

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP  
ESCOLA DE DIREITO DO INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO

CAIO VICTOR LOPES TITO

**O USO DE FONTES ESTRANGEIRAS NA FUNDAMENTAÇÃO DAS  
DECISÕES DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:**

**Estudo de caso da arguição de descumprimento de preceito fundamental 54**

Brasília

2018

CAIO VICTOR LOPES TITO

**O USO DE FONTES ESTRANGEIRAS NA FUNDAMENTAÇÃO DAS  
DECISÕES DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:**

**Estudo de caso da arguição de descumprimento de preceito fundamental 54**

Dissertação final do Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional da Escola de Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público (EDB/IDP), como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes

Brasília

2018

CAIO VICTOR LOPES TITO

**O USO DE FONTES ESTRANGEIRAS NA FUNDAMENTAÇÃO DAS  
DECISÕES DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:**

**Estudo de caso da arguição de descumprimento de preceito fundamental 54**

Dissertação final do Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional da Escola de Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público (EDB/IDP), como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes

Aprovado em \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA:

---

Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes

---

Prof. Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor

---

Prof. Dr. Arnaldo Bastos Santos Neto

Dedico esse trabalho aos meus pais, Tito e Beatriz; meus irmãos, João Paulo e Larissa; e à minha namorada Danyelle.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, primeiramente, a Deus, que me garantiu saúde, inteligência e a oportunidade da vida, elementos indispensáveis à existência deste trabalho.

Agradeço aos meus pais, que sempre foram entusiastas, incentivadores e patrocinadores dos meus estudos. Nessa etapa não foi diferente.

Agradeço à minha namorada, Danyelle, por ter sido o meu apoio moral, psicológico, acadêmico e motivacional. Serei eternamente grato.

Agradeço ao grande amigo Hugo Tomazeti, mesmo distante, foi peça primordial na construção desse trabalho.

Agradeço ao Prof. Dr. Arnaldo Bastos S. Neto, pela disponibilidade e interesse, a academia brasileira somente ganha com professores como o senhor.

Finalmente, agradeço ao meu professor orientador, Gilmar Ferreira Mendes, bem como à instituição de ensino, Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, pelo conhecimento transmitido e pela estrutura oferecida, sem os quais não seria possível galgar mais esse estágio nos meus estudos acadêmicos.

*“Injustice anywhere is a threat to justice everywhere.”*

Martin Luther King Jr.

## RESUMO

Os avanços tecnológicos e o acesso a mais informações acerca de decisões tomadas em cortes constitucionais de outros Estados acabam por colocar em evidência novas formas de se enxergar o Direito. Hodiernamente a corte constitucional brasileira lança mão de utilizar fontes estrangeiras em suas decisões, como julgados, textos normativos ou políticas de Estado. Entretanto, deve-se analisar se o uso destas fontes tem sido feito em concordância com a Constituição brasileira. Assim, este estudo parte da hipótese de que os ministros do Supremo Tribunal Federal não têm feito a utilização de citações estrangeiras de forma pertinente e acabam por, vez ou outra, importarem conceitos indesejáveis, incompatíveis ou, simplesmente, indiferentes ao sistema jurídico brasileiro. O objetivo central desse trabalho é analisar o uso de fontes estrangeiras nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Para isso analisar-se-á o caso concreto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. O texto foi dividido em quatro partes compostas por um capítulo inicial que aborda as fontes do direito e sua evolução no modelo positivista atual, seguido de um capítulo onde se trabalha a decisão judicial, principalmente sob o aspecto da construção de sua fundamentação e a indispensabilidade dessa. O terceiro capítulo busca a compreensão da metodologia do direito comparado aplicada à comparação constitucional. No quarto capítulo, o caso concreto é analisado à luz das abordagens teóricas desenvolvidas nos apartados anteriores. Ao final se conclui que, ao promover citações de fontes estrangeiras em seus processos decisórios, os ministros da suprema corte as utilizam de diferentes formas, desde o mero tom exemplificativo ou explicativo de conceitos universais até a forma de argumento persuasivo de autoridade ou como conceito *per si*.

Palavras chave: Supremo Tribunal Federal, Direito, Fontes do Direito, Fundamentação jurídica.

## ABSTRACT

Technological advancements and access to more information of decisions made in foreign constitutional courts has revealed new ways of interpreting the law. The Brazilian constitutional court has often used foreign sources in its decisions, such as in judgments, normative texts or state policies. However, the use of these sources should be investigated, to verify if they are not in contradiction to the Brazilian constitution. Thus, the central hypothesis of this study is that the ministers of the Brazilian Federal Supreme Court have not made use of foreign citations in a pertinent way and have ended up importing concepts that are undesirable, incompatible, or simply indifferent to the Brazilian legal system. The main objective of this paper is to analyze the use of foreign sources in the rulings of the Federal Supreme Court, through the case study of the ruling in the Argument of Non-compliance with Fundamental Precept 54. The text was divided into three parts composed of an initial chapter that addresses the sources of law and its evolution in the current positivist model; followed by a chapter in which the judicial decision is analyzed, mainly in how its foundation are constructed and in how it is indispensable. The third chapter seeks to understand the methodology of comparative law applied to the constitutional comparison. In the fourth chapter, the concrete case is examined using the theoretical approaches developed in the three previous sections. The conclusion of the study is that, when including citations from foreign sources in their decision-making processes, ministers of the Supreme Court use them in different forms: from the mere exemplifying or explanatory tone of universal concepts, to the persuasive argument of authority or as a concept *per si*.

Key words: Brazilian Federal Supreme Court, Law, Sources of Law, Legal basis.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>1. AS FONTES DO DIREITO E O ESTADO MODERNO.....</b>	<b>12</b>
1.1. Direito Natural, Direito Positivo e o Positivismo Jurídico .....	12
1.2. Aspectos históricos das Fontes do Direito.....	15
1.3. As Fontes do Direito e Suas Classificações .....	30
1.4. As Fontes formais em espécie e o Direito Brasileiro .....	34
1.4.1. A Lei.....	34
1.4.2. O Costume .....	35
1.4.3. Os Princípios Gerais do Direito .....	36
1.4.4. A Analogia .....	36
1.4.5. A Jurisprudência.....	37
1.4.6. A Doutrina .....	37
<b>2. A DECISÃO JUDICIAL .....</b>	<b>39</b>
2.1. A decisão judicial segundo Habermas.....	40
2.2. A teoria dos sistemas sociais e a decisão jurídica segundo Niklas Luhmann ...	43
2.3. A fundamentação da decisão judicial.....	48
<b>3. AS FONTES ESTRANGEIRAS NA DECISÃO CONSTITUCIONAL E A METODOLOGIA DO DIREITO COMPARADO .....</b>	<b>50</b>
3.1. A questão da pluralidade de métodos .....	52
3.2. O direito constitucional comparado e a comparação jurídico-cultural .....	57
<b>4. AS FONTES ESTRANGEIRAS NA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....</b>	<b>63</b>
4.1. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 .....	63
4.1.1. A anencefalia fetal e a abordagem médica sob a luz do código penal .....	64
4.2. A experiência estrangeira na fundamentação dos votos de cada ministro .....	66
4.2.1. Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello .....	67
4.2.2. Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha.....	69

<b>4.2.3. Min. Gilmar Ferreira Mendes .....</b>	<b>73</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>80</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>83</b>

## INTRODUÇÃO

A ciência jurídica e o Direito são peculiares quando se tratam de suas fontes. Diferentemente de outras ciências que lidam com os acontecimentos humanos, o direito difere no que se pode apontar como emanações de onde se extraem seus enunciados. Os avanços tecnológicos e, conseqüentemente, o acesso a mais informações acerca de decisões tomadas em diversas cortes constitucionais acaba por colocar em evidencia novas formas de se enxergar o Direito. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, há algum tempo, utiliza-se de fontes judiciais estrangeiras nas fundamentações de suas decisões.

Ocorre que, a depender do contexto, a solução estrangeira pode ser invocada para conferir sentido a um texto de seu ordenamento, o que poderá variar desde a confirmação de um argumento até a inserção de orientação inédita e dissociada do teor literal do dispositivo interpretado. Na tentativa de evidenciar erudição ou ornamentar uma decisão, o operador do direito pode introduzir no sistema jurídico brasileiro conceitos e princípios estranhos, desconexos com a sua realidade e com possíveis conseqüências indesejáveis.

Por outro lado, olvidar o direito comparado é tornar a jurisdição nacional uma ilha alheia às evoluções provocadas pela sociedade dinâmica, cada vez mais global e internacionalmente entrelaçada. Mas, ainda que sob o pretexto de se arguir o direito comparado, Scarciglia (2011, p. 94) chama a atenção para o fato de que “[...] sem um enfoque metodológico sério, o estudioso corre o risco de não levar a cabo nenhuma atividade de comparação real, incorrendo mais na realização de atividades em sua maior parte ornamentais, sem nenhum valor epistemológico”.

Diante desse cenário, suscitam-se os seguintes problemas: Podem as experiências jurídicas estrangeiras ser fonte do direito brasileiro? Se as fontes estrangeiras são também fontes do direito brasileiro, como podem ser elas utilizadas na fundamentação de uma decisão judicial? E, por último, estariam os ministros do Supremo Tribunal Federal utilizando as experiências jurídicas estrangeiras de forma pertinente em suas fundamentações?

Portanto, o presente estudo parte da hipótese de que os ministros do Supremo Tribunal Federal não têm feito a utilização de citações estrangeiras de forma pertinente e acabam por, vez ou outra, importar conceitos indesejáveis, incompatíveis ou, simplesmente, indiferentes ao sistema jurídico brasileiro.

Nesse contexto, é pertinente aos acadêmicos do Direito, e à própria prática jurídica, uma análise quanto ao uso de fontes externas na Jurisdição Constitucional do Brasil. Para isso, o presente estudo utilizar-se-á, como procedimento metodológico de pesquisa, de duas técnicas,

quais sejam, estudo bibliográfico e análise documental, dividindo-se em quatro capítulos, a seguir estruturados.

O primeiro capítulo, através de estudo e pesquisa bibliográfica, busca compreender as fontes do Direito nos estados modernos constitucionais ocidentais. Essa parte do estudo se desenvolve a partir da análise histórica da evolução das fontes do direito, em alguns dos principais países berço do Estado Democrático de Direito Constitucional, visando compreender se e porque as experiências jurídicas vivenciadas por Estados estrangeiros podem exercer o papel de fonte do Direito na fundamentação de uma decisão inerente à particularidade constitucional de uma nação.

No capítulo seguinte, passa-se a analisar a decisão jurídica e suas principais características. Partindo das diferentes visões teóricas de Habermas e Luhmann, o estudo apontará as complexas estruturas que envolvem uma decisão jurídica além de suas consequências também jurídicas e sociais. Ao final, chegar-se-á à conclusão de que, independente da postura teórica adotada e, para além da decisão em si, a fundamentação da decisão jurídica é indispensável à prestação jurisdicional e à pacificação social.

A terceira fase do trabalho, ainda através de exploração bibliográfica, desenvolve o estudo da metodologia do direito comparado, destacando a importância de um procedimento metodológico na atividade comparatista constitucional. Nessa senda, os conceitos trazidos por Peter Häberle proporcionam uma amplitude relevante na análise desenvolvida no capítulo seguinte.

No último capítulo, é realizado o estudo de caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 (ADPF 54). Nesse momento, serão analisadas as fontes estrangeiras utilizadas na fundamentação de cada um dos votos. Referida análise buscará entender a forma como a fonte estrangeira está incluída na fundamentação da decisão, se ela exerce real papel de fonte do Direito ou mero recurso retórico; se existe uma introdução descontextualizada de princípios estrangeiros ou se a fonte estrangeira é mera inspiração/ reforço de entendimentos já apreciados pelo sistema jurídico brasileiro.

Finalmente, nas considerações finais, o estudo concluirá pela possibilidade de se adotarem experiências estrangeiras como fontes do direito brasileiro, mas condicionada à pertinente fundamentação de sua utilização no processo decisório constitucional. Ademais, serão feitas considerações sobre a forma como os Ministros do Supremo Tribunal Federal têm utilizados tais experiências na fundamentação de suas decisões a partir da análise do caso concreto da ADPF 54.

# 1. AS FONTES DO DIREITO E O ESTADO MODERNO

Partindo do conceito do dicionário da língua portuguesa, em que fonte é definida como “local de origem de alguma coisa; origem, procedência, proveniência” (MICHAELIS, 2017), e adotando-se silogismo simplório, pode-se afirmar que as “fontes do direito” são os elementos geradores, originadores e inspiradores do Direito.

Mas, para o presente estudo, essa construção conceitual mostra-se muito ampla e rasa. Existem diferentes variáveis a serem consideradas antes de se estabelecer referido conceito de forma mais precisa, dentre elas a pluralidade de sistemas jurídicos e o conceito de direito adotados.

## 1.1. Direito Natural, Direito Positivo e o Positivismo Jurídico

O conceito de “fontes do direito”, em verdade, varia muito em função das teorias pelas quais se analisa o direito. Na medida em que se adotam conceitos específicos de direito e a natureza do conhecimento jurídico, é imperativo que a definição de fonte do direito tenha coerência formal com eles (ROSS, 2007, p. 357). Assim, antes de se conceituar “fonte do direito” são necessárias algumas considerações quanto ao conceito de direito e sua evolução.

O pensamento jurídico ocidental é, tradicionalmente, balizado pela dicotomia entre “direito natural” e “direito positivo”, sendo possível detectá-la já nos registros dos pensadores gregos, a exemplo de *Ética a Nicômaco*:

Da justiça política, uma parte é natural e outra parte legal: natural, aquela que tem a mesma força onde quer que seja e não existe em razão de pensarem os homens deste ou daquele modo; legal, a que de início é indiferente, mas deixa de sê-lo depois que foi estabelecida. (ARISTÓTELES, 1991, p. 111)

Como se lê no excerto, o direito positivo é chamado de “direito legal” e o autor destaca dois critérios distinguidores entre ele e o “direito natural”. O primeiro é que o direito natural está em toda parte e possui eficácia em todos os lugares, enquanto o direito positivo restringe-se à comunidade em que ele é posto. O outro critério, é que o direito natural se estabelece independente da interpretação e parecer bom ou mal, estando o direito positivo submetido ao juízo humano.

A obra de Aristóteles (1991) evidencia a visão dicotômica conceitual entre “direito natural” e “direito positivo” já na era clássica, ainda que a expressão “direito positivo” somente tenha sido vista pela primeira vez em textos latinos medievais (BOBBIO, 2006, p. 15).

Na atualidade, mesmo que o direito natural tenha perdido o protagonismo dos debates, essa diferenciação ainda se faz presente, sendo possível destacar alguns balizadores. Bobbio (2006, p. 22-23) didaticamente aponta seis critérios, a seguir descritos.

O primeiro deles se baseia na antítese *universalidade/particularidade*, em que o direito natural vale em toda parte, ao passo que o positivo está restrito ao grupo a que ele se vincula. O segundo funda-se na antítese *imutabilidade/mutabilidade*, o direito natural é imutável, é algo inerente à natureza, perene, sendo o direito positivo sujeito às mutações humanas, sociais, culturais. A terceiro critério, apontado pelo autor (2006, p. 22) como o mais importante, destaca a antítese *natura-potestas populus*, segundo o qual o direito natural é um ditame da justa razão destinado a mostrar a moralidade dos atos segundo à própria natureza humana e, em consequência, vetado ou comandado por Deus, enquanto autor dessa natureza.

O quarto critério se refere à forma como o direito é conhecido, o modo pelo qual o direito chega ao homem, representado pela antítese *ratio/voluntas*. O direito natural conhecemos pela razão, enquanto o direito positivo é resultado da declaração de vontade alheia ao indivíduo. O penúltimo elemento diferenciador concerne ao objeto dos dois direitos. Os comportamentos regulados pelo direito natural são bons ou maus em sua essência, já os regulados pelo positivo são indiferentes, assumindo caráter de justo/injusto após a implantação do direito estabelecido. Para finalizar os critérios, de forma objetiva, o direito natural estabelece o que é bom e o direito positivo estabelece o que é útil.

De forma mais sucinta, Aftalión, Vilanova e Raffo (1999, p. 177) caracterizam o direito natural como sendo um direito principiológico válido a qualquer tempo e lugar, seus fundamentos se encontram em algo superior e não compreendido pelo homem e, por último, não está sujeito às vicissitudes históricas.

