo, ou podem ser até serem contraditórias. É certo também que a doutrina não há caráter vinculante ou obrigatório para os juízes ou para o Judiciário.

Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto (2013, p. 28) ensina:

A doutrina deve ser empregada pelos julgadores para dela extrair argumentos e teses que auxiliem na análise do caso concreto. A doutrina não diz o Direito. Os argumentos doutrinários devem ser analisados criticamente, cotejando todos os outros elementos essenciais ao julgamento, notadamente as normas (constitucionais, legais e regulamentares) e a situação fática em que o conflito se colocou. Em outros termos, a doutrina é mais um elemento de análise do julgador, que, contudo, não pode se afastar do arcabouço normativo para adotar um ou outro posicionamento doutrinário.

Importante ressaltar que este modo de trabalho com a doutrina é inteiramente diferente da invocação do argumento de autoridade, ou seja, da adoção de determinado argumento porque determinado jurista, considerado por seus pares como consagrada doutrina, assim o disse. Este é o modo inadvertido de se trabalhar com a doutrina. Também é modo inadvertido de trabalho doutrinário a adoção de posicionamento porque a ‘maioria doutrinária’ ou a ‘corrente prevalecente’ assim interpreta.

⁶ É fora de dúvida que a atividade dos juristas romanos no concernente à anotação das obras dos seus predecessores, constitui um aspecto relevante da produção jurídica da época clássica. Com efeito, às anotações em geral se pode prender todo escrito que de qualquer modo se refira ao estudo de outro jurista, dede o puro e simples acréscimo explicativo até o verdadeiro comentário, que por tamanho e conteúdo supera algumas vezes o texto original. É, de outro modo através de tais notas e comentários que podemos muitas vezes conhecer as fases do desenvolvimento de normas e institutos fundamentais ou fixar as divergências de doutrina da jurisprudência romana, que constituem, em definitivo, um dos aspectos mais salientes do desenvolvimento do sistema clássico. Percorrendo o índice que se encontra em apêndice à *Palingenesia de Lenel*, encontramos grande número de juristas que anotaram obras de predecessores, ou cujas obras foram anotadas por juristas posteriores; nos Digestos são relativamente numerosos os textos que conservam ou referem anotações. Em tal sentido, o termo *notare* é técnico. Pode encontrar-se após o fragmento originário como inscrição a nota, precedido do nome do jurista anotador; mais frequentemente nas inscrições do verbo *notat* e precede à anotação tão somente o nome do jurista anotador”. CORREIA, Alexandre & SCIASCIA, Gaetano. Manual de Direito Romano de Alexandre Correia e Gaetano Sciascia, Volume I, Ed. Saraiva, São Paulo, 1949, pág. 421.

Entretanto, forçoso reconhecer que ela é (ou deveria ser) um importante elemento para o legislador, em geral, e mesmo para os tribunais (VERGOTTINI, 2007, p. 109)⁷.

Parece natural que a doutrina exerça uma influência maior nos ordenamentos jurídicos que não disponham de um direito constituído, escrito e bem estruturado. Era o que ocorria, mesmo em alguns países da Europa, como na França e na Alemanha, antes das grandes codificações do início ao fim do século XIX.

Como bem recorda Jean-Louis Bergel (1989, p. 69):

Après la codification, la doctrine se borne à commenter et interpréter les textes comme le fit au XIX siècle, en France, l'Ecole de l'Exégèse. De même, c'est avant que la jurisprudence ne soit formée que la doctrine a le plus d'influence sur la solution d'un problème déterminé. La vide juridique est un quelque sorte le paradis des juristes. On ne peut défricher que des terrains vierges. Toutes les constructions intellectuelles y sont possibles alors qu'une législation et une jurisprudence abondantes ne laissent que peu de place à l'innovation. Cela explique, multiplicité des textes, le désordre d'une réglementation détaillée et pointilleuse, les contradictions, les ambiguïtés et les insuffisances qui en résultent imposent cependant de redécouvrir les principes sous le fatras de la réglementation, de restaurer les méthodes d'interprétation de la loi, de reconstituer des méthodes de raisonnement. Il appartient à la doctrine de jouer ce rôle éminent. C'est à elle, en effet, qu'incombent la synthèse du droit, la réflexion critique et constructive, la systématisation interdisciplinaire des règles de droit, la recherche de plus de cohérence et, souvent, l'inspiration de solutions nouvelles.