É oportuno destacar que, até o período medieval da sociedade ocidental, ambos os direitos sempre coexistiram, não sendo correto distingui-los em sua qualidade ou qualificação, mas apenas quanto à sua gradação de efetividade nas sociedades.

Apenas a título de exemplo, na era clássica o direito positivo era superior ao direito natural em situações onde havia o conflito entre eles (BOBBIO, 2006, p. 25). Na Idade Média, por sua vez, período em que as sociedades ocidentais tiveram grande influência da Igreja Católica, o direito natural se sobrepunha ao direito positivo, “como norma fundada na própria vontade de Deus e por este participada à razão humana ou, como diz São Paulo, como lei escrita por Deus no coração dos Homens” (BOBBIO, 2006, p. 25).

Fato é que, as sociedades medievais eram constituídas de uma imensurável diversidade de aglomerados sociais, cada um com seu ordenamento jurídico individual, restritos às suas

respectivas células comunais, sendo o direito um fenômeno que emanava da sociedade, do coletivo social e não do Estado.

Ainda tratando dos períodos da história anteriores ao Estado moderno, as sociedades humanas, sejam nas cidades-estados gregas, no império romano ou nos feudos, dentre várias outras conformações, não tinham grande preocupação com a produção normativa jurídica, isso ficava a cargo da própria dinâmica social e, no advento de questões controversas, o juiz – que em cada sociedade transparecia na figura do sacerdote, do conselho de anciões, do senhor feudal, etc. – apresentava a solução justa, com base nas regras dos costumes, em critérios equitativos, princípios da razão natural, pela razão lógica, em regras gerais estabelecidas pela coletividade e até mesmo em normas jurídicas eventualmente existentes.

O que se percebia é que todas estas formas de embasamento estavam em um mesmo nível e a disposição do julgador, não sendo ele vinculado à exclusividade de qualquer uma delas. Todos esses meios de decidir constituíam “fontes do direito” na mesma proporção, podendo-se afirmar que direito natural (princípios da equidade e da razão) e direito positivo (regras sociais, normas) eram duas formas de direito distintas, com fontes próprias e igualmente válidas. (BOBBIO, 2006, p. 28)

Com o surgimento do Estado moderno, a ruptura com o modelo feudal gerou uma sociedade com “estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito [...] através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária” (BOBBIO, 2006, p. 27).

Para além da monopolização da produção normativa, o juiz, que tinha o poder de decisão outorgado pela própria coletividade e, por parâmetros decisórios, todos aqueles elementos já citados, se torna um representante do Estado, nomeado pelo Estado, para aplicação das normas produzidas também pelo Estado. Não é de se estranhar que hodiernamente têm-se habituado a enxergar Direito e Estado como um elemento só.

É nesse contexto, em que o direito deixa de ser puramente um fenômeno social para se tornar um elemento do Estado – quando não o próprio Estado –, que a visão dualista de direito natural e direito positivo perde forças, sendo substituída pela visão monista, erguendo o direito positivo ao protagonismo, vindo a tornar-se o Direito, relegando papel coadjuvante ao direito natural, que com o tempo deixa de ser visto como direito, estabelecendo-se o Positivismo Jurídico.

## 1.2. Aspectos históricos das Fontes do Direito

O tópico anterior de forma sintética, cuidou de descrever o surgimento do Positivismo Jurídico e, conseqüentemente, entender as fontes do direito. Mas seria, por demais, simplista acreditar que tudo se deu da mesma forma em todas as sociedades ocidentais. A seguir, passa-se a analisar esse desenvolvimento em alguns dos Estados modernos que, em proporções significativas, contribuíram de forma mais efetiva nesse processo evolutivo que influenciou a maioria das sociedades ocidentais modernas.

Nesse sentido, a gênese do positivismo jurídico da França remete ao pensamento iluminista, na segunda metade do século XVIII, e à Revolução Francesa. Isso porque, dentre as várias propostas trazidas pelos seus pensadores ao novo modelo de Estado – o povo no poder – uma das mais fortes era a da codificação do direito e, com a força histórico-política da revolução, a proposta ganhou tons de aspiração coletiva.

É interessante destacar que, em que pese a existência do forte ideal de codificação do direito, ainda havia grande influência, para não dizer predominância, da doutrina *jus naturalista* no pensamento iluminista revolucionário. Em seus estudos sobre as fontes do direito, Ross (2007, p. 68, tradução própria) afirma que nesse período:

Amparada na filosofia de Rousseau e os ideais de liberdade e igualdade, impera a firme convicção em um direito ideal, eterno e invariável, que Deus inseriu na natureza do homem e pode ser conhecido através da razão humana. Trata-se de um direito ideal que resultará facilmente realizável quando o príncipe devolver a soberania a seu legítimo proprietário, o povo [...] [S]e adora a razão como uma deusa e se outorga aos princípios um valor superior<sup>1</sup>.

Essa forte presença do ideal *jus naturalista* vem da concepção, especialmente influenciada por Rousseau, de que a civilização e a história são a grande causa da corrupção humana, pois o homem é naturalmente bom (BOBBIO, 2006, p. 65). Ademais, na França havia uma quantidade imensurável de direitos territorialmente separados, consuetudinários jurisprudenciais, herdados do período feudal e da monarquia, que representavam toda essa cultura de historicidade e civilização do antigo regime, repudiada pelos ideais revolucionários e vistos como corrompidos (PEREIRA, 1989, p. 4-5).

Assim, a proposta iluminista era a da substituição das antigas, corrompidas e infundáveis regras por um direito simples, unitário, fundado na simplicidade da natureza das coisas e adaptado às exigências universais do homem, a partir da razão humana.

---

<sup>1</sup> Tradução própria do original: “Alentada por la filosofía de Rousseau y los ideales emergentes de Libertad e igualdad, impera la firme creencia en un derecho ideal eterno e invariable, que Dios ha imprimido en la naturaleza del hombre y que puede ser conocido a través de la razón humana. Se trata de un derecho ideal que resultará facilmente realizable cuando el príncipe devuelva la soberanía a su legítimo propietario, el pueblo [...] Se adora a la Razon como una diosa y se otorga a los principios un valor superior”



Esse ideal de codificação simples e unitário é evidente em muitos dos projetos legais apresentados à época. No art. 19, da Lei sobre o ordenamento judiciário da França, de 16 de agosto de 1790, Título II, dispunha-se que “[A]s leis civis serão revistas e reformadas pelos legisladores e será feito um código geral de leis simples, claras e adaptadas à constituição”. No mesmo sentido, as constituições de 1791 e 1793 dispunham respectivamente que “[S]erá feito um código de leis civis comuns a todos do reino” e “[O] código de leis civis e criminais é uniforme para toda a república”.

É importante observar que, mesmo sofrendo grande influência do *jus naturalismo* quanto ao conteúdo, no que diz respeito à forma o positivismo jurídico se mostrava forte pelo simples fato de que os pensadores revolucionários viam como imprescindível a codificação do direito. E não há contradição alguma nessa postura aparentemente incompatível.

Do ponto de vista ético-jurídico, acreditava-se na existência de um direito natural, simples e absoluto que daria respostas a cada caso concreto. No plano teórico-jurídico, o direito positivo se contemplava como uma vontade soberana. E por último, sob uma perspectiva sociológico-jurídica, o direito seria algo livre e discricionário, um produto nascido da livre vontade coletiva (ROSS, 2007, p. 88).

Fato é que, firmes no propósito da codificação do direito que vincularia e unificaria a todos os membros da sociedade francesa, e sob forte influência do *jus naturalismo*, foi estabelecida a Convenção Nacional, em 20 de setembro de 1792. Dentre as várias atividades e metas estabelecidas pela Convenção, estava a da criação do Código Civil da França.

Nesse processo inicial de codificação, merecem destaque as produções de Jean-Jacques Régis de Cambacérès, com grande inspiração *jus naturalista*. Bobbio (2006, p. 69) destaca o discurso de Cambacérès, por ocasião da apresentação de um de seus projetos, onde fica evidente o Direito Natural como principal fonte do direito:

[e]xiste uma lei superior a todas as outras, uma lei eterna, inalterável, própria a todos os povos, conveniente a todos os climas: a lei da natureza. Eis aqui o código das nações, que os séculos não puderam alterar, nem os comentadores desfigurar. É ele apenas que é necessário consultar.

Cambacérès em um curto prazo de quatro anos apresentou três projetos de codificação civil, sendo que nenhum deles agradou a Convenção ao não obter êxito na aprovação final do Diretório. O primeiro (1793) foi rejeitado por ser demasiadamente extenso e a proposta da Convenção era produzir algo simples, curto e filosófico. O segundo (1796), ao contrário, mostrou-se extremamente filosófico e pouco prático, ademais, o próprio autor o retirou de pauta ao perceber que havia suscitado hostilidades demais nas relações civis. (ROSS, 2007, p. 91-92)

Finalmente, em 1796, Cambacérès apresentou o terceiro projeto de codificação civil que, apesar de não ter sido aprovado, foi o que teve a melhor recepção. Esse projeto representou uma evolução no processo de codificação do direito, pois tinha uma melhor elaboração, do ponto de vista técnico-jurídico e se afastou um pouco da proposta *jus naturalista* inicial. A sua importância é destacada porque ele foi um dos projetos influenciadores do futuro Código de Napoleão (BOBBIO, 2006, p. 71).

Evidencia-se, assim, que nesse primeiro período da revolução a “fonte do direito” era única e se apresentava na forma da lei escrita, tudo o que se entendia por direito, ainda que resultante da racionalização escrita de preceitos metafísicos da natureza, deveria emanar do texto da lei. Em muito, esse ideal de positividade pode ser creditado ao trauma do regime absolutista anterior à revolução, quando as normas não eram claras e tinha a volatilidade da vontade do poder absoluto do Rei.

Quanto ao afastamento do ideal *jus naturalista*, mais evidente no último projeto apresentado por Cambacérès, se deu muito pela estruturação do poder estatal desenvolvida no ideário iluminista e pela forma como se efetivou ao longo de todo o processo revolucionário.

Além do propósito codificador, evidente no processo revolucionário, a tripartição do poder do Estado proposta por Montesquieu (1996), abraçada pelos ideais da revolução, mostrou-se uma forma de fortalecimento do positivismo jurídico. Segundo essa formação, o poder julgador, na figura do juiz, tinha competência exclusiva de aplicar a lei. Caberia ao Legislativo a função de criá-las e interpretá-las.

Em claro desdobramento da tripartição do poder, o decreto sobre a Organização dos Tribunais de Justiça (1790) estabelecia que o juiz não só não estava autorizado a ditar disposições normativas, como também não poderia interpretar a lei. Segundo o mote da época, “O juiz é um ser inanimado! O juiz é um escravo da lei! Essa é a chave da igualdade!” (ROSS, 2007, p. 89).

Portanto, tanto o juiz quanto a sociedade estariam vinculados ao texto legal, sem qualquer margem de interpretação ou outro elemento fundamentador da decisão. É o texto legal puro acima de qualquer coisa.

Fato é que as primeiras tentativas da Convenção de codificar o direito restaram infrutíferas. Assim, em meio à turbulência que se encontrava o Estado francês, e após uma sequência de tentativas dos diferentes grupos da burguesia de tomarem o poder, a figura de Napoleão Bonaparte assume o posto de Primeiro-cônsul da França, líder da nação, e instaura imediatamente uma comissão composta por quatro juristas, Tronchet, Maleville, Bigot-Prémeneau e Portalis, para a codificação definitiva (PEREIRA, 1989, p. 4).

Merece destaque a atuação e liderança de Portalis, que já tinha uma posição crítica em relação à postura exacerbadamente filosófica de alguns pensadores iluministas. A teoria do direito, e conseqüentemente das fontes, defendida por ele era diferente, em alguns aspectos, do ideal iluminista. Portalis não acreditava que a lei seria a única fonte do direito, ele reconhecia a relevância do costume e, mais importante, entendia que o juiz deveria gozar de uma certa liberdade de atuação e criação jurídica, logo, a razão humana também é fonte. (ROSS, 2007, p. 93)

Nesse sentido, se por um lado, os pensadores da revolução pensavam em fazer tabula rasa de todo o passado, voltando à natureza e abandonando todo o passado jurídico existente, a intenção da codificação napoleônica, por sua vez, não visava um recomeço inédito, mas um ponto de convergência entre construções jurídicas do passado (costume e direito romano) e os novos ideais de Direito.

Assim, em 1804 foi publicado o Código Civil da França e em 1807, em sua segunda e mais completa edição, entra em vigor o Código de Napoleão. O compilado normativo é considerado um dos inícios da nova tradição jurídica, em que se evidencia a onipotência das leis e do legislador, um dos dogmas do positivismo jurídico e defendido pelos ideais iluministas (BOBBIO, 2006, p. 73-74). Por outro lado, o art. 4º do código deu abertura para que a lei não fosse fonte única do direito, ao estabelecer que “o juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada.”

O que se percebe é que, na implantação do novel código, as fontes do direito francês eram a lei, os costumes e a razão humana. Era essa a intenção do legislador à época, o que fica evidenciado no discurso de Portalis reproduzido por Bobbio (2006, p. 75-77), por ocasião da apresentação do projeto final do Código ao Conselho de Estado, ao afirmar que “[...] as leis positivas não poderão nunca substituir inteiramente o uso da razão natural nos negócios da vida [...] na falta da lei, é necessário consultar o uso ou a equidade. A equidade é o retorno à lei natural, no silêncio, na oposição ou na obscuridade das leis positivas”.

Ocorre que, em oposição ao propósito legislador, ainda vigorava na França um grupo de pensadores remanescente dos ideais revolucionários, que entendiam que o texto do art. 4º em verdade reafirma a soberania da lei e sua exclusividade na origem dos Direitos.

Segundo esses intérpretes, o juiz não poderia recusar-se a julgar sob tais pretextos porque a lei é completa e o legislador onipotente. Sempre haverá no texto da lei a solução para qualquer controvérsia, podendo se deduzir da própria lei toda norma a ser aplicada no caso concreto.

Foi nessa forma de interpretação do Código Civil francês, mais especificamente do art. 4º, fortalecida pelo formato tripartido do poder estatal e associada à codificação per se, que se fundou a Escola da Exegese, que considerava o Código de Napoleão como o marco zero das normas da França, sepultando toda e qualquer intenção normativa anterior a ele.

A Escola da Exegese teve por característica principal o estudo das leis segundo a forma como elas se apresentavam pelo legislador, tecendo comentários curtos sobre cada artigo, sem dar aberturas a conceitos e convicções subjetivas.

Além disso, essa escola partia das seguintes premissas. Primeiramente, o direito natural não é direito, vez que suas diretrizes são amplas, subjetivas e imprecisas. Segundo, as leis são a única forma de norma juridicamente reconhecidas pelo Estado, pois emana do Legislador Onipotente, portanto, são a fonte exclusiva do direito. Desse segundo surge o terceiro parâmetro exegético, o direito e a lei escrita são uma coisa só, razão pela qual o intérprete está subordinado aos artigos do Código (BOBBIO, 2006, p. 86-89). Finalmente, sendo o legislador um ser onipotente e gerador de todas as leis, deve-se considerar a intenção dele na interpretação do texto legal (TORRÉ, 2003, p. 423).

Como se vê, nessa escola de interpretação, que dominou a academia e a prática jurídica na França desde a implantação do Código de Napoleão, a lei era a única fonte do direito. Ao final daquele século, no entanto, várias correntes contrárias ganhavam força, pois ficou evidente o abismo entre a teoria exegética e a práxis jurídica:

[...]a teoria estava convencida de que, em 1804, o legislador havia previsto e ordenado tudo. Não reconhecia mais fontes que o Código Civil, e se limitava a extrair as consequências jurídicas correspondentes, sem se preocupar com a medida de sua aplicabilidade na prática. A prática jurídica era ignorada com certa displicência e, se mencionada, era somente para ilustrar a aplicação correta ou incorreta[...] (ROSS, 2007, p. 97-98, tradução própria)<sup>2</sup>

A emancipação da lei com a prática jurídica, obviamente, restou insustentável e logo alguns dos autores da Escola da Exegese começaram a repensar a teoria, manifestando pontos de vista mais orientados à prática. Esse afastamento da Escola da Exegese tornou-se cada vez mais evidente, até que no centenário do Código Civil, o presidente da Corte de Cassação da França declarou que o direito francês necessitava de uma forma de interpretação mais livre e que a práxis francesa sempre adotara uma interpretação histórico-social (ROSS, 2007, p. 98-

---

<sup>2</sup> Tradução própria do original: “[...]la teoría seguía convencida de que, en 1804, el legislador lo había previsto y ordenado todo. No reconocía más fuente que el *Code civil*, y se limitaba a extraer las correspondientes consecuencias jurídicas, sin preocuparse de em qué medida eran o no aplicadas en la práctica. La praxis era ignorada con certa displicencia; y si alguna vez se la mencionaba, era sólo para ilustrar la aplicación correcta o incorrecta[...]