En réalité, la doctrine est tantôt spectateur, tantôt acteur.

No direito norte-americano, Toni Fine classifica como fonte de direito secundária: a) as *Law review(s)* - artigos científicos publicados pelas várias escolas de direito, editadas em sua maioria por estudantes e, eventualmente, por professores (*peer edited*) em muito menor número; b) as enciclopédias jurídicas (*Treatises - American Law Reports*), fontes de referência mais úteis para pesquisadores que não possuem muita experiência na área em que estão pesquisando; c) os *Restatements* (compêndios) do direito (ALI) *American Law Institute*, criado em

⁷ Giuseppe de Vergottini, ensina: "Il diritto *dottrinario* è formato sulla base delle analisi ed elaborazioni razionali svolte dagli studiosi del diritto; quello giudiziario o giurisprudenziale deriva dalle pronunce discendenti da procedimenti razionali svolti dai giudici con riferimento ai casi sottoposti alla loro attenzione. In realtà la distinzione fra profilo teorico e profilo pratico delle due forme di produzione non è sempre agevole, in quanto esistono esempli storici di diritti giurisprudenziali basati sulla applicazione di precedenti elaborazioni dottrinali. Ciò è avvenuto per i «veda indu» e per l'antico diritto cinese e giapponese». *Diritto Costituzionale Comparato. Settima Edizione, Volume I*, Padova, Cedam, 2007, pág. 109.

1923, para apoiar o esclarecimento e a simplificação do direito, inicialmente elaborado por eminentes professores de direito em colaboração com consultores, advogados e juízes. Afirma:

tem sido grande a influência dos restatements no desenvolvimento dos Estados Unidos, e eles contêm as opiniões dos maiores estudiosos do país sobre cada assunto, as quais devem ser levadas em consideração. Constituem ainda uma fonte de direito secundária de grande importância, sendo comumente citados em consideração em cortes nas quais não há autoridade de controle (FINE, 2011, p. 51).

Na Colômbia, a Corte Constitucional e sua jurisprudência assumiram, paulatinamente, um papel importante após a Constituição de 1991. Hoje, alguns doutrinadores consideram que sua jurisprudência é uma fonte formal de direito.

O artigo 230 da Constituição Política da Colômbia clama por “*el imperio de la ley al instruir al juez sobre la obligatoriedad de su observancia, en los casos bajo su conocimiento. Y, al mismo tiempo ubica a la equidad, a la jurisprudencia y a los principios generales del derecho*” como criterios auxiliares da atividade judicial.

Já na sentença SU - 047 de 1999, a própria Corte Constitucional desenvolveu toda uma doutrina que afirmava sobre o alcance de suas decisões obrigatórias e vinculantes.

Nela afirmou:

Si bien las altas corporaciones judiciales, y en especial la Corte Constitucional, deben en principio ser consistentes con sus decisiones pasadas, lo cierto es que, bajo especiales circunstancias, es posible que se aparten de ellas. Como es natural, por razones elementales de igualdad y seguridad jurídica, el sistema de fuentes y la distinta jerarquía de los tribunales implican que estos ajustes y variaciones de una doctrina vinculante sólo puede ser llevados a cabo por la propia Corporación judicial que la formuló. Por tal razón, y debido al especial papel de la Corte Constitucional, como intérprete auténtico de la Carta y guardiana de su integridad y supremacía, corresponde a esa Corporación, y sólo a ella, modificar las doctrinas constitucionales vinculantes que haya desarrollado en sus distintos fallos.

Este particular proveído de la Corte, se constituye en un hito, pues como lo explica el profesor Abraham Sánchez Sánchez, define bajo los términos del common law los diversos componentes de una sentencia y su grado de obligatoriedad, haciendo precisión sobre la parte resolutive o ‘decisum’ razón o motivación de la decisión, ‘ratio decidendi’ y los dichos al pasar, que se definen como ‘obiter dicta’.