99). Mas há de se destacar, a Escola da Exegese não deixou de existir, nem sua força no direito. Assim, da práxis jurídica nasceu a atual teoria do direito e suas fontes na França.

Conforme afirmado anteriormente, o positivismo jurídico dominante no ocidente não se desenvolveu de forma homogênea em todas as nações. Cada país ou região dos continentes teve sua peculiaridade.

Na Alemanha, o surgimento do positivismo jurídico remete ao questionamento dos ideais jus naturalistas, e esse papel coube à Escola Histórica do Direito, cujo maior expoente foi Friedrich Carl von Savigny. Esquematizando sinteticamente as propostas de Savigny e demais estudiosos do historicismo, Bobbio (2006, p. 51-52) destaca cinco características fundamentadoras dessa doutrina, apontados a seguir.

Para a Escola Histórica, primeiramente, há de se considerar que o direito não é uma ideia da razão e sim um produto histórico. Assim, não existe um direito único aplicável a todos os tempos e lugares. Em segundo lugar, o direito não resulta de avaliações e cálculos racionais, ele emana das formas jurídicas primitivas, populares, que vêm desde as origens das sociedades.

O terceiro elemento basilar da Escola Histórica é o pessimismo antropológico, segundo o qual os ordenamentos existem para serem preservados, e a criação de novas instituições ou inovações jurídicas devem ser encaradas com desconfiança, porque no fundo são meras improvisações degeneradoras.

O quarto e quinto elementos são características quase idênticas, vez que estão relacionados ao “amor ao passado” e ao “sentido de tradição”. O “amor ao passado” diz respeito à ideia de tentar promover a ressurreição do antigo direito germânico, para além da recepção do direito romano na Alemanha. O “sentido de tradição”, por sua vez, está relacionado com a produção jurídica a partir dos costumes, que são a expressão da tradição e da evolução histórica da sociedade.

Segundo os estudos de Alf Ross (2007, p. 187-193), Savigny afirmava que deveriam ser três as fontes do direito, o direito popular, direito científico e direito legislativo. Ainda segundo ele, o popular é típico de sociedades em formação, o científico emanaria de sociedades maduras e o último representaria as sociedades em decadência. Assim, para evitar a decadência da sociedade, era imperioso que os cientistas jurídicos jamais fossem preteridos em relação aos legisladores.

Como se vê, a visão historicista colide frontalmente com a vertente jus naturalista do direito. Para eles, o direito jamais poderá ser universal e emanar da razão humana. Em oposição a isso, é defendido o direito consuetudinário, considerado forma genuína de direito, na medida em que é a expressão da realidade histórico-social de cada sociedade. O direito teria um caráter

nacional, e sua fonte imediata seria o espírito do povo, através de convicções jurídicas populares (ROSS, 2007, p. 189)

Afirma-se que a origem do positivismo jurídico na Alemanha está conectada com a Escola Histórica apenas por ter sido ela pioneira no embate filosófico com os ideais jus naturalistas pois, em verdade, ela e seus desdobramentos foram, também, uma das maiores opositoras às propostas de codificação que, segundo essa escola, seria mais uma inovação perniciosa cristalizadora da sociedade (BOBBIO, 2006, p. 45). A crítica ao jus naturalismo foi importante para a criação de um ambiente propício na Alemanha à recepção dos movimentos de codificação que se expandiam pela Europa.

No que diz respeito a elementos diretos que ocasionaram a evolução do positivismo jurídico na Alemanha, não é possível delimitar historicamente, de forma precisa, quando isso ocorreu (ROSS, 2007, p. 225-226). Mas pode-se atribuí-la às grandes codificações ocorridas no século XVIII e XIX, que representaram a concretização do princípio da onipotência do legislador (BOBBIO, 2006, p. 54). Trata-se do mesmo movimento sobre o qual se discorreu no tópico anterior, em que, imersos no ideal iluminista, tentava-se codificar, positivar, o direito natural.

Cabe complementar, que esse ideal codificador do direito natural advinha da crítica iluminista ao direito consuetudinário herdado da idade média que, segundo eles, era um direito contrário às exigências do homem civilizado e das sociedades modernas, representando o irracional ínsito na tradição ultrapassada.

De acordo com os estudos realizados por Bobbio (2006, p. 54), nesse período surgiu o movimento de “positivação do direito natural”:

[...] segundo este movimento, o direito é expressão ao mesmo tempo da autoridade e da razão. É expressão da autoridade visto que não é eficaz, não vale se não for posto e feito valer pelo Estado (e precisamente nisto pode-se identificar no movimento pela codificação uma raiz do positivismo jurídico); mas o direito posto pelo Estado não é fruto de mera arbitrariedade, ao contrário é a expressão da própria razão (da razão do príncipe e da razão dos “filósofos”, isto é, dos doutos que o legislador deve consultar.

Essa concepção, que vinculava a razão e o Estado como fontes do direito foram facilmente acolhidas pelas monarquias absolutistas do Século XVIII, vindo a ser intitulado de despotismo esclarecido esse fenômeno observado pelos historiadores. Nesse sentido, Frederico II da Prússia, foi pioneiro ao tentar criar um código civil, ainda que muito influenciado pelo modelo feudal, ao prever castas (nobreza, burguesia, campesinato).

Mas foi somente com a invasão francesa de parte da Alemanha que houve a difusão de um sistema civil baseado no princípio da “igualdade formal” de todo cidadão, pois o recém-

criado Código de Napoleão chagara com as forças invasoras e fora imediatamente imposto nas regiões conquistadas.

O estabelecimento do código civil de Napoleão em parte da Alemanha gerou o debate sobre a necessidade de se unificar e codificar o direito Alemão que, assim como a França pré-napoleônica, sofria com a pluralidade e o fracionamento do direito, que prejudicava a prática e segurança jurídicas. Os meios conservadores, representados pelas classes mais altas, se opuseram a esse propósito. Visando garantias de privilégios, eles arguíam que o modelo francês colocaria em risco as características nacionais de civilização.

Em oposição a essa visão historicista e conservadora, Antônio Frederico Justo Thibaut foi um expoente na defesa do sistema de codificação, à frente da Escola Filosófica. Segundo os estudos de Bobbio (2006, p. 56-57), Thibaut afirmava que a legislação eficiente e válida necessita de perfeição formal (precisão e clareza) e substancial (regulam todas as relações sociais), o que não seria encontrado no direito de origem germânica, nem no direito canônico e, menos ainda, no direito romano. Ele ainda defendia que não haveria prejuízo algum à sociedade alemã com a codificação do direito, pois seriam poucas as alterações sociais em temas relevantes.

Thibaut ainda refutava a ideia de que se possa deduzir um sistema jurídico inteiro de princípios racionais humanos primários. Assim, ele cria na incidência do raciocínio lógico na interpretação do direito, e não em sua criação, como fonte do direito. Para ele, antes de se interpretar uma norma era necessário conhecer sua formação, relacioná-la com outras normas, enquadrando-a lógica e sistematicamente (BOBBIO, 2006, p. 56).

A verdade é que as escolas, histórica e filosófica, promoviam um debate muito mais político que filosófico. Ambas buscavam, de formas distintas, a unificação do povo alemão, que vinha sofrendo com a heterogenia dos regimes anteriores e as invasões napoleônicas (ROSS, 2007, p. 187).

Desse embate teórico, saiu vitoriosa a Escola Histórica de Savigny, se consolidando rapidamente na ciência e na prática jurídica alemã. Assim, o espírito do povo seria a grande fonte do direito alemão (ROSS, 2007, p. 227).

Em que pese a Escola Histórica ter um marco inicial importante, que foram as revoluções iluministas, o mesmo não se pode dizer de seu declínio e substituição pela sua sucessora, a Escola Positivista. O fato é que, após sucessivas críticas, ela foi sendo modificada e superada paulatinamente, até atingir o ostracismo e perder espaço para o positivismo.

Um fenômeno interessante pôde ser observado nesse processo. A Escola Histórica surgiu como crítica aos ideais jus naturalistas revolucionários, ocorre que a supremacia dessa

vertente jurídica sofreu suas maiores derrotas e foi superada exatamente por conter em sua essência elementos implícitos do jus naturalismo, a começar de seu ponto nodal, o dito espírito do povo, que, dada sua subjetividade, não permitia determinar a concretude do direito. Para retratar a fragilidade do “espírito do povo” como fonte do direito, Ross (2007, p. 231) reproduz os argumentos de Ernst Meier, afirmando que “a escola histórica, partindo de certas suposições, tiradas sabe Deus de ontem, chega a resultados que, alijando-se da realidade, cavalgam para o reino dos sonhos e da fantasia”.

Dessa necessidade de se estabelecer a realidade do direito, vários autores tentaram promover essa determinação a partir de enfoques sociológicos, dos quais já havia partido a Escola Histórica. Assim, autores como Kierulff, Rückert e Harum, prescreviam que somente é direito o que atua de forma viva, e o direito vivo é aquele que emana da prática vigente, não o direito imposto (ROSS, 2007, p. 232). Essa visão rechaça as teorias formalistas vigentes à época, pois enxerga o direito como um sistema de impulsos reais e que as ditas fontes do direito são, em verdade, meras fontes de conhecimento e não de produção jurídica.

Outro grupo de estudiosos do direito, em oposição à essa visão sociológica que, de certa maneira, ainda guardava elementos do historicismo, afirmava que as fontes do direito se dividem em fontes formais e fontes materiais (sociológicas). Nesse sentido, autores como Reinhold Schmidt e Ernst Meier afirmam que o dito “espírito do povo” tem influência no conteúdo do direito, mas negam que ele por si só possa ter força de direito (ROSS, 2007, p. 232), antes é preciso que ocorram as formalidades de validade designadas pelo Estado.

Essa segunda vertente de pensamento positivista ganhou forças na Alemanha, gerando uma ruptura definitiva com o modelo historicista (ROSS, 2007, p. 234). Mas tal ruptura também acarretou mudanças significativas nas teorias do direito e das suas fontes.

Se antes o direito era visto como um fenômeno social que emanava do espírito livre do povo, agora passa a ser um sistema coator gerado e garantido pelo Estado. Na visão histórica, as fontes do direito eram o espírito do povo (costumes, direito consuetudinário), a ciência e as leis, sem grande distinção hierárquica. Com a escola positivista, a ciência deixa de ser fonte, passando a ser mera ferramenta de estudo. Quanto às demais fontes, elas são posicionadas hierarquicamente, sendo as Leis fonte direta, primária e indispensável, e o direito consuetudinário tem menor relevância, servindo apenas como ferramenta de analogia e convicção do julgador em casos concretos.

O que se percebe é que o direito consuetudinário somente é admitido pelo positivismo jurídico como fonte do direito, porque emana dos julgamentos reiterados e prolongados de agentes estatais, juízes, que refletem a cultura do povo e suas convicções aplicadas a analogias



legais no caso concreto. Assim, o sistema positivista garantiu que, em casos de “defeitos” da lei, o juiz não aplique o direito natural, mas sim uma analogia técnico-concreta.

A verdade é que a grande mudança percebida com o positivismo foi a substituição do caráter histórico fatalista do direito por um processo formal e estatal, onde a Lei impera como fonte principal do direito. Ademais, o Estado passa a ocupar posição privilegiada, sendo o grande provedor, aplicador e fiscalizador do Direito.

Observa-se, no entanto, que essa visão positivista, que coloca o Estado no centro de tudo, gera um círculo vicioso e, às vezes, incongruências. Quando se fundamenta o direito na vontade do Estado, em verdade se está vinculando o direito a determinados órgãos estatais com capacidade geradora ou interpretativa das leis. Ocorre que essa competência advém do mesmo direito que tais órgãos produzem. Assim, sempre que se discutir um direito estar-se-á adotando critérios estabelecidos pelo próprio direito. Nesse sentido,

[a] teoria positivista da aplicação do direito é política que se faz passar por teoria. Se determina que o juiz (a com ele a doutrina) deve fazer, e faz-se passar essa exigência como verdade inerente ao direito. Admite-se, assim, como verdade o direito aplicado pelo juiz, e ele só pode aplicar o direito válido, real. Considerando que, a priori, se identifica o direito válido como aquele historicamente dado na forma de lei escrita e correspondentes analogias, a afirmação de que o juiz deve aplicar apenas a lei e sua analogia se converte em algo puramente cíclico. (ROSS, 2007, p. 237)<sup>3</sup>

Em que pese a força do Estado e a força conferida à lei no sistema positivista, fica perceptível que a razão e o direito subjetivo que já nasce nos homens, defendidos pelo jus naturalista, foi apenas substituído por uma atuação técnico-concreta denominada analogia, que por imposição legal se faz passar por direito. Assim, ainda é possível perceber esse resquício jus naturalista na visão positivista.

Mas, para além desse comportamento cíclico, o positivismo também acolhe o direito consuetudinário como fonte do direito, na medida que representa a conformação social do direito. Ocorre que comportamento gera uma enorme incongruência com o próprio sistema positivista. Explica-se. Se se define o direito como a vontade do Estado e se considera a lei como a concretização do direito, não se poderia ter o direito consuetudinário como fonte, vez que emana do comportamento social, mesmo que ratificado pelo Estado através do juiz. Esse dualismo persiste e é constantemente questionado até os tempos atuais (ROSS, 2007, p. 239).

---

<sup>3</sup> Tradução própria do original: “La teoría positivista de la aplicación del derecho es política que se hace pasar por teoría. Se prescribe lo que el juez (y con él la doctrina) debe hacer, y se hace pasar esta exigencia por verdad inherente al derecho. Se toma, pues, como verdad acerca del derecho el que el juez aplique, y sólo deba aplicar, el derecho válido, real; y puesto que, a continuación, se identifica a priori derecho válido con derecho históricamente dado en forma de ley escrita y de su correspondiente extensión analógica, la afirmación de que el juez debe aplicar únicamente la ley y su analogía se convierte en puramente circular.”

Feitas as breves exposições sobre os principais movimentos filosófico-jurídicos franceses e alemães, que colaboraram com o desenvolvimento do positivismo jurídico e das fontes do direito experimentados hodiernamente, concluir-se-á essa abordagem histórica analisando o contexto britânico, em especial o inglês.

Antes, porém, é importante observar que a França desenvolveu e atingiu o apogeu do seu sistema positivista, onde a Lei é a principal fonte do direito, a partir da codificação do direito civil. Mas esse processo não ocorreu com base em uma teoria da codificação complexa e aprofundada, foi muito mais um ímpeto político embalado pelas forças revolucionárias.

Na região da Alemanha, por sua vez, houve grande debate e teorização do seu processo positivista e codificador. Para os germânicos, a codificação ocorreu de forma tardia, quando comparada com o resto do continente europeu, apenas em 1900. Mas seu sistema positivista consolidou o direito consuetudinário e a jurisprudência como fontes do direito, ainda que hierarquicamente submetidas à lei.

No que diz respeito à Inglaterra, em que pese toda a teoria desenvolvida por Thomas Hobbes, o país britânico não realizou a codificação do seu direito, mas é o berço da mais ampla teoria de codificação já feita, que influenciou inúmeras nações através de Jeremy Bentham e Jhon Austin.

O leitor que se acostumou com a visão continental de direito dissertada até o momento, pode se assustar com a solução política e jurídica anglo-saxônica insular, vez que seu afastamento do continente e o sistema baseado no *common law*<sup>4</sup> permitiram uma teorização própria e, até certo ponto, livre de influências externas.

Inicialmente, se se pretende entender a experiência jurídica inglesa comparada com a continental, é preciso identificar algumas de suas características. Primeiramente, seu caráter assistemático, prático-realista, onde se encontra sua principal força e fraqueza. A fraqueza advém da falta de estímulo para a produção de um conhecimento amplo para o futuro, vez que a solução prática para o caso concreto é o que se espera. A sua força, por outro lado, se dá pelo fato que a forma de direito trabalhada nesse sistema garante uma proximidade imediata com os problemas jurídicos (ROSS, 2007, p. 133). Portanto o direito está em contato direto com a realidade jurídica prática.