Estos específicos componentes constitutivos de la sentencia, tienen un dife-

rente grado de obligatoriedad, de donde se sigue que en nuestro país (Colombia) la fuerza vinculante de los fallos de constitucionalidad, se deduce de producir efectos erga omnes, sin que se pueda predicar fuerza vinculante en sí misma de la parte resolutive, toda vez que ésta no constituye en sí misma el precedente, de donde se sigue que es la ratio decidendi del caso en concreto la que obliga al juez, pues ella contiene 'el principio abstracto que fue la base de la decisión' y que obliga al juez a aplicarlo en situaciones similares.

Ya anteriormente la misma Corporación enseñó una serie de principios a tener en cuenta para comprender tal alcance, en la Sentencia C-131 de 1993, en donde instruyó puntualmente los siguientes aspectos:

- 1. Las sentencias por ella dictadas se constituyen para el juez en fuente obligatoria.*
- 2. Exclusivamente una parte de sus sentencias tiene carácter de cosa juzgada.*
- 3. Dicho carácter se pregona en algunos apartes de las sentencias explícitamente, mientras en otros en forma implícita.*
- 4. El tránsito a cosa juzgada explícita se establece en la parte resolutive, según lo dispone el artículo 243 de la Constitución, mientras que gozan de cosa juzgada implícita, todos aquellos conceptos de la parte motiva que conserven unidad de sentido con la parte dispositiva de la sentencia, pues no se pueda entender ella sin aludir a aquéllos.*
- 5. La parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene el valor que la Constitución le ha asignado a la doctrina, según el artículo 230, es decir, criterio auxiliar.*
- 6. Los fundamentos comprendidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden una relación directa con la resolución, al igual que aquellos que ella misma indique como tenedores de un nexo causal con la parte resolutive, se tornan obligatorios y deben ser obedecidos por las autoridades ya que corrigen la jurisprudencia.*
- 7. La ratio iuris es la fuerza de la cosa juzgada implícita de las sentencias de la Corte Constitucional dado que esa Corporación confronta en la parte motiva de sus fallos, la norma revisada con la totalidad de los preceptos de la Constitución Política⁸ (Cf. MARTÍNEZ & HIGUERA, 2011, p. 451).*

Já para a realidade brasileira, as lições introdutórias que acabamos de trazer a respeito do papel da doutrina, aplicam-se genericamente a qualquer ordena-

⁸ Cf. MARTÍNEZ, Fanny Elizabeth Robles & HIGUERA, Lúbia Paulina Gómez. La Jurisprudencia Constitucional como Fuente del Derecho Enfoque desde el Operador Judicial. In: IBÁÑEZ, Joaquín Gonzáles & LÓPEZ, Eloy García (Ed.) La crisis de las fuentes del Derecho en la globalización. Ed. Díké, Medellín, Colombia, 2011, pág. 451.

mento jurídico. Contudo, é evidente, cada Estado dará um peso diverso à “doutrina” de acordo com sua cultura jurídica. Não há como medir ou avaliar qual a importância ou o peso específico que a doutrina tem para os Ministros (juízes) do Supremo Tribunal Federal no Brasil. Até o momento, desconhece-se estudo ou pesquisa com esse objetivo, o que seria, aliás, muito interessante.

O que se pode dizer é algo um pouco diferente. É relatar de uma forma um tanto quanto difusa o que se observa como advogado e professor de direito público e, com alguma pretensão de estudo, a análise de um ensaio do que poderia ser grosseiramente chamado de direito comparado. Como as decisões do Supremo Tribunal Federal, no Brasil, consideram a doutrina? Se ela é regularmente utilizada, se ela fundamenta e motiva a tomada de posições, quer seja singularmente, quer seja nos órgãos fracionários ou colegiados do Supremo Tribunal Federal.

Inicia-se por reafirmar que não se tem conhecimento de qualquer pesquisa científica sólida que enfrente o tema. Há uma sistema de indexação no Supremo Tribunal Federal que ao ser acionado aponta quais livros doutrinários foram consultados pelos Ministros (ou por seus assessores e auxiliares) para chegarem a aquelas conclusões. Mas é evidente que isso diz muito pouco. Já é alguma coisa, mas muito pouco. Tem pouco significado. Até porque de pouco vale esta informação se não analisarmos como foi feita esta citação, como o autor foi utilizado, em que contexto, se sua opinião ou entendimento foi integralmente adotado, etc.

Que doutrinas ou tendências doutrinárias, então, atualmente influenciam o Supremo Tribunal Federal? Se é que é possível fazer uma questão tão aberta e genérica como essa. A resposta será aproximativa e especulativa, pois também não se tem como medir e avaliar ou comprovar com dados estatísticos ou matemáticos quantas vezes o autor X ou a teoria Y foi utilizada pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil.

Mas aludindo a tendências dos Ministros, dos componentes do Supremo Tribunal Federal, sobretudo, na área de nossa atuação que é o direito público, pode-se dizer, com razoável acerto, que há uma influência grande de um número reduzido de autores nacionais e estrangeiros em seus julgados.

Assim, por exemplo, a doutrina alemã em geral e seus autores, como Peter Haberle⁹ tem uma forte influência no Supremo Tribunal Federal. Não há dúvida que Haberle é um nome conhecido de todos, ele, ou melhor, o seu pensamento, tem uma difusão transnacional. Assim, as estruturas, organismos e procedimentos voltados à implementação prática dos institutos por ele concebidos, em ní-

⁹ Konrad Hesse e os alemães em geral, seja em razão da influência mesmo da doutrina, seja em razão dos estudos de seus Ministros que estiveram fazendo estudos naquele país, seja em razão das obras de autores alemães traduzidos ao espanhol e ao português.

vel doutrinário, estão presentes em várias decisões. Ademais, a obra “*sociedade aberta dos intérpretes - Hermenêutica - contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*” tem sido incorporada no âmbito acadêmico e na jurisprudência de nossos tribunais.

No âmbito legislativo, a Lei 9.868/99, ao institucionalizar a figura do *amicus curiae* e das audiências públicas, comprova a influência de seu pensamento. O mesmo podemos dizer de alguns temas como o da mutação constitucional¹⁰, o Estado constitucional cooperativo, etc.

De fato, os *amici curiae* possuem, atualmente, ampla participação nas ações do controle abstrato de constitucionalidade e constituem peças importantes do processo de interpretação da Constituição no Supremo Tribunal Federal¹¹.

Ademais, permite o Supremo Tribunal Federal, por força da citada lei, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato, a requisição de informações adicionais, designação de peritos ou comissão de peritos para que emitam pareceres sobre a questão constitucional em debate e realização de audiências públicas destinadas a colher o depoimento de pessoas com experiência e autoridade nas matérias objeto de julgamento.

Assim se passou na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510-DF em que se discutiu a constitucionalidade da pesquisa científica com células-tronco embrionárias, com audiência pública com vários especialistas (pesquisadores, acadêmicos, médicos, etc), além de diversas entidades da sociedade civil, coletando um número imenso de informações e dados que levaram ao julgamento em 2008 (6X5) a favor da pesquisa científica.

¹⁰ Como exemplo de mutação constitucional confira-se o Habeas-Corpus 96772, Relator, o Min. Celso de Mello, julgado em 09/06/2009. Nele, o Relator afirma que “os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (como aquele proclamado no artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. E também afirma: que a interpretação judicial deve ser um instrumento de mutação informal da constituição, quando seja necessário compatibilizá-la mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea.” Do mesmo modo, no MS 26603, também Relator o Min. Celso de Mello, o STF novamente afirmou que “no poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de re(formulá-la), eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional”.

¹¹ Em todo o processo de controle abstrato de constitucionalidade, conforme previsão da Lei 9.882/99 que faculta ao Relator a possibilidade de ouvir as partes nos processos e ainda permite a intervenção de outros interessados no processo como *amici curiae*. Aqui parece-nos que, com algumas diferenças, há uma aproximação das práticas que já ocorrem nos EUA há algum tempo (*amicus curiae brief*), com a chamada de *experts*, por exemplo, no Tribunal Constitucional Alemão.