---

<sup>4</sup> O Common Law é um sistema de direito elaborado na Inglaterra e que possui origem anglo-saxônica, tendo influenciado quase todos os países que politicamente estiveram ou não associados à Inglaterra. (DAVID, 1986, p. 279) Tem sua base de formação assentada na atuação dos tribunais judiciais, que, decidindo em um caso concreto, extraem do julgado a norma a ser aplicável a casos futuros e análogos. Essa decisão é chamada de precedente e deve ser seguida pelas jurisdições inferiores.

Outra característica significativa do modelo jurídico inglês é consequência da primeira. Trata-se da pureza metodológica, muito diferente dos sistemas continentais, que em vários momentos confundem ética e política, ora se justificando no direito subjetivo natural, ora no direito prolatado pelo Estado (ROSS, 2007, p. 134).

De forma sucinta, vez que não é objetivo desse estudo exaurir o conhecimento sobre nenhum sistema jurídico específico, para compreender melhor a teoria do direito e das fontes do direito inglês, é mais didático dividi-la em duas fases, pré-austiniana e pós-austiniana.

A teoria do direito pré-austiniana tem expressão relevante nos autores William Blackstone e Jeremy Bentham. O primeiro merece a menção por ter sido o pioneiro no estudo e sistematização do direito inglês, introduzindo a distinção jus naturalista entre “leis de Deus” e “leis dos homens”. Mas além da concepção já adotada no continente, Blackstone ainda acrescentou em sua teoria os conceitos de conduta civil e conduta moral, reconhecendo que o direito somente é prescrito pelo supremo poder do Estado (ROSS, 2007, p. 135).

Bentham, por sua vez, teve seu pensamento propagado e aplicado em várias nações do planeta, mas não na Inglaterra. Em verdade, seus estudos não foram aproveitados em sua terra natal por ter sido elaborado com grande influência dos conceitos continentais, principalmente franceses e italianos, que eram enxergados como incompatíveis com o modelo insular.

A linha teórica desenvolvida por Bentham foi muito influenciada pelos movimentos iluministas. A visão de supremacia da lei, bem como a subordinação do juiz a ela, desenvolvidas pelo autor tinham clara influência de autores como o italiano Beccaria, em especial pela visão utilitarista da decisão do juiz e das leis, regida pelo princípio da maior felicidade pelo maior número (BOBBIO, 2006, p. 91-92).

É interessante observar que Bentham, apesar da evidente inspiração iluminista, não aceitava plenamente as acepções iluministas relativas ao jus naturalismo. A verdade é que conceitos metafísicos e noções tão subjetivas eram incompatíveis com o seu empirismo e sua própria metodologia. Mas boa parte de seus estudos caminha em ressonância com os filósofos racionalistas, pois ele também admite a possibilidade de estabelecer uma ética objetiva, da qual se podem extrair regras gerais para todos os homens.

Toda a obra de Bentham é guiada pela convicção de que é possível estabelecer uma ética objetiva. É precisamente esta convicção que justifica sua fé no legislador universal, na possibilidade, portanto, de estabelecer leis racionais válidas para todos os homens; e também esta é uma ideia tipicamente iluminista. (BOBBIO, 2006, p. 92)

Imbuído dessas convicções, Bentham teceu diversas críticas ao *common law*, merecendo destaque três delas. Primeiramente ele dizia ser um sistema baseado na incerteza, pois um direito nascido e desenvolvido a partir de decisões prolatadas pelos juízes carece de segurança

jurídica, pois estarão sempre a mercê de uma nova fundamentação. Segundo, o *common law* fere o princípio básico e universal da irretroatividade do direito pois, quando o juiz decide um novo direito, que não poderia ser extraído das sentenças anteriores, ele está criando um novo direito que, sequer, existia ao tempo do fato jurídico, portanto inaplicável. Finalmente, o autor questiona o fato de o povo não poder controlar a produção do direito por parte dos juízes, enquanto no direito fruto do parlamento ele é fruto da vontade do povo através de seus representantes legítimos.

Partindo dessas críticas, Bentham propôs inicialmente uma reforma e reorganização sistêmica do direito inglês. Do seu ponto de vista empírico e racionalista, o *common law* pecava pela assimetria descontrolada e caos gerado pelas diferentes decisões judiciais emanadas de cada região do país. Ademais, os julgamentos de “casos” jamais permitiriam obter uma ética objetiva e geral.

Como nesse primeiro momento seu embate teórico ocorreu com Blackstone, que era a autoridade máxima no estudo do direito inglês à época, deu-se por vencido quanto às críticas ao *common law* (BOBBIO, 2006, p. 95), pelo que desenvolveu uma nova proposta. Percebendo que a sociedade inglesa não abriria mão do *common law*, Bentham propôs, então, a elaboração de um digesto, contendo uma exposição sintética e sistematizada dos princípios balizadores do direito inglês.

Não satisfeito, e firme no propósito de organizar o direito inglês, o autor conclui sua teoria do direito propondo uma reforma radical, mediante total codificação do direito inglês, dividindo-o em três vertentes, civil, penal e constitucional. Segundo essa proposta, os códigos deveriam cumprir quatro requisitos: a) utilidade, deve seguir a lógica utilitarista da maior felicidade para o maior número; b) completude, deve englobar todas as possibilidades sociais, evitando a produção do direito pelo judiciário; c) cognoscibilidade, será redigido em termos claros e específicos, para que seja de fácil compreensão de todo cidadão; por último a d) justificabilidade, deverá conter uma motivação indicadora de sua finalidade (BOBBIO, 2006, p. 100).

Da simples observação do direito inglês atual é possível concluir que suas ideias não tiveram êxito naquele país. Mas seus estudos foram de grande valia para outras nações, especialmente a proposta de codificação constitucional, na qual se inspiraram as constituições democrático-liberais do século XIX.

Ocorre que, a teoria desenvolvida por Bentham não ficou estagnada, ao longo e após os anos de sua produção acadêmica alguns estudiosos do direito também desenvolveram suas próprias teorias a partir dos conhecimentos daquele autor, dentre eles John Austin.

Não é por acaso que Austin será o último autor a receber destaque nessa parte histórica do estudo do positivismo jurídico e as fontes do direito, isso porque sua produção acadêmica surgiu cronologicamente posterior a Bentham, às codificações napoleônicas e ao historicismo alemão, nos idos de 1832. Mais importante ainda, ele representa, num contexto doméstico e internacional um ponto de equilíbrio entre o positivismo jurídico puro, a escola histórica alemã e o utilitarismo inglês (BOBBIO, 2006, p. 101).

Apesar de emergir da visão utilitarista, tão defendida por Bentham, Austin enxergava e propunha um direito inglês diferente de seu predecessor. Para ele, no estudo do direito, dever-se-ia distingui-lo em jurisprudência e ciência da legislação, sendo a primeira distinção responsável pelo estudo do direito vigente tal como efetivamente aplicado e a segunda vertente seria a responsável pelo estudo do que deveria ser o direito. Em síntese, o direito jurisprudencial seria o direito prático e a ciência legislativa o direito teórico.

Enquanto Bentham dedicou seus esforços ao estudo da ciência da legislação, Austin preferiu abordar a jurisprudência, a qual ele subdividia em geral e particular. Essa última, dizia respeito ao estudo da prática de um ordenamento jurídico particular, enquanto a primeira estudava noções, princípios e conceitos comuns a quaisquer ordenamentos do direito positivo possíveis. Seu maior interesse era pela jurisprudência geral, também chamada por ele de filosofia do direito positivo (BOBBIO, 2006, p. 102).

Sendo esse foco geral e filosófico o adotado, Austin parte de algumas premissas para o desenvolvimento de sua teoria. Segundo os estudos desenvolvidos por Ross (2007) a cerca dessa teoria, Austin enxerga qualquer comunidade como um aglomerado ordenado de indivíduos subdivididos em dois grupos, o pequeno grupo dotado de poder supremo, denominados “*the rulers*”, cujas ordens e designações se convertem em direito; e um outro grupo amplo e indeterminado, “*the ruled*”, que em sua maioria acatam as ordens e se submetem ao direito proposto.

Nesse sentido, extrai-se da teoria austiniana que direito são as ordens emitidas pelo poder soberano, tangível na figura de indivíduos a quem se reconhece esse poder. É esse o grande mérito conferido a Austin no que diz respeito à teorização das fontes do direito sob a perspectiva positivista (ROSS, 2007, p. 144). Ele reconhece a fonte do direito positivo como o poder soberano, que nas sociedades ocidentais sempre culmina em uma figura do Estado. “Austin desenvolve a doutrina das fontes do direito da seguinte maneira: uma vez que, em

última análise, todas as normas legais são ordens do soberano, esta é a única fonte de direito” (ROSS, 2007, p. 145, tradução própria)<sup>5</sup>.

Antes de aprofundar no direito e suas fontes, Austin chama a atenção para a diferenciação entre direito positivo e moral positiva (BOBBIO, 2006, p. 107). Essa segunda se diferencia do primeiro, já conceituado, pelo fato de que é posta pelos sujeitos da sociedade à própria sociedade, na forma de regras de convivência, sem qualquer interferência do soberano em sua criação. São os chamados costumes sociais. Outra forma de moral positiva são as regras familiares, existe relação de superioridade entre pais e filhos, sendo os comandos daquele respeitados por esses. Ocorre que a ausência do elemento “soberania” não permite que tais comandos sejam elevados ao nível de direito.

Para Austin, a fonte de uma norma, uma ordem, um direito, é o seu emissor e sua formalidade. Assim para se estabelecer uma fonte é imperativo que se delimite a norma, direito, com critérios que permitam distinguir seu emissor e forma de origem.

[A]o esclarecer qual é a fonte formal do direito - por exemplo, o soberano como emissor de ordens -, ao mesmo tempo, também está sendo estabelecido o conteúdo do direito, a saber: as ordens soberanas, vez que não pode existir forma sem conteúdo. Por outro lado, é impossível questionar a origem do conteúdo do direito, se se ignorar sua forma ou autoridade. Pois, prescindindo dessa forma, o conteúdo como não pode ser identificado como direito (ROSS, 2007, p. 145, tradução própria).<sup>6</sup>

Portanto, Austin desenvolveu sua teoria das fontes de direito da seguinte forma. Considerando que todas as normas jurídicas são resultadas de ordens do soberano, essa é a única fonte do direito. Ocorre que nem todas as normas emanam diretamente do soberano, podendo ser elas gerados de forma mediata (ROSS, 2007, p. 146). É o caso das portarias criadas por agências reguladoras ou regimentos internos de tribunais no Brasil. Em tese, somente o congresso (soberano) pode criar novas regras, mas foi delegado a esses órgãos supracitados o poder de estabelecer normas específicas em nome do Estado.

Além disso, o autor ainda enxerga que o direito em si pode surgir de forma direta e de forma indireta, advindo de uma aplicação oblíqua, como nos casos de analogia julgadora (ROSS, 2007, p. 146). Fato é que, com essa caracterização, Austin enxergou a possibilidade de quatro formas distintas de se originar o direito e, além disso, foi pioneiro em classificar as

<sup>5</sup> Tradução própria do original: “Austin desarrolla la doctrina de las fuentes del derecho del modo siguiente: dado que, en último término, todas las normas jurídicas son órdenes del soberano, éste es la única fuente del derecho.”

<sup>6</sup> Tradução própria do original: “[...] al señalar cuál es la fuente formal del derecho – por ejemplo, el soberano como emisor de órdenes –, al mismo tiempo se está estableciendo también cuál es el contenido del derecho, a saber: *lo que* ordene el soberano, toda vez que no puede existir forma sin contenido. A la inversa, es imposible preguntar por la fuente del contenido del derecho, si se prescinde de su forma o autoridad. Pues, prescindiendo de esta forma, el contenido como tal no puede ser identificado como derecho.”

origens do direito, que futuramente vieram a se desenvolver em classificações doutrinárias das fontes do direito.

A partir do arranjo dessas duas distinções, direito emanado de forma mediata ou imediata e direito originado direta ou indiretamente, é possível distinguir quatro grupos de origem: 1) direito imediatamente emanado e diretamente originado, o caso das casas legislativas; 2) direito imediatamente emanado e indiretamente originado, o caso raro nos tempos atuais, seria o caso da figura do rei, em poder centralizador, na posição de julgador, utilizando-se de analogia na lei para prolatar uma decisão; 3) direito mediatemente estabelecido e diretamente originado, o já citado caso dos regimentos internos dos tribunais, em que se delega a produção de normas específicas; e, por último, 4) direito mediatemente estabelecido e indiretamente originado, ou seja, o direito que surge das decisões judiciais e dos tribunais a partir das particularidades dos casos apresentados (ROSS, 2007, p. 146 - 147).

Como se vê, a teoria austiniana das fontes do direito preserva sempre a visão legal positivista, pois independente da forma como se origina o direito, sempre haverá a figura do Estado, através do soberano, avalizando o direito criado. É interessante observar que Austin, nessa classificação da origem do direito, abarca também as fontes clássicas do direito, já discutidas nos tópicos anteriores, como o costume, a razão, a prática jurídica, a jurisprudência, a natureza das coisas e etc. Isso porque todos se enquadrariam na quarta classe descrita, quando o direito é mediatemente estabelecido e indiretamente originado.

Fato é que o desenvolvimento da teoria austiniana foi decisivo para a teoria inglesa posterior e influenciou muito o estudo das fontes do direito positivo (ROSS, 2007, p. 151). Primeiramente por ter desenvolvido uma base teórica que permitiu a análise da realidade jurídica de forma pura, sem que a confusão de conceitos éticos e de moralidade positiva interferissem. Ademais, ao estabelecer a possibilidade de criação do direito de forma mediata e indireta, ele eliminou a ideia ainda existente de que o juiz não produz direito, apenas aplica o direito pré-existente. Por último, essa visão sistematizada nas fontes do direito possibilitou a estruturação doutrinária para o seu estudo, tornando mais fácil a visualização das diversas fontes do direito.

### **1.3. As Fontes do Direito e Suas Classificações**

Iniciou-se o estudo deste capítulo com a conceituação superficial do que seriam fontes do direito. A partir da análise histórica, foi possível extrair que as fontes do direito não são simplesmente elementos que dão origem ao direito. Uma vez desenvolvida toda retrospectiva

anterior, mostra-se completo e inteligível o conceito trazido por Aftalión, Vilanova e Raffo (1999, p. 571, tradução própria):

[...] devemos considerar as fontes como os fatos a que são reconhecidos, em um grupo ou comunidade base jurídica, a virtude de introduzir (ou subtrair) normas e, além disso, políticas, princípios ou avaliações que são utilizados pelos mesmos membros da comunidade ou pelos órgãos estabelecidos para isso (juízes e tribunais) para determinar o significado do comportamento de seus membros e os comportamentos a serem observados, inclusive no casos de controvérsia.[...] entendemos que são fontes do direito aqueles fatos aos quais se reconhecem a aptidão para produzir modificações no ordenamento jurídico.<sup>7</sup>

Além da compreensão mais completa do conceito de fontes do direito, o estudo desenvolvido até o momento permitiu observar que o modelo jus positivista adotado pelos estados modernos ocidentais é baseado no princípio da prevalência de uma determinada fonte do direito sobre as demais, que é a lei. Ocorre que, também pôde-se constatar que existem outras fontes do direito que devem ser consideradas, segundo suas formas, origens e modelos de direito adotados pelos Estados.

Para facilitar o entendimento dessa enorme variedade de fontes e suas respectivas qualidades, são adotadas diversas classificações segundo critérios específicos, que visam sistematizar o seu estudo. É oportuno observar que são inúmeros os critérios metodológicos de classificação das fontes do direito, assim, o presente capítulo terá sua conclusão com a breve análise das classificações mais usuais e recorrentes, segundo a visão teórica do direito positivo e posteriormente relacionadas ao direito brasileiro.

Conforme visto anteriormente, até que o direito positivo se desenvolvesse nos moldes atuais, eram diversas e subjetivas as fontes do direito. Tal cenário propiciava a inclusão de conceitos éticos, morais e religiosos no rol das fontes do direito. Fato é que, independente da outorga de status legal conferida pelo Estado, alguns desses conceitos influenciam na criação do direito, mesmo não tendo força de lei.

Diante dessa pluralidade de causas ou origens do direito, a doutrina trata de forma mais precisa o tema, desenvolvendo a distinção metodológica entre fontes formais e fontes materiais (AFTALIÓN, VILANOVA e RAFFO, 1999, p. 561-562).