Audiências Públicas têm sido largamente utilizadas em diversos temas objeto das ações de competência do Supremo, como saúde, educação, ciência, envolvendo direitos fundamentais e humanos.

O observatório constitucional (MENDES & VALE, 2009) recorda que a teoria do pensamento do possível¹², de inspiração de Scheuner e Haberle também é largamente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, como na ADI 1.289 e no RE 135.328¹³ e 147.776.

No RE 135.328 identificou-se uma lacuna constitucional que, ao outorgar a atribuição de assistência judiciária às defensorias públicas¹⁴, não ressalvou as situações jurídicas reguladas de maneira diversa no direito pré-constitucional - ausência de cláusula transitória - especialmente naquelas unidades federadas que ainda não haviam instituído os órgãos próprios de defensoria.

Reconheceu-se que a implantação da nova ordem constitucional é um *“processo, e não um fato instantâneo, no qual a possibilidade de realização da norma da constituição - ainda que teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada, subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem”*.

Já na ADIN 1.289, pareceu legítimo ao tribunal admitir que a regra constitucional continha uma lacuna: a não-regulação das situações excepcionais existentes na fase inicial de implementação do novo modelo constitucional. Não tendo a matéria sido regulada em disposição transitória, pareceu adequado ao tribunal que o próprio intérprete possa fazê-lo em consonância com o sistema constitucional. Assegurou-se em concurso para preenchimento de cargos vagos de juízes em tribunais pelo quinto constitucional dos advogados e de membros do Ministério Público, indicados em lista sextupla pelos órgãos de representação das respectivas classes. O Supremo enfrentou a questão de saber se, ante a inexistência temporária de membros do MP com mais de dez anos de carreira, poderiam concorrer a vagas em Tribunal do Trabalho outros membros que não cumprissem o mencionado requisito constitucional.

¹²Vide ADI 2.415-SP, Relator Min. Carlos Britto, STF, julgada em 22/09/2011.

¹³No RE 135328, julgado em 29/06/1994, Relator o Min. Marco Aurélio, o Tribunal Pleno, reconheceu a presença da “inconstitucionalidade progressiva”, atribuindo excepcionalmente ao Ministério Público a defesa dos necessitados, até que a Defensoria Pública se estruturasse adequadamente e pudesse responder aos processos segundo previsão constitucional.

¹⁴Órgão que tem por função essencial orientar e defender juridicamente, em todos os graus, os necessitados (artigo 134 da CF). Em decisão de 23/3/94, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de ampliar a já complexa técnica de decisão no controle de constitucionalidade, admitindo que lei que concedia prazos processuais em dobro para a Defensoria Pública era de ser considerada constitucional enquanto esses órgãos não estivessem devidamente habilitados ou estruturados. Ampliar em MENDES, Gilmar Ferreira. Controle Abstrato de Constitucionalidade, ADI, ADC e ADO, Comentários à Lei n.9868/99. Ed. Saraiva, São Paulo, 2012.

Assegurou o STF aos órgãos participantes do processo a margem de escolha necessária dentre os procuradores com tempo de serviço inferior a 10 anos, na hipótese de inexistência de candidatos que preenchessem o requisito temporal fixado.

A influência de autores clássicos do direito público e constitucional italiano também é notada no Supremo Tribunal Federal. São comuns as citações de autores que já concebemos como clássicos entre nós: Mauro Cappelletti, Vincenzo Vigoriti, Azzaritti, Mortari, Crizafulli, Bobbio, Ballardore Pallieri e, mais recentemente, Guastini, Ferrajoli, bem como outros europeus como Zagrebelsky, Habermas, dentre outros.

De outra parte, gostaríamos de fazermos breve referência ao tema da interpretação constitucional. Um dos temas centrais hoje do constitucionalismo é sem dúvida o relativo à interpretação constitucional e suas especificidades.

Ao lado dos chamados métodos clássicos de interpretação, nota-se grande influência ou, ao menos, a utilização frequente das lições dos autores contemporâneos como Robert Alexy, Ronald Dworkin, John Rawls, Cass Sustein, Robert Post (e a nova geração de filósofos norte-americanos), autores que trabalham mais amplamente o tema dos princípios e sua (“nova”?) interpretação¹⁵.