Nesse contexto, as fontes materiais são todos os fatos/elementos sociais que influenciam na determinação do conteúdo concreto da norma jurídica (MONTORO, 1997, p. 323). São

---

<sup>7</sup> Tradução própria do original: “[...] debemos considerar a las fuentes como aquellos hechos a los que se les reconoce, en un grupo o comunidade jurídica, la virtud de introducir (o sustraer) normas y, complementariamente, políticas, principios o valoraciones que son utilizados por los mismos miembros de la comunidad o por los órganos establecidos para ello (jueces y tribunales) a fin de detenninar el sentido de las conductas de sus miembros y los comportamientos que deben observarse, inclusive en los casos de controversia.[...] entendemos que son fuentes del Derecho aquellos hechos a los que se les reconoce la aptitud de producir modificaciones en el ordenamiento jurídico.”



exemplos de fontes materiais as causas sociológicas, como convicções religiosas e ideologias político partidárias, princípios econômicos como a justiça social, etc. Ocorre que esses elementos não têm, *per si*, a força de direito, pois falta a formalidade imposta pelas fontes formais para que se tornem direitos positivos e reconhecidos pela coletividade.

Miguel Reale (2002), por excessiva cautela talvez, julga inconveniente o termo fonte material, por entender que essas ditas “fontes” não teriam relação com a produção das normas e, conseqüentemente, do direito.

Como se vê, o que se costuma indicar com a expressão “fonte material” não é outra coisa senão o estudo filosófico ou sociológico dos motivos éticos ou dos fatos econômicos que condicionam o aparecimento e as transformações das regras do direito. Fácil é perceber que se trata do problema do fundamento ético ou do fundamento social das normas jurídicas, situando-se, por conseguinte, fora do campo da Ciência do Direito. Melhor é, por conseguinte, que se dê ao termo fonte do direito uma única acepção, circunscrita ao campo do Direito (REALE, 2002, p. 140).

Esse estudo ousa discordar do posicionamento de Reale, na medida em que a didática da classificação em direito formal e material expõe com clareza os inúmeros fatores que influenciam na criação do direito praticado no dia a dia, permitindo ao operador do direito não só enxergar o direito positivado, mas toda a carga cultural e sociológica que possibilitou seu surgimento. É nesse contexto que as decisões judiciais, normas e políticas de Estado estrangeiros se apresentam como fontes materiais do direito, na forma de direito comparado.

Nos próximos capítulos, quando serão bordados os aspectos e metodologias da decisão judicial, será possível perceber que essa consciência ampla do direito pode influenciar sobremaneira essas decisões.

As fontes formais, por sua vez, são fatos, atos e procedimentos aos quais se atribuem o poder de criar normas jurídicas e direitos reconhecidos imediatamente por toda a coletividade. A doutrina majoritária dita que são fontes formais do direito a Lei, o Costume e a Jurisprudência (TORRÉ, 2003, p. 315). Existem, ainda, os estudiosos que defendem que a Doutrina e os contratos particulares também são fontes formais.

Há, ainda, o debate acadêmico quanto à inclusão da Doutrina como fonte formal do direito, pelo fato de não ser ela submetida à formalização estatal reconhecida pela coletividade. Ademais, a Doutrina é fruto de estudos teóricos, sem qualquer caráter de produção de direito, restringindo-se às delimitações teóricas de cada autor. Há que se destacar, no entanto, que independente de sua classificação como fonte formal ou material, a Doutrina é reconhecida como fonte do direito, independente de sua classificação nesse nicho.

No que diz respeito aos contratos particulares, por afinidade teórica e por ter importância mínima neste estudo, o trabalho adotará o entendimento trazido por Torr  (2003, p. 317) de que se trata de uma fonte formal do direito resultante da lei.

Ainda no contexto das fontes formais, essas podem ser subdivididas em outras três categorias: 1) Fontes Estatais, que seriam representadas pelas leis, decretos e medidas provisórias, no caso brasileiro; 2) Fontes Infra estatais: costume, contratos coletivos de trabalho, jurisprudência e doutrina; e por último 3) Fontes Supra estatais: tratados internacionais, princípios gerais de direito e costumes internacionais.

Muito semelhante   classifica o entre fontes materiais e formais, a distin o entre fontes diretas e indiretas analisa a fonte do direito segundo a capacidade de produzir normas imediatamente aceitas pela sociedade. Essa classifica o também recebe as denomina es de fontes imediatas x mediatas ou primárias x secundárias.

Segundo as vertentes positivistas mais conservadoras, a lei   a única fonte direta do direito, somente ela tem a capacidade de gerar o direito de forma instantânea com amplo reflexo em toda a sociedade.

Além da lei, algumas vertentes da teoria positivista das fontes do direito enxergam os Costumes como fonte direta do direito. Nas sociedades modernas e globalizadas   difícil de se perceber os costumes como fonte direta, mas sociedades mais antigas, até mesmo isoladas, a norma jurídica não escrita e o respeito contínuo a regras de convivência subjetivas têm força de direito, sendo possível afirmar que os costumes são fontes direta do direito.

As fontes indiretas, por outro lado, são aquelas que não tem o poder de cria o imediata do direito, elas têm o poder de gerar ou influenciar no surgimento de direitos, mas não por força própria. Há de se observar que, em que pese a grande semelhança com o conceito de fonte material, as fontes indiretas também abarcam a doutrina e a jurisprudência, que são fontes formais.

Ocorre que essas duas fontes não produzem o direito instantaneamente, segundo suas próprias vontades. Como já dito, a Doutrina tem capacidade de influenciar e fundamentar a cria o de direitos, mas não   a origem e nem se submete ao processo de gera o do direito. Ademais, grande parte de sua influência no direito se d  a partir da interpreta o científica das leis. A jurisprudência, por sua vez, em que pese ser criadora de direito, não tem a iniciativa de produ o instantânea de direitos, ela cria o direito a partir da contextualiza o das leis e das fontes materiais já citadas.

#### 1.4. As Fontes formais em espécie e o Direito Brasileiro

Extrai-se do art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942) que “[Q]uando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Desse excerto é possível extrair três conclusões acerca do direito brasileiro:

1. o Brasil adota a Lei como fonte maior e principal do Direito;
2. é reconhecida a decisão judicial (sentença/jurisprudência) como geradora de direito;
3. a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito são também fontes formais do Direito brasileiro, vez que são assim reconhecidos pela fonte maior, a Lei.

Diante disso, necessário se faz um breve estudo conceitual de cada uma dessas fontes formais, no contexto geral do direito positivo e do direito brasileiro.

##### 1.4.1. A Lei

A lei, nas palavras de Del Vecchio (1972, p. 140), “[...] é o pensamento jurídico deliberado e consciente, formulado por órgãos especiais, que representam a vontade predominante de uma sociedade”. Corroborando com essa definição, Venosa (2006, p. 11) afirma que é uma “[...] regra geral de Direito, abstrata e permanente, dotada de sanção, expressa pela vontade de autoridade competente, de cunho obrigatório e forma escrita”.

De forma mais ampla, Torr  (2003, p. 325) afirma que no meio jurídico se utiliza o termo lei de três formas conceituais distintas e complementares entre si. A primeira tem sentido restrito, que são as normas emanadas pelo poder legislativo com caráter legal; a segunda em sentido amplo, que   toda norma jurídica escrita, instituída de forma deliberada e consciente por órgãos com capacidade legislativa; por último em sentido amplíssimo, que diz respeito a toda norma jurídica estabelecida de forma deliberada e consciente, mas sem a origem formal legislativa. Esse último caso diz respeito   jurisprudência, que tem força semelhante   da lei, mas não se positivou na forma de um comando legislativo.

Apresenta-se a conceitua o de Torr  com o objetivo de expor a amplitude de utiliza o do termo Lei. Alguns autores aplicam como sin nimo de norma, mas são vários os cenários em que essa palavra pode ser utilizada, da forma mais restrita   mais ampla. Utiliza-se *lei* para fazer oposi o a costume, no sentido de direito legislado em oposi o ao consuetudinário, direito escrito e não escrito. Acredita-se que este comportamento vem desde o direito romano, que distinguia *jus scriptum* e *jus non scriptum* (TORR , 2003, p. 327). No presente estudo, o

conceito de lei adotado é aquele adotado por Del Vecchio e Venosa, que se amoldam aos sentidos restrito e amplo de Torr .

Estabelecida a delimita o conceitual,   importante analisar algumas características que compõem o conceito dessa fonte do direito.

A lei deve necessariamente emanar de um órgão competente. No Brasil, em regra, cabe ao Poder Legislativo a iniciativa de cria o das leis. Mas há de se destacar que o Poder Executivo, a depender do nível federal, estadual ou municipal, possui competência para legislar, através das figuras da Lei Delegada, Medidas Provisórias, Decretos Regulamentares.

Além de emanar de um órgão competente, a lei possui caráter público e amplo. Assim, no Brasil, uma vez superado todo o processo legislativo e criada a lei, deve ela ser imediatamente publicada, de modo que ninguém poderá descumpri-la sob o pretexto de seu desconhecimento. O caráter amplo, diz respeito   não limita o de sua abrangência, devendo a lei surtir efeitos em rela o a todos os membros da sociedade. Destaque-se que   permitida a produ o legislativa focada em uma coletividade ou categoria específica, mas não em rela o ao indivíduo isoladamente.

Outras características indispensáveis   lei são o caráter permanente, enquanto a lei estiver vigente ela terá validade;   dotada de san o, quem descumpre o dever jurídico terá consequências; obrigatoriedade e, por último, a forma escrita, que proporciona segurança e conhecimento   sociedade a qualquer momento.

#### 1.4.2. O Costume

O costume  , por defini o simples, a reitera o de uma conduta diante de um mesmo cenário. Nas palavras de Venosa (2006, p. 42)   o “uso reiterado de uma conduta”. Portanto, no que diz respeito a esse comportamento como fonte do direito, o uso reiterado de uma conduta diante de uma mesma situa o pode ser aceito como regra geral, como se lei fosse, dependendo da necessidade jurídica da sociedade (GENTIL, 2008, p. 38).

Aftalión, Vilanova e Raffo (1999, p. 631) afirmam que o costume, como fonte do direito,   composto por dois elementos: 1) material, que   a prática reiterada por um tempo prolongado e 2) espirital/subjetivo, o convencimento coletivo que aquela conduta repetida   o paradigma social juridicamente obrigatório. Se comparado com a lei, os autores ainda (1999, p. 631) diferenciam o costume pelo fato de ser dado implicitamente, ele surge de uma série de atos e de autoria an nima, vez que emana espontaneamente da coletividade.

Considerando que a Lei     fonte primária do direito brasileiro, pode-se afirmar que o costume se comporta de três formas distintas nesse sistema quando adotado como fonte do

direito (GENTIL, 2008, p. 38): 1) *Praeter legem*: que é a aplicação do costume na ausência da lei ou na sua omissão; 2) *Secundum legem*: é quando a própria lei admite a eficácia jurídica de um determinado costume; e 3) *Contra legem*: quando o costume contraria o dispositivo legal, tanto por desuso da lei quanto pela criação de uma regra mais forte socialmente aceita. Apesar de menos comum, um exemplo desse último foi a ação anulatória por defloração anterior da mulher, que tinha previsão legal no art. 178, §1º do Código Civil de 1916 mas, mesmo antes de sua revogação e da Constituição de 1988, já estava em total desuso.

#### 1.4.3. Os Princípios Gerais do Direito

Trata-se da mais etérea fonte do direito brasileiro. Venosa (2006, p. 24) afirma ser uma tarefa ingrata aos estudiosos e operadores do direito definir o que são os princípios gerais do direito, por entender que sem uma abordagem filosófica é impossível obter tal conceituação. Esses princípios são “uma orientação geral do pensamento jurídico” (VENOSA, 2006, p. 50)

Os princípios gerais do direito são, talvez, o resquício do jus naturalismo no sistema positivista brasileiro, pois seria buscar nas origens subjetivas e não narradas do direito a solução mais justa e razoável. É demandado um grau elevado de subjetivismo do operador do direito para que se obtenha um princípio geral do direito, que pode surgir de forma expressa ou decorrente de uma interpretação lógica da norma jurídica.

#### 1.4.4. A Analogia

No contexto brasileiro, a analogia é utilizada frequentemente como uma forma de substituição de dispositivos legais para situações objetivamente semelhantes. Venosa (2006, p. 49) define essa fonte como um “processo de raciocínio lógico pelo qual o juiz estende um preceito legal a casos não diretamente compreendidos na descrição legal”.

Gentil (2008, p. 40) destaca dois cenários distintos em que a analogia se aplica ao direito brasileiro. Primeiramente a analogia legal, que é quando não existe dispositivo legal aplicável ao caso, mas é possível a aplicação análoga de outro dispositivo legal semelhante existente. A outra possibilidade é quando não existe lei aplicável e o operador do direito tem que recorrer a uma análise profunda e complexa, suscitando outros elementos formadores de normas para a apreciação do caso concreto e a declaração do direito.

#### 1.4.5. A Jurisprudência

A jurisprudência é comumente definida como o conjunto de decisões proferida por um determinado órgão julgador. Abelardo Torré (2003) prefere discernir o conceito de jurisprudência em dois significados, um amplo e um restrito. O primeiro ele define como “o conjunto de todas as sentenças proferidas pelos órgãos jurisdicionais do Estado” (TORRÉ, 2003, p. 368). A segunda definição, está contida na primeira, por isso é também mais restrita ao conceituar como sendo “o conjunto de sentenças, com orientação uniforme, proferidas por órgãos jurisdicionais do Estado, para solucionar casos semelhantes” (TORRÉ, 2003, p. 368)

Explica-se a indicação da jurisprudência como fonte formal do direito pelo fato de que a decisão judicial não é merma dedução silogística, mas uma atividade criadora. Se a decisão viesse sempre de uma lógica exata, pragmática, as soluções tenderiam a ser sempre as mesmas (TORRÉ, 2003, p. 374). É daí que surge a ideia de jurisprudência como criadora de direito ou fonte do direito. A reiteração de decisões heterogeneamente fundamentadas, em um mesmo sentido, diante de cenários semelhantes, indica em qual direção o judiciário e a sociedade entendem existir o Direito.

#### 1.4.6. A Doutrina

Entende-se por doutrina o conjunto de teorias e estudos científicos referentes à interpretação e criação do direito positivo, para sua justa aplicação. Segundo Máñez (2002, p. 76), “[...] dá-se o nome de doutrina aos estudos de caráter científico que os juristas realizam sobre o direito, seja com o propósito puramente teórico de sistematização de seus processos, seja com a finalidade de interpretar suas normas e esclarecer suas regras de aplicação”.<sup>8</sup>

A ausência do caráter de obrigatoriedade na doutrina, bem como a liberdade de teorização e cátedra, suscita debates quanto ao seu posicionamento junto às fontes formais do direito. Nesse sentido, Miguel Reale (1994, p. 11 - 12), que, como já afirmado não reconhece a existência de fontes materiais do direito, defende que

[o] essencial, porém, é ter presente que, sem poder de decidir, não se pode falar em fonte do direito, motivo pelo qual, como explico em Lições Preliminares de Direito, a doutrina, ao contrário do que sustentam alguns, não é fonte do direito, uma vez que as posições teóricas, por mais que seja a força cultural de seus expositores, não dispõem de per si do poder de obrigar. É a razão pela qual, como veremos a doutrina não gera modelos jurídicos, propriamente ditos, que são sempre prescritivos, mas sim modelos dogmáticos ou hermenêuticos, o que em nada lhe diminui a relevância, pois ela desempenha freqüentemente uma posição de vanguarda esclarecendo a

---

<sup>8</sup> Tradução própria do original: “Se da el nombre de doctrina a los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del derecho, ya sea con el propósito puramente teórico de sistematización de sus preceptos, ya con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación.”

significação dos modelos jurídicos correspondentes aos fatos e valores supervenientes.

Em contrapartida, não se pode olvidar os elementos destacados por Orlando Gomes (1997), que conferem importância inquestionável à doutrina como fonte do direito.

Pelo ensino, formam-se os magistrados e advogados, que se preparam para o exercício das profissões pelo conhecimento dos conceitos e teorias indispensáveis à compreensão dos sistemas de direito positivo. Inegável, por outro lado, a influência da obra dos juristas sobre os legisladores, que, não raro, vão buscar no ensinamento dos doutores os elementos para legislar. E, por fim, notável a sua projeção na jurisprudência, não só porque proporciona fundamentos aos julgados, como porque, através da crítica doutrinária, se modifica frequentemente a orientação dos tribunais. (GOMES, 1997, p. 64)

O que se percebe é que a classificação da doutrina como fonte formal é um equívoco, vez que não possui o caráter formal, estatal e obrigatório dessas fontes. Por outro lado, a sua classificação como fonte material, minimiza todo o seu real potencial de criação do direito, vez que se encontra desde a formação do operador do direito até na efetiva criação do Direito. Mas, independente de classificações, é incontroverso que a doutrina é efetivamente uma fonte do direito.

Como antecipado na introdução deste trabalho, para a melhor análise de seu objeto, que é a utilização de elementos estrangeiros na fundamentação das decisões do STF, através do estudo de caso da ADPF 54, é preciso compreender tanto as fontes do direito quanto a fundamentação de uma decisão jurídica no contexto social. Os conceitos e teorias abordados nessa primeira etapa do estudo, acrescidos dos pontos explorados nos capítulos seguintes, trarão anteparo suficiente para a compreensão desse objeto de estudo, bem como ferramentas para a análise do caso concreto trazido à baila. Assim, obedecendo a lógica inicialmente proposta, passa-se ao estudo da decisão judicial no próximo capítulo.

## 2. A DECISÃO JUDICIAL

A vida em sociedade demanda diariamente a convivência entre os indivíduos que a formam. Ocorre que esses mesmos indivíduos não são peças de um quebra-cabeças perfeitamente construído e estático. Eles possuem conceito, convicções e visão de mundo distintos.

Assim, cotidianamente, situações de dissenso surgem no meio social, seja por questões de discordâncias privadas ou por simples violação individual às regras de convívio estabelecidas através de leis, normas e princípios. No caso de conflito de interesses individuais, sempre existe a possibilidade de um acordo encerrar a questão.

Entretanto, havendo a violação das leis e regras de convívio em sociedade, ou quando o acordo espontâneo não é atingido nos dissensos particulares, surge a necessidade da jurisdicionalização da questão controvertida. Assim, os interessados envolvidos submetem suas pretensões a um julgador, que deverá apresentar a solução definitiva. Esse é o modelo genérico da maioria das sociedades humanas, mas, assim como os indivíduos têm suas particularidades, as sociedades também possuem, cada uma, características próprias.

Nos estados democráticos de direito<sup>9</sup>, contexto do estudo desenvolvido neste trabalho, o julgador é um órgão presumidamente neutro, que deve fundamentar a decisão prolatada, amparado nas versões e provas dos fatos apresentados por cada uma das partes envolvidas, segundo seu livre convencimento e nos termos das leis vigentes. Tem-se, assim, a decisão judicial.

Partindo do princípio de que as leis, nesse modelo democrático, são constituídas observando as liberdades e garantias fundamentais do povo, a decisão judicial não seria mera questão binária de reconhecimento de direito/não-direito? Por outro lado, o livre convencimento não seria atribuir grande poder discricionário a um órgão, o que poderia colocar

---

<sup>9</sup> “(1) Um Estado Democrático de Direito tem o seu fundamento na soberania popular; (2) A necessidade de providenciar mecanismos de apuração e de efetivação da vontade do povo nas decisões políticas fundamentais do Estado, conciliando uma democracia representativa, pluralista e livre, com uma democracia participativa efetiva; (3) É também um Estado Constitucional, ou seja, dotado de uma constituição material legítima, rígida, emanada da vontade do povo, dotada de supremacia e que vincule todos os poderes e os atos dela provenientes; (4) A existência de um órgão guardião da Constituição e dos valores fundamentais da sociedade, que tenha atuação livre e desimpedida, constitucionalmente garantida; (5) A existência de um sistema de garantia dos direitos humanos, em todas as suas expressões; (6) Realização da democracia – além da política – social, econômica e cultural, com a conseqüente promoção da justiça social; (7) Observância do princípio da igualdade; (8) A existência de órgãos judiciais, livres e independentes, para a solução dos conflitos entre a sociedade, entre os indivíduos e destes com o Estado; (9) A observância do princípio da legalidade, sendo a lei formada pela legítima vontade popular e informada pelos princípios da justiça; (10) A observância do princípio da segurança jurídica, controlando-se os excessos de produção normativa, propiciando, assim, a previsibilidade jurídica.” (SILVA, 2005, p. 228-229)



em risco a soberania popular? Seria a fundamentação da decisão o elemento equacionador dessas duas problemáticas?

O presente capítulo buscará, a partir dos estudos desenvolvidos por Jürgen Habermas e Niklas Luhmann, entender o fenômeno social da “decisão judicial” para ao final poder identificar a importância da “fundamentação” da decisão para a sua validade.

## **2.1. A decisão judicial segundo Habermas**

Ao desenvolver seu estudo sociológico, Habermas (1990, 1992, 1997, 1999) sustentou-se no modelo paradigmático em que a sociedade é composta do mundo da vida e de sistemas sociais fechados.

Partindo desse modelo paradigmático, o mundo da vida é o pano de fundo para todas as interações linguísticas, ancorado no tripé cultura, sociedade e personalidade. “[...] esses processos de reprodução cultural, integração social e socialização correspondem aos componentes estruturais do mundo da vida que são a cultura, a sociedade e a personalidade”<sup>10</sup> (HABERMAS, 1992, p. 196). No mundo da vida, as interações humanas são manifestações de fala entre indivíduos que buscam o entendimento comum sobre algo no mundo, para chegar a um acordo racionalmente motivado. A essa interação Habermas (1990, p. 71) denomina “agir comunicativo”.

Mas Habermas não enxerga o mundo como um mecanismo de engrenagens perfeitas, em que o movimento de conciliação de interesses sempre prevalecerá através do agir comunicativo. Existem momentos em que os indivíduos atuam em busca de suplantarem o interesse alheio e desconsiderar qualquer possibilidade de acordos mútuos, utilizando estrategicamente a comunicação, atitude denominada de “agir estratégico” (HABERMAS, 1990, p. 71). A ação estratégica é melhor percebida no âmbito dos sistemas.

O conceito de sistemas limita-se à economia e ao poder administrativo (Estado), o Direito é um nível reflexivo de reprodução simbólica do mundo da vida (NEVES, 2006, p. 74). O Direito poderia ser confundido com um sistema, vez que tem um caráter balizador de procedimentos, mas ele parte da utilização da linguagem na arena pública objetivando a integração. Nos sistemas, ao contrário do mundo real e do Direito, a linguagem não possui o cunho integrador social, é mera ferramenta objetiva para se atingir um fim específico, dinheiro

---

<sup>10</sup> Tradução própria do original: “estos procesos de reproducción cultural, integración social y socialización corresponden los componentes estructurales del mundo de la vida que son la cultura, la sociedad y la personalidad”

(Economia) e poder (Estado) (MIRANDA, 2009, p. 109), portanto, nos sistemas predomina o agir estratégico.

Conforme já afirmado, Habermas não pressupõe que as interações entre os indivíduos sempre se encerrarão com o consenso ou respeito dos interesses mútuos. E em tempos de meios de comunicação instantâneos, globalização avançada e a evidente pluralidade social mundial, é tarefa rara e árdua o denominador comum. É em momentos de dissenso que o Direito exerce o papel de integrador social, mediando conflitos e estabilizando expectativas. Ele viabiliza a ação comunicativa e reprime ações estratégicas (SIMIONI e BAHIA, 2009, p. 66).

Há de se destacar, no entanto, que o Direito tem esse poder de coerção porque emanou previamente dos próprios indivíduos membros da sociedade. O meio político, composto de membros da coletividade (e indicados por ela), promove o debate público de livre argumentação, no processo de criação das Leis e é isso que as legitima, conferindo validade ao caráter coercitivo do Direito. Assim, segundo Habermas (1997, p. 172), o Direito não é capaz de impor seu sentido normativo por si próprio ou por um valor moral prévio, o procedimento legítimo instaurador é o que o garante.

A lógica da produção do direito analisada por Habermas (1997) é coerente com a teoria até agora apresentada. As Leis surgem de um processo argumentativo comunicativo, de indivíduos membros da coletividade, buscando estabelecer o mútuo entendimento na criação de regras de convivência. São normas produzidas pelos destinatários, para os destinatários.

A partir do que se apresentou até agora da dinâmica social habermasiana, poder-se-ia concluir que, se o Direito emanado dos indivíduos tem poder controlador de expectativas, os próprios indivíduos estão aptos a se auto regularem através da ação comunicativa. Nos casos em que o indivíduo agisse de forma estratégica, violando ou instrumentalizando as normas estabelecidas, o próprio Direito, com seu poder coercitivo, cuidaria de pacificar o dissenso, num processo de racionalização objetiva.

Em um mundo ideal, desprovido da subjetividade humana, talvez isso pudesse acontecer. O fato é que Habermas, a partir dos episódios de Auschwitz, encara com ceticismo o poder emancipador da razão, vez que tamanho atentado contra a humanidade foi fruto de um processo de racionalização objetiva (SIMIONI e BAHIA, 2009, p. 64). Não raro, a razão objetiva confunde-se com o agir estratégico. Assim, Habermas divide a razão em “razão prática” e “razão comunicativa”, sendo a primeira dotada do conceito clássico, cartesiano, baseado no binômio direito/não direito (SIMIONI e BAHIA, 2009, p. 64-65).

A razão comunicativa parte do princípio de que as interações humanas em torno das coisas do mundo se dão de forma intersubjetiva, emanando de possibilidades contra fáticas

equânimes. Na razão comunicativa vigora o entendimento de que um indivíduo e o outro são iguais portadores dos mesmos direitos (SIMIONI e BAHIA, 2009, p. 65). Em outras palavras, a razão comunicativa é o desdobramento, para não dizer sinônimo, do agir comunicativo.

Pois bem, apresentados os conceitos acima, passa-se agora a delimitar a decisão jurídica segundo Jürgen Habermas.

Como já identificado anteriormente, dada a pluralidade social, o avanço da globalização e a velocidade das relações linguísticas, a obtenção de acordos e entendimentos mútuos é tarefa cada vez mais complicada, vez que quanto mais complexa a sociedade, maior e mais complexa é a quantidade de expectativas em torno de um mesmo fato do mundo da vida.

Diante disso, buscando superar a instrumentalização de argumentos e o agir estratégico, os dissensos são apresentados às instituições do sistema do direito para que a solução pacificadora seja produzida (decisão judicial). É pertinente reiterar que essas instituições, assim como as leis que as criaram e delimitam o processo decisório, são resultado da própria vontade da sociedade e por isso seu poder decisório tem o caráter definitivo. Pois todos os envolvidos no dissenso já têm a concordância prévia e a expectativa de que o sistema de direito, através do órgão julgador, deverá apresentar a solução definitiva, independente das expectativas individuais da matéria discutida.

Portanto, no paradigma habermasiano, em cenários de dissenso sem perspectiva de solução pelo próprio contexto do mundo da vida, a ação comunicativa é transferida para outro nível de discussão, onde ela se transforma em argumentação. “Chamo argumentação todo tipo de discurso em que os participantes tematizam as pretensões de validade em que pairam dúvidas e tratam de explicá-las ou recusá-las por meio de argumentos”<sup>11</sup> (HABERMAS, 1999, p. 37).

Assim, em vez da evolução do dissenso em ação estratégica, o agir comunicativo espontâneo é imerso em uma praça pública, delimitada pelo sistema do direito (procedimento), que é reprodução simbólica do mundo da vida (NEVES, 2006, p. 74), onde “a argumentação é o caminho para a elucidação de pretensões de validade controvertidas, sendo que os sujeitos falantes e agentes podem ter seu comportamento avaliado racionalmente (prática e comunicativa)” (CAVALCANTE, 2001, p. 250). Destaque-se que, se antes o Direito tinha o caráter gerador de expectativas amplo, com a jurisdicionalização do dissenso ele passa a ter um caráter fundamentador da delimitação das expectativas. Durão (2009, p. 133), interpretando Habermas, expõe:

---

<sup>11</sup> Tradução própria do original: “Llamo argumentación al tipo de habla en que los participantes tematizan las pretensiones de validez que se han vuelto dudosas y tratan de desenpeñarlas o de recusarlas por medio de argumentos”

[...]há uma diferenciação de papéis entre os representantes das partes litigantes, que oferecem distintas perspectivas sobre os fatos, assim como sobre sua interpretação, perante o juiz que, por outro lado, assume a função de representante imparcial da comunidade jurídica e precisa justificar a sentença ante um espaço público jurídico composto por membros da magistratura, profissionais do direito e cidadãos em geral, enquanto membros da comunidade aberta dos intérpretes da constituição.

A decisão judicial é, então, resultado do contraditório estabelecido entre os interessados protagonistas do dissenso, em que todos apresentam seus argumentos, pretensões e expectativas perante um órgão julgador neutro, que foi legitimado pelas próprias partes e pela coletividade a proferir decisões.

Entretanto, não é razoável esperar que a mera assunção de que a legitimidade do julgador, emanada do próprio povo por força de lei, seja suficiente para apaziguar o dissenso. A decisão judicial se baseia em razão comunicativa, o que significa dizer que ela será amparada nas Leis previamente estabelecidas e na fundamentação contextualizada no mundo da vida. “[A] decisão que tem de justificar-se por meio de argumentos que diminuem o grau de surpresa da deliberação ou da sentença”, segundo a leitura de Habermas feita por Durão (2009, p. 128).

Assim, fundamentação da decisão se mostra importante, nesse modelo paradigmático, vez que está incluída no mundo da vida. E, como citado anteriormente, o mundo da vida está ancorado no tripé cultura, sociedade e personalidade; e o que é a decisão judicial, senão, uma conformação racional argumentativa da sociedade, limitada por elementos normativos da própria sociedade? Portanto, a decisão judicial, além de apaziguar expectativas, independente de atendê-las ou não, tem o condão de estruturar/reformar o mundo da vida e suas expectativas, daí a imprescindibilidade da sua integral fundamentação.

## **2.2. A teoria dos sistemas sociais e a decisão jurídica segundo Niklas Luhmann**

Contemporâneo de Jürgen Habermas, Niklas Luhmann tem uma visão diferente da sociedade e, conseqüentemente, da decisão judicial. Luhmann (1980, 1983, 1995, 2004, 2007) sustentou-se no modelo paradigmático do sistema-ambiente. Para ele, a sociedade é um complexo de sistemas comunicativos diferenciados, que se ordenam de acordo com o ambiente, delimitados pela clausura operativa e autopoiese<sup>12</sup> (CADEMARTORI e BAGGENSTOSS, 2011, p. 325). Segundo ele, a sociedade busca reduzir complexidades e controlar contingências relacionadas ao mundo real (LUHMANN, 1983, p. 21), sendo composta por estruturas de

---

<sup>12</sup> Característica daquele que autoproduz, autonomamente, suas estruturas e os elementos de sua composição, os quais, por sua vez, não existem fora do sistema e, ainda, são utilizados por este no estabelecimento de distinções (CADEMARTORI; DUARTE, 2009, apud CADEMARTORI e BAGGENSTOSS, 2011).

comunicação. As pessoas, protagonistas do sistema psíquico, são parte formadora do ambiente social (KUNZLER, 2004, p. 126).

Assim, cada sistema que compõe a sociedade é dotado de suas formas específicas de comunicação e racionalização, que permitem a continuidade e renovação de suas decisões e funcionamento. A título de exemplo, o sistema econômico possui seus próprios ritos e códigos de comunicação que, se aplicados ao sistema religioso, simplesmente mostrar-se-ão inócuos, pois encontram-se em ambiente e sistema operador diferentes. De outra mão, o sistema religioso não opera segundo um processo tautológico infinito, pode ele ser reformulado por suas próprias regras, elementos diferenciadores do ambiente e por conceitos trazidos de fora, desde que bem recebidos pelo próprio sistema religioso (heterorreferência).

“A capacidade de auto-observação é então, junto com sua distinção do meio envolvente e sua autonomia, o requisito elementar para a autopoiesis. [...] O sistema só pode manter seus próprios limites se é capaz de observá-lo e de reduzir [...] a distinção entre si e o ambiente” (LOPES JR., 2004, p. 23). Há de se destacar que, a inclusão de elementos externos ao sistema é válida, mas como argumento, não como referencial operativo. Trata-se de comportamento coerente com a própria teoria, vez que os demais sistemas sociais se tornam ambiente do sistema operante (NEVES, 2006, p. 95-105). E ao se transitar, como um observador externo, de um sistema de referência para outro, os diversos sentidos são reconstruídos de modo contingente, policontextual (SIMIONI e BAHIA, 2009, p. 71).

Aliás, os conceitos de acoplamento estrutural e autopoiese aplicados na teoria de Luhmann são exemplos disso. As teorias de onde se extraem esses conceitos foram trazidas dos estudos da biologia para a sociologia, num claro processo de abertura cognitiva e heterorreferência.