Assim, os famosos testes de ponderação e suas teorias são largamente utilizadas no Brasil e no Supremo Tribunal Federal. Do mesmo modo, é possível constatar ainda uma tímida aplicação e conhecimento de precedentes dos tribunais internacionais e supra-nacionais, como é o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelos Supremo Tribunal Federal¹⁶.

No Supremo Tribunal Federal, como em qualquer outro Tribunal de corte constitucional, a doutrina nacional e estrangeira bem como a teoria da argumentação são largamente utilizadas.

A primeira pergunta que devemos fazer é a seguinte. Decidir é uma ação humana e qualquer ação humana ocorre em uma situação comunicativa. Falar, chorar, sorrir, andar, correr são comportamentos que dizem algo a alguém. Sendo assim, podemos afirmar que o comportamento é comunicação e que é impossível não se comunicar. Até quem não se comunica, de alguma forma, “comunica que não se comunica”.

¹⁵ Não estamos analisando ou fazendo referência a toda doutrina jurídica, brasileira, portuguesa, espanhola alemã, francesa, ou mesmo norte-americana e, na América Latina, talvez a mexicana e a argentina, que também, é evidente, tem, cada uma delas, o seu peso específico na construção das decisões do Supremo Tribunal Federal.

¹⁶ A esse respeito vide: FIGUEIREDO, Marcelo. El carácter contra mayoritario del poder judicial. In: MANILL, Pablo Luis (Coord.) *Marbury vs Madison. Reflexiones sobre una sentencia bicentenaria*. Editorial Porrúa, IMDPC, México, 2011, págs 45 a 79.

A decisão, portanto, é ato de comunicação. E o que mais os juízes fazem é se comunicar, ou ao menos, passar suas mensagens normativas e argumentativas da melhor forma possível. Para isso, utilizam-se de todos os processos de argumentação que conhecemos, concentrando-se em encontrar e compreender os meios para persuadir o seu comunicador, o seu destinatário da decisão e, sobretudo, os seus pares. De fato, devido à estrutura “piramidal” do Poder Judiciário, ao menos no Brasil e em vários países, os juízes são levados a argumentar uns em relação aos outros.

O princípio da recorribilidade das decisões, de acordo com o qual as sentenças podem ser submetidas a uma instância judiciária “superior”, mantém praticamente todos os juízes conscientes de que sua decisão pode ser lida e examinada por outros operadores do direito, inclusive seus colegas, aos quais eles não deixam de se dirigir ao fundamentar suas decisões.

Com razão Leandro Ávila Ramalho e Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho (2013, p. 239)¹⁷ quando afirmam:

Os juízes, presumivelmente, preocupam-se com a opinião pública e com o julgamento que ela fará sobre suas decisões - dessa forma, sua argumentação dirige-se aos meios de comunicação, aos meios acadêmicos, às associações de classe, ao parlamento. Isso revela que o Direito, como jogo comunicativo, retórico-argumentativo, envolve mais que os chamados operadores do direito, mas engloba as diferentes instâncias em que a opinião se forja e se difunde - potencialmente, ela atinge a todos os partícipes daquela comunidade jurídica, pensada agora como comunidade linguística.

(...)

O artigo 94, inciso IX, da Constituição, que impõe a fundamentação como um dever do magistrado, como condição da validade da sentença, abre espaço para muito mais do que o registro dos raciocínios fundamentadores do magistrado, mas legitima uma atuação retórica cujo estudo tem muito a revelar sobre a natureza do Direito como prática social linguístico-comunicativa.

Dessa forma, os julgadores do Supremo Tribunal Federal usam de argumentos retóricos para persuadir os ‘verdadeiros juízes’ sobre a fundamentação dos seus votos. Verdadeiros juízes, seguindo Aristóteles, são aqueles que nos debates públicos (hoje, cada mais, sob a forma de ‘julgamentos’) pronunciam-se a respeito dos temas mais controvertidos.