Assim, os sistemas são compostos de elementos específicos, de comunicação interna, que os delimitam e estruturam como sistema individuais. Tudo o que não lhe é peculiar, mas existe e interage em seu contexto, é denominado ambiente (CADEMARTORI e BAGGENSTOSS, 2011, p. 327).

Ocorre que, quanto mais complexo é um sistema, maiores são as possibilidades de interações entre os elementos formadores do ambiente, fazendo com que o sistema tenha que selecionar apenas algumas delas como pertinentes à sua operabilidade. Destaque-se que, o resultado dessa seletividade é uma maior complexidade do sistema, pois geram-se novas possibilidades de interação do ambiente (KUNZLER, 2004, p. 124-125). À medida em que a complexidade do sistema aumenta, para que ele mantenha o controle e os limites de si mesmo, diferenciam-se em subsistemas internos. Como ocorreu com o sistema do direito, que se

subdividiu em público e privado, posteriormente gerando o administrativo, penal, constitucional, etc. (KUNZLER, 2004, p. 125).

“ [A] complexidade do sistema é uma construção sua que, em hipótese alguma, pode ser considerada um mero reflexo do ambiente, pois, se assim fosse, haveria uma dissolução dos seus limites e, com isso, a morte do próprio sistema” (KUNZLER, 2004, p. 125). É nesse contexto que se percebem a clausura operativa e autopoiese do sistema. Ele mesmo é capaz de, a partir de suas próprias regras de comunicação e diferenciação, estabelecer os limites de sua complexidade e mutações.

Para os fins do estudo proposto neste capítulo, não é necessário o aprofundamento da teoria luhmanniana dos sistemas sociais, as noções acima são suficientes para que se compreenda sua visão da decisão jurídica.

No contexto da teoria dos sistemas sociais autopoieticos proposta por Luhmann (1980, 1983, 1995, 2004, 2007), dentre os vários sistemas existentes na complexidade social, encontra-se o Sistema do Direito, que é estruturado sobre o código binomial direito/não direito. Segundo esse sistema, qualquer ação humana imersa em uma sociedade pode ser classificada em direito ou não direito. Ocorre que, em uma sociedade complexa, essa simples dinâmica binomial não é suficiente para sua estabilização, vez que as ações humanas são repletas de subjetividade e não podem ser abordadas segundo um critério objetivo rígido.

Assim, o sistema onde ocorre a cognição, e razoabilização das interações sociais à luz das regras do Sistema do Direito, é o Sistema Jurídico. Sempre que um evento for observado segundo o critério de direito e não direito, estar-se-á fazendo referência ao Sistema Jurídico (SIMIONI e BAHIA, 2009, p. 71).

O Sistema do Direito é composto de toda forma normativa e principiológica da sociedade em que ele está imerso. Ciente dos conceitos anteriormente tratados, é possível enxergar que esses elementos normativos, balizadores do binômio direito/não direito, geram uma expectativa de delimitação do ambiente e, simultaneamente, dentro dos limites estabelecidos pelo próprio sistema, são passíveis de mudanças a partir de inquietações do ambiente.

O tratamento dos crimes de trânsito no Brasil é um bom exemplo do que se afirmou no parágrafo anterior. É que no Brasil, até o ano de 2008, existia a expectativa de punição para o motorista que, dirigindo sob influência de álcool, provocasse a morte de qualquer pessoa em um acidente de trânsito. Tal expectativa emergia do art. 302, V, do Código de Trânsito Brasileiro (CTB). Assim, por alguns anos o sistema do direito mantinha sua operabilidade,

estabelecendo a expectativa, e o sistema judiciário operava na aplicação da norma, mantendo o ambiente social estabilizado.

Ocorre que a sociedade é dinâmica e, dispensando-se a exposição dos motivos, os índices de mortes causadas por motoristas embriagados em acidentes de trânsito tiveram um aumento considerável, gerando a inquietação social. Aparentemente, os limites impostos pelo sistema do direito já não eram suficientes para atender a expectativa social. Diante disso, o sistema judiciário, através das decisões judiciais, iniciou um movimento de alteração das expectativas, olvidando a presunção de culpa prevista no art. 302, V, do CTB e presumindo o dolo nas atitudes do condutor do veículo, aplicando, assim, penas mais severas visando prevenir novas infrações. Por fim, em 2008, a lei 11.705, deixou de presumir a culpa, incorporando ao sistema do direito a nova expectativa normativa.

Observa-se que a desestabilização e inquietação do ambiente desencadearam a atuação do sistema jurídico, em um primeiro momento, através das decisões judiciais e, num segundo momento, do sistema político, através da alteração do texto legal que gera a expectativa estabilizadora.

Assim como no exemplo acima, no mundo prático, real, alheio a qualquer teoria acadêmica, o que se percebe corriqueiramente é que contingências são apresentadas diariamente ao judiciário para que o órgão julgador prolate uma solução “justa”, ainda que todas as partes em conflito alimentem expectativas distintas de justiça.

Traduzindo para a teoria dos sistemas, cada uma das contingências apresentadas ao judiciário se mostra como perturbação do sistema que, através do binômio direito/não direito e da repetição dos códigos internos de comunicação, são estabilizadas, reafirmando as regras do sistema e mantendo as expectativas do ambiente, “permitindo que cada ser humano possa esperar, com um mínimo de garantia, o comportamento do outro e vice-versa” (FERRAZ JR., 1980, p. 1).

Mas não se pode achar que as decisões judiciais representam um processo tautológico e que a simples reprodução jurisprudencial é suficiente para a estabilização do ambiente. Enxergá-las dessa maneira seria olvidar o conceito de autopoiese e resumir a teoria dos sistemas à simples auto referência. Na teoria dos sistemas autopoieticos, as decisões judiciais exercem influência indicativa e distintiva no sistema jurídico, realizando atualização em seu fechamento operativo, através de auto referências, e abertura cognitiva (CADEMARTORI e BAGGENSTOSS, 2011, p. 339).

No celebrado artigo “A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito”, Luhmann (2004, p. 27) afirma que “um sistema jurídico, no que

concerne à reprodução do sistema, deve estar apto a aprender, e por isso é concomitantemente um sistema fechado e aberto. “

Imbuídos da ideia de que os sistemas sociais fechados são causa e efeito de sua própria atualização, pode-se afirmar que cabe aos órgãos jurisdicionais essa função de tomada de decisão e, conseqüentemente, atualizar o sistema. Assim, as decisões são interações comunicativas do sistema, com poder imperativo e de coercibilidade que, além de corresponderem ou não, produzem novas expectativas estabilizadoras do próprio sistema.

Como já afirmado, ao apresentarem uma contingência perante o sistema judiciário, existem várias expectativas distintas e, em regra, opostas, que de alguma forma deverão voltar para o ambiente de forma pacificadas, ainda que não atendidas. Mas não é de se esperar que as pessoas aceitem os desapontamentos sem uma resposta do porquê de isso ter acontecido. “Esta resposta não é simplesmente um “procedente”, “parcialmente procedente” ou “improcedente”, mas ela precisará justificar por que determinada expectativa não foi atingida através daquele meio” (WEBBER, 2015, p. 29).

O que se observa, então, é a iminência de relação direta entre o sistema jurídico e o sistema psíquico (inerente ao ser humano). Mas Luhmann adverte que, dada à clausura operativa e a auto referência, é impossível a comunicação direta entre sistemas, a chamada dupla contingência. Em analogia simples, seria como colocar dois indivíduos de diferentes nacionalidades e falantes de línguas distintas para conversar, é um diálogo impossível.

A dupla contingência não ocorre justamente porque há sistemas funcionalmente diferenciados (Luhmann, 1984, p. 30). Em qualquer interação, a troca de informações entre sistemas (psíquicos e sociais) ocorre sempre de maneira mediada. Essa mediação, que evita o problema da dupla contingência, é operada por um acoplamento estrutural. A linguagem é a forma de dois lados que, ao processar a produção de sentido, permite acoplar as consciências empíricas (os sistemas psíquicos) à comunicação diferenciada funcionalmente (os sistemas sociais). (BACHUR, 2016, p. 7)

Assim, na iminência da dupla contingência promovida pela decisão judicial, a Constituição exerce o papel de acoplamento estrutural na relação entre o sistema judiciário e o sistema psíquico, vez que, em última instância, ambos estão submetidos a esse mesmo código de operação (BACHUR, 2016, p. 8).

O que é particularmente singular na interação que expressa essa dupla contingência, é que o sujeito, considerado individualmente, toma ciência dos fatos percebidos, mas quando diretamente inserido na interação, o comportamento do outro passa a constituir informação que pode ser utilizada para definir seu próprio comportamento. (LOPES JR., 2004, p. 12)

É nesse contexto que a fundamentação da decisão judicial se apresenta como indispensável na teoria dos sistemas, pois ela vem a ser a materialização do que o sistema



comunica ao ambiente e ao próprio sistema jurídico que, com sucesso, obterá a estabilização e as expectativas reforçadas ou inovadas. “O direito apenas tem validade (gilt) sobre o fundamento das decisões que o colocaram em vigor” (LUHMANN, 2004, p. 27). Além disso, a decisão jurídica também exercerá influência no sistema psíquico, vez que deverá amenizar as expectativas de todas as pessoas envolvidas, podendo, inclusive, gerar novas.

### **2.3. A fundamentação da decisão judicial**

O estudo desenvolvido neste capítulo propicia a percepção e o entendimento da importância que a decisão judicial tem nas sociedades complexas atuais. Não se trata de mero ato valorativo do órgão julgador buscando resolver um desentendimento entre pessoas, ou visando a punição do indivíduo que não se manteve em comportamento condizente com as leis.

Independente da forma como se enxerga a sociedade, seja ela um grande emaranhado de intersubjetividades e experiências culturais, sociais e pessoais, ou um sistema composto de inúmeros subsistemas que se comunicam através de um mediador, a decisão judicial se mostra como um ponto formador/consolidador de expectativas para a sociedade.

Nesse contexto, ambos os teóricos destacam poder deontológico ao direito, concretizado nas leis, que serve tanto como regramento para o procedimento de tomada de decisão quanto como parâmetro de expectativas amplas relativas à própria decisão (direito/não direito).

Entretanto, é oportuno observar que, além do direito, a fundamentação argumentativa das decisões mostra-se indispensável. “[P]or meio da teoria dos sistemas de Luhmann, pode-se entender que a decisão jurídica sempre constitui um ato criativo de desdobramento de paradoxos que, exatamente por esse motivo, exige graus mais sofisticados de justificação” (SIMIONI e BAHIA, 2009, p. 85).

A alegoria do décimo segundo camelo é a maior demonstração de que, para Luhmann (2004), no modelo sociedades complexas em que vivemos, a fundamentação argumentativa da decisão possui caráter indispensável, vez que, para além do que a norma cogente determina, a introdução de elementos do ambiente na tomada de decisão, em forma de argumento, tem o poder de estabelecer novas expectativas ao litigantes, pacificando o ambiente, sem que as expectativas iniciais sejam necessariamente atendidas.

A teoria habermasiana, por sua vez, ao propor o conceito de razão comunicativa, apresenta a ideia de que a visão positivista das interações linguísticas não é suficiente na construção da decisão jurídica, o julgador deve compreender “que compartilhamos formas de vida que são estruturadas (intersubjetiva e) linguisticamente” (SIMIONI e BAHIA, 2009, p. 65), suscetíveis à subjetividade interpretativa das ações individuais. Assim, a decisão bem

fundamentada tem o condão prevenir tensões advindas da aceitação dos próprios efeitos da decisão, que não necessariamente há de ressoar as pretensões de validade apresentadas no processo de julgamento.

Por fim, a decisão jurídica se desenvolve como um aprendizado tanto para os sistemas quanto para o mundo a vida, sendo a fundamentação a materialização lógica e argumentativa feita aos indivíduos diretamente envolvidos, à comunidade jurídica, aos sistemas sociais e ao mundo da vida.

### **3. AS FONTES ESTRANGEIRAS NA DECISÃO CONSTITUCIONAL E A METODOLOGIA DO DIREITO COMPARADO**

Um dos problemas inicialmente suscitados por este trabalho é: podem as experiências jurídicas estrangeiras ser fonte do direito brasileiro? Pois bem, do estudo empreendido no capítulo 1, evidenciou-se que a cultura jurídica ocidental desenvolveu o conceito de fonte do direito até o estágio em que o modelo positivista estabeleceu a distinção conceitual entre fonte formal e fonte material do direito.

Relembrando de forma sucinta, a primeira é aquela que tem origem em atos e procedimentos aos quais a coletividade de um contexto social confere poder gerador de normas jurídicas e direitos. A segunda, por sua vez, são fatos/elementos que influenciam na determinação de um conteúdo concreto da norma jurídica.

Ademais, evidenciou-se na mesma fase do estudo que a lei, a jurisprudência, os costumes e os princípios gerais do direito, são as fontes formais do direito reconhecidas pelo Brasil. Portanto, não se enquadrando as experiências jurídicas estrangeiras em nenhuma dessas quatro categorias, pode-se afirmar que elas não são fontes formais do direito brasileiro.

Mas isso não significa que elas não possam ser fontes do direito.

Ocorre que, sob a perspectiva do conceito de fonte material do direito, essas mesmas experiências estrangeiras podem ser incluídas no sistema do direito brasileiro, sob a forma de direito comparado, como uma de suas fontes, vez que, num contexto de globalização, em que os limites entre culturas são cada vez mais tênues e o entrelaçamento de sociedades torna-se evidente, é admissível que as experiências vizinhas exerçam influência e sejam comparadas às vivenciadas no Brasil.

Portanto, essas fontes estrangeiras, sob o prisma do direito comparado, podem ser fonte material do direito brasileiro, pelo fato de que têm o poder de influenciar no conteúdo de normas internas, auxiliando na compreensão normativa, mas não têm *per si* o poder de instituir direitos e deveres.

Nesse sentido o segundo capítulo permite a mesma conclusão, vez que, conforme a visão paradigmática proposta por Luhmann, a experiência estrangeira é um elemento externo ao sistema jurídico brasileiro e a inclusão de elementos externos ao sistema é válida, mas como argumento, não como referencial operativo. Ou seja, é fonte material, mas não formal.

Superado o primeiro problema proposto, já é possível, também, enfrentar o segundo problema: Se as fontes estrangeiras são também fontes do direito brasileiro, como podem ser elas utilizadas na decisão judicial?

Por se tratarem de fontes materiais, essas fontes não possuem o direito ou a norma inseridas diretamente em suas estruturas e, para que adquiram o *status* de fonte do direito, precisam da devida fundamentação de sua utilização, ainda que sejam elas o fundamento da decisão a ser prolatada.

De acordo com os estudos desenvolvidos no segundo capítulo deste trabalho, essa fundamentação se faz necessária na medida em que a sociedade brasileira, em que pese estar imersa num contexto global, possui suas próprias particularidades e cultura jurídicas. Ao fundamentar a utilização dessas fontes estrangeiras, o julgador, num processo autopoietico, protege valores intrínsecos à cultura jurídica brasileira, pois demonstra a pertinência daquela citação estrangeira em um contexto local.

A indispensável fundamentação da utilização dessas experiências estrangeiras no processo decisório evita que, na tentativa de se ornamentar o *decisum* e exibir aparente erudição, se acabe por importar princípios, normas ou comportamentos incompatíveis e/ou indesejáveis ao sistema jurídico nacional. Evita-se, assim, o surgimento de uma perturbação ainda maior que aquela em julgamento no caso concreto.

Nesse sentido, Marcelo Neves (2009, p. 178-179) chama a atenção para o risco de um episódio de colonização da cultura jurídica, no caso de importação acrítica de precedentes jurisprudenciais estrangeiros. Dentre as várias consequências negativas dessa colonização, estaria a instauração de uma jurisprudência constitucional deslocada de seu contexto jurídico, acarretando a criação de jurisprudência e doutrina simbólica, com significado normativo limitado.

Ocorre que, no contexto da decisão judicial, especialmente a constitucional, essa indispensável fundamentação quanto à citação de experiências estrangeiras não perpassa o mero trabalho retórico do julgador, mas o seu lastro em uma metodologia. A utilização do método significa a garantia da obtenção de uma relevante e segura informação ao final (DUTRA, 2016, p. 194). Ademais, a metodologia do direito comparado “coloca em xeque a prática do *cherry-picking*<sup>13</sup>, expondo as fragilidades dos recursos arbitrários a este ou àquele ordenamento

---

<sup>13</sup> “[...] a utilização de fontes estrangeiras aumenta a discricionariedade judicial, possibilitando a escolha arbitrária de normas estrangeiras que se amoldem à argumentação desenvolvida pelo julgador, num processo que o Chief Justice Roberts, na sua sabatina perante o Senado americano, chamou de *cherry-picking*”. (HORBACH, 2015, p. 202)

específico” (HORBACH, 2015, p. 202). Assim, para o estudo de caso aqui proposto, é necessário compreender o método do direito comparado.

### **3.1. A questão da pluralidade de métodos**

Métodos são diretrizes que proporcionam elementos técnicos ao investigador visando a garantia da objetividade e precisão no estudo dos fatos sociais (GIL, 1999, p. 33). Em outras palavras, são procedimentos que buscam a compreensão do objeto de estudo, garantindo a objetividade no processo analítico. O método comparativo promove essa análise através da detecção de semelhanças e diferenças entre objetos de estudo (GIL, 1999, p. 34). Aplicando essas definições ao direito, é possível afirmar que o método do direito comparado fornece diretrizes para que se promovam comparações entre vários elementos jurídicos de ordenamentos distintos, a fim de esclarecê-los através de suas semelhanças e diferenças, ou por meio dele apresentar soluções jurídicas práticas (HEINEN, 2017, p. 174).

Em sua aplicação prática, didaticamente é recorrente a apresentação em cinco passos para se promover uma análise de direito comparado, as quais são descritas por Samuel (2014, p. 68) da seguinte forma: 1) Inicialmente, o comparatista deve identificar o objeto doméstico que será analisado à luz do direito comparado. Nesse momento é identificada a norma, o debate normativo, a questão controvertida. 2) Uma vez identificada a questão doméstica, objeto da análise comparada, deve-se partir para o seu estudo sob o enfoque metodológico adotado. Mais à frente, ainda neste tópico, serão abordadas as ramificações e especificidades metodológicas dentro do direito comparado. 3) Superadas as fases anteriores, o comparatista passa à tarefa de identificar as soluções estrangeiras existentes para questão semelhante à identificada no primeiro passo. 4) Na quarta etapa do estudo comparado, o objetivo é, a partir da abordagem metodológica adotada, compreender a questão e a solução apresentada pelos sistemas estrangeiros levados à comparação. 5) Finalmente, na etapa derradeira, o comparatista, a partir do estudo realizado e segundo a abordagem metodológica adotada, estabelece o paralelo comparativo entre as questões e soluções comparadas, podendo apontar semelhanças e/ou diferenças, conclusões interpretativas, propostas de aperfeiçoamento das normas analisadas e, até mesmo, indicar a melhor solução (SAMUEL, 2014, p. 68).

A leitura atenta do procedimento acima, deixa evidente a proposição “segundo a abordagem metodológica adotada”. Ocorre que, as orientações metodológicas práticas gerais são aquelas cinco apontadas mas, quando se fala em metodologia do direito comparado, não se está falando em apenas um método específico. Essas diretrizes de análise comparada, assim com as fontes do direito estudadas no capítulo inicial, se desenvolveram a partir de várias

vertentes teóricas ao longo do tempo, a ponto de hodiernamente coexistirem diferentes métodos de direito comparado, dependendo do objetivo ou do objeto a ser estudado (HEINEN, 2017, p. 176).

Diante desse cenário de pluralidade de métodos, surgem os seguintes questionamentos: Quais são os métodos do direito comparado? Como funcionam?

A medida em que o direito comparado adquiriu *status* de ciência do Direito, seus métodos também foram aperfeiçoados, a ponto de hoje serem mais precisamente identificadas seis abordagens metodológicas relevantes (DUTRA, 2016, p. 197-198). São elas: o método funcional; analítico; estrutural; histórico; contextualizado; e de núcleo comum. É importante salientar que não se trata de um rol taxativo.

Este estudo não se dedicará a exaurir o conhecimento em torno dessas seis principais vertentes. A caracterização que se passa a fazer mostra-se necessária, na medida em que facilitará a compreensão desejada no próximo capítulo.

Fundamentado da teoria sociológica funcionalista, o método funcional do direito comparado promove análises comparatistas a partir de uma abordagem sistêmica dos objetos de estudo (HUSA, 2003, p. 431).

Segundo esse modelo, o comparatista tem a obrigação de identificar em cada um dos ordenamentos jurídicos em processo de comparação as normas que, dentro do escopo adotado, realizam funções semelhantes (ROZEIRA, 2017, p. 95), ainda que sejam elas estrutural ou nominalmente diversas. Nesse contexto, a indagação comparativa se apresenta de forma mais sociológica que jurídica, ou seja, “em sua formulação dever-se-ia procurar identificar a forma como é que um determinado problema é resolvido em cada um dos ordenamentos em comparação” (ROZEIRA, 2017, p. 95).

Ao se compararem formas normativas distintas, a partir das funções exercidas em suas respectivas sociedades, permitiu-se ao comparatista a atuação livre dos dogmatismos impostos pelo seu próprio ordenamento (CURY, 2014, p. 178). Quando se analisa a função, e não o texto normativo puro, dá-se abertura para que sejam observadas as decisões judiciais, textos acadêmicos e comportamento social, proporcionando uma experiência comparativa completa, livre de uma interpretação hermeticamente isolada.

Assim, o método funcionalista pode ser definido como “aquele que pretende identificar respostas jurídicas similares ou distintas, em conflitos sociais que se assemelham mesmo ocorrendo em lugares distintos no mundo” (DUTRA, 2016, p. 198). Isso porque, sob a perspectiva funcional, soluções aparentemente distintas podem ser equivalências funcionais, na medida em que fatos jurídicos semelhantes, como mortes, contratos, acidentes de trânsito, etc,

possuem diferentes soluções, que preenchem a mesma função, cada uma em seu respectivo ordenamento.

Sistematizado pelos trabalhos dos professores alemães Konrad Zweigert e Hein Kötz, o método funcional parte de quatro premissas, a seguir apontadas (DUTRA, 2016, p. 198-199). Primeiramente, a de que as leis podem ser descritas de forma divorciada de suas realidades, ou seja, afastadas de seus contextos, as leis podem proporcionar inúmeras interpretações. A segunda premissa, de caráter eminentemente sociológico, afirma que a lei busca solução para problemas idênticos em todo o mundo. A terceira, consequência da segunda, se os problemas são semelhantes, deverão as leis ao redor do mundo ser semelhantes. Finalmente, como última proposição, ainda que a terceira proposição não seja exata, cabe ao direito comparado promover essa convergência de soluções.

O que se observa do método funcional, é que ele tem como foco não as regras, mas seus efeitos e desdobramentos. Partindo das premissas anteriormente destacadas e das diretrizes acima, é possível afirmar que para esse método o fato de se identificarem funções, em vez de normas, proporciona neutralidade ao comparatista e que, por presumir que somente elementos comparáveis podem ser comparados, sempre haverá semelhanças entre sistemas normativos distintos (CURY, 2014, p. 178-179).

É oportuno destacar que a comparação funcional possui a inconveniência de facilmente extrapolar o campo jurídico, conferindo demasiado valor a soluções sociológicas de questões essencialmente jurídicas. “ Na sua ânsia de explicar tudo através de uma resposta funcional, os funcionalistas tendem a aceitar com excessiva facilidade uma prática comumente aceita, ainda que claramente ilegal, como uma solução “funcional” para um qualquer problema jurídico” (ROZEIRA, 2017, p. 96-97). Apesar disso, o método funcional é, sem dúvidas, o principal método utilizado em direito comparado (HORBACH, 2015, p. 199).

Os demais métodos de direito comparado surgiram de uma visão crítica em relação ao método funcional, mas tiveram esse como ponto de partida (CURY, 2014, p. 179). Nesse sentido, o método analítico parte do princípio de que, ainda que existam conceitos jurídicos semelhantes entre aos diversos sistemas normativos estrangeiros, uma análise detida e contextualizada há de evidenciar diferenças significativas entre eles. Assim, não é possível desconectar um conceito jurídico das normas e regras reguladoras da matéria abrangida por cada conceito (DUTRA, 2016, p. 200).

Em decorrência de suas origens remeterem à visão funcional, o método analítico não se difere muito daquele. Ambos “se propõem a realizar um trabalho de comparação que é designado de “microcomparação”” (DUTRA, 2016). Na microcomparação o trabalho se

desenvolve em proporções reduzidas, limitando-se a leis, termos, conceitos e problemas determinados (HUSA, 2015, p. 58).

O que efetivamente diferencia o método analítico do funcional é o fato de que ele busca comparar definições e conceitos comuns e recorrentes, em diferentes ordenamentos jurídicos, visando obter soluções compartilhadas, inclusive através de transplantes de um sistema para outro (HEINEN, 2017, p. 178).

Já em outra vertente do direito comparado, o método estrutural busca estabelecer a comparação de direitos estrangeiros a partir da análise de suas respectivas estruturas sistêmicas em formação ou já consolidadas (DUTRA, 2016, p. 201). Em clara tentativa de distanciamento do funcional e do analítico, que analisam elementos pontuais, esse método parte de um estudo macrocomparatista, que observa as composições normativas em escala sistêmica revelando as estruturas balizadoras dos sistemas jurídicos comparados (HEINEN, 2017, p. 178).

Segundo essa vertente metodológica, as unidades formadoras de um sistema normativo – pessoas, coisas, normas, direitos e deveres – não fazem sentido algum se isoladas desse complexo em que estão inseridas e contextualizadas. Como destaca Samuel (2014, p. 106, tradução própria) “a carta de um jogo não tem valor *per si*, é apenas um pedaço de papel com alguns símbolos. Ela ganha sentido em um sistema com um baralho de cartas”<sup>14</sup>.

O comparatista, ao utilizar o método estrutural, aproxima os sistemas comparados observando elementos chave que compõem cada um, bem como a forma como eles se inter-relacionam. Questionamentos como “Qual a relação entre as pessoas e as coisas? O que são pessoas e coisas?” assumem um protagonismo na investigação (SAMUEL, 2014, p. 106). A título de exemplo, existem sistemas em que coisas, objetos, são tratados como pessoas, com personalidade legal; enquanto que, é de conhecimento notório, em sistemas passados pessoas recebiam tratamento equiparado a de coisas nos regimes de escravidão. Em uma investigação comparatista, a abordagem funcional ou analítica não seria a mais adequada, pois a compreensão de ambos os sistemas normativos perpassaria sistemas legais, religiosos, econômicos e culturais distintos, e talvez incomparáveis.

O que se percebe é que essa abordagem promove um estudo comparado mais sensível às diferenças sistêmicas e é facilitadora de autocrítica, gerando cenário de tolerância. O comparatista tem o trabalho de detectar as raízes de cada sistema, estruturar uma matriz

---

<sup>14</sup> Tradução própria do original: “[...]a playing card has no meaning in itself; it is just a piece of cardboard with some symbols on it. It gains its meaning within the system of a pack of playing cards.”



fundadora e, a partir da comparação das matrizes sistêmicas estudadas, obter resultados mais precisos (SAMUEL, 2014, p. 106)

Muito semelhante à análise estrutural, a comparação contextualizada defende que o direito comparado somente se estabelece através de um rigoroso processo de contextualização dos objetos de estudo. Por se tratar de uma busca que vai além da mera análise normativa, necessariamente ele há de trabalhar de forma interdisciplinar com a história, sociologia, antropologia e demais ciências (DUTRA, 2016, p. 202). A título de exemplo, no Brasil os bovinos têm direitos relativos a animais, que se adequam à categoria de “coisas”. Na Índia, por sua vez, tais animais têm vinculação com valores religiosos, elevados à condição de sagrados. Em uma comparação entre esses sistemas normativos, que abordasse o tratamento dado a esses animais, seria imprescindível uma rigorosa contextualização. Nesse sentido, Deo Campos Dutra (2016, p. 203) afirma que:

[...] a contextualização ganha importância e destaque, e fica evidenciada na medida em que parte de suas conclusões convergem no sentido de compreender que as regras constitucionais, a doutrina e até elementos implícitos dos sistemas jurídicos, como a visão de mundo e a cultura, influenciam de maneira significativa no modo como o direito é interpretado e manipulado.

Finalmente, completando o rol dos métodos anteriormente enumerados, figura o método do núcleo comum, que visa a obtenção de características nodais entre sistemas jurídicos diversos. Esse método foi desenvolvido na Universidade de Cornell, no âmbito do direito de contratos. Seu surgimento decorreu da prática jurídica aplicada ao direito internacional privado, visando a obtenção de normas comuns que possam ser aplicadas por diversos países (DUTRA, 2016, p. 204).

Resultante da combinação do método funcional com o de contextualização, ele busca identificar semelhanças e diferenças entre os sistemas jurídicos, com o intuito de problematizar a extensão da possibilidade de harmonização entre os sistemas comparados, ou o limite interpretativo de uma mesma norma em contextos legais distintos (ADAMS e HEIRBOUT, 2014, p. 20).

A partir dessa breve caracterização das principais abordagens metodológicas que coexistem na metodologia do direito comparado, é possível concluir que todas têm suas pertinências, permitindo a elas ser utilizadas isoladamente ou em conjunto, de forma complementar em ter si.

Fato é que, ao se promover um estudo de direito comparado é indispensável que se delimite qual a metodologia adotada, pois a primeira premissa de que se deve partir é a de que não há um método mais correto que outro (DUTRA, 2016, p. 197), mas podem ser mais adequados aos respectivos objetivos e objetos.

Ademais, referidos métodos podem ser utilizados de forma simultânea e, em inúmeras vezes, as análises comparatistas reclamam a complementariedade entre esses métodos simultaneamente com outras ciências, como sociologia, antropologia, história (HEINEN, 2017, p. 176).

### **3.2. O direito constitucional comparado e a comparação jurídico-cultural**

Conforme destacado no tópico anterior, quando se fala em metodologia do direito comparado, não se está falando em apenas um método específico, mas em uma pluralidade de abordagens que se complementam e podem se relacionar com outras ciências, visando a melhor interpretação e/ou solução para o fato jurídico doméstico.

No contexto do direito comparado constitucional, a proposta metodológica de Peter Häberle mostra reconhecido pioneirismo nessa visão interdisciplinar. “Sua obra tem chamado a atenção pela originalidade metodológica, atualização e profundidade conceitual, que permite novas abordagens para as ciências humanas, em geral, e jurídica, em particular” (MENDES, 2009, p. 1).

Antes de tratar especificamente da metodologia de direito constitucional comparado proposta por Häberle, é oportuno entender sua visão a cerca da própria Constituição e os Estados constitucionais atuais.

Sobre as constituições, Häberle propõe a “Teoria da Constituição como ciência da cultura” (HÄBERLE, 2002). Segundo ele, a Constituição de um Estado é mais que um mero texto jurídico ou um guia para os juristas, trata-se de verdadeira representação cultural da identidade do Estado:

A Constituição é cultura. Isso significa que não é feita apenas de materiais legais. A Constituição não é uma ordem dirigida a juristas para que possam interpretar as velhas e novas regras, mas também serve essencialmente como guia para os juristas, cidadãos. A Constituição não é apenas um texto legal ou uma obra normativa, mas também uma expressão do povo, um espelho de sua herança cultural e a base de suas esperanças. As Constituições "vivas", como uma obra de todos os intérpretes constitucionais da sociedade aberta, são a forma e a matéria que constituem a melhor expressão e mediação da cultura, o marco de (re) produção e recepção cultural, bem como o armazém de "informações" culturais, experiências, vivências e sabedoria adquiridas. Igualmente profunda é a sua validade cultural.<sup>15</sup> (HÄBERLE, 2000, p. 89, tradução própria)

---

<sup>15</sup> Tradução própria do original: “La Constitución es cultura. Esto significa que no está hecha sólo de materiales jurídicos. La Constitución no es un ordenamiento dirigido a los juristas y para que éstos puedan interpretar las reglas antiguas y nuevas, sino que también sirve esencialmente como guía para los juristas, para los ciudadanos. La Constitución no es sólo un texto jurídico o una obra normativa, sino también expresión del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas. Las Constituciones "vivas", como obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta, son la forma y la materia que constituye la mejor expresión i mediación de la cultura, el marco para la (re)producción y la recepción cultural, así como el almacén de las "informaciones" culturales, las experiencias, las vivencias y la sabiduría, sobrevenidas”.

Para a Teoria da Constituição como ciência da cultura, as normas constitucionais surgem e são compreendidas como processos culturais, sendo explicadas e interpretadas segundo os textos e seus contextos. A mera leitura