¹⁷ Logos, Pathos, Ethos, Retórica na Argumentação do STF. In: COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos & MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Coord.). O STF e a Interpretação da Constituição. Ed. Forum, Belo Horizonte, 2013, pág. 239 e seguintes.

CONCLUSÃO

Sobre a utilização de jurisprudência estrangeira pelo Supremo Tribunal Federal, conclui-se por haver o uso de elementos não nacionais no exercício da jurisdição constitucional, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil, conforme já se escreveu (FIGUEIREDO, 2009, p. 57)¹⁸:

Verifica-se que o assim chamado 'novo' direito constitucional brasileiro se funda, portanto, na dupla constatação de que, após a Constituição de 1988, a redemocratização do país e a sua consequente reinstitucionalização se deram no âmbito de uma mudança de paradigma. Os pilares bem marcados desse edifício institucional são: a) a força normativa da Constituição; b) o desenvolvimento da dogmática constitucional fundada em princípios.

Nesse contexto, a antiga contraposição entre a jurisprudência dos *code based legal systems* (vinculada ao princípio da legalidade) e a jurisprudência do *judge-made Law*, está cada vez menos importante.

Parece não ser mais correta a assertiva segundo a qual existiria uma incompatibilidade visceral entre os dois sistemas. Nota-se uma certa tendência de aproximação entre o assim chamado *commow Law* e a tradição da *civil Law*.

Com a existência de um novo papel na jurisprudência brasileira onde ela parece assumir características de fonte primordial, quer atuando como modelo, quer como fonte de direito, *stricto sensu*, as a) súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal; b) as decisões do Supremo Tribunal Federal, com eficácia *erga omnes* e com efeito vinculante nas ações de controle de constitucionalidade na via concentrada; e c) a jurisprudência dominante dos tribunais (entendimento predominantes) dão uma nota peculiar à jurisprudência brasileira após as recentes reformas processuais.

De fato, após a edição da Lei nº 8.038/90, e das Leis 9.868/99 e 9.882/99, bem assim à nova redação do artigo 103- A e seus incisos da Constituição Federal, pode-se falar em renovada força do direito jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal e em todos esses casos rumorosos.

¹⁸ Notas a respeito da utilização de jurisprudência estrangeira pelo STF In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, RBEC, Belo Horizonte, Ano 3, número 12, pág. 57, outubro a dezembro de 2009.

REFERÊNCIAS

BERGEL, Jean-Louis. *Méthodes du Droit. Théorie Générale du Droit. Deuxième Edition*, Dalloz, Paris, 1989.

COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos & MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Coord.). *O STF e a Interpretação da Constituição*. Ed. Forum, Belo Horizonte, 2013.

CORREIA, Alexandre & SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano de Alexandre Correia e Gaetano Sciascia, Volume I*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1949.

FIGUEIREDO, Marcelo. Notas a respeito da utilização de jurisprudência estrangeira pelo STF In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, RBEC*, Belo Horizonte, Ano 3, número 12, outubro a dezembro de 2009.

FINE, Toni. *Introdução ao Sistema Jurídico Anglo-Americano*. WMF- Martins Fontes, SP, 2011.

IBÁÑEZ, Joaquín Gonzáles & LÓPEZ, Eloy García (Ed.) *La crisis de las fuentes del Derecho en la globalización*. Ed. Diké, Medellin, Colombia, 2011.

LEE, James (Ed.). *From House of Lords to Supreme Court: Judges, Jurists and The Process of Judging*. Oxford, 2011.

MENDES, Gilmar & VALE, André Rufino do. A influência do pensamento de Peter Häberle no STF. *Consultor Jurídico*, 10 de abril de 2009. Disponível em: www.conjur.com.br/2009-abr-10/pensamento-peter-haberle-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal?pagina=19

NETO, Floriano de Azevedo Marques. A responsabilidade objetiva das concessionárias de serviço público, a jurisprudência do STF e o papel da doutrina, *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, maio-junho, RT, São Paulo, 2013.

QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional*. Coimbra Editora, Editora RT, São Paulo, 2009.

VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto Costituzionale Comparato. Settima Edizione, Volume I*, Padova, Cedam, 2007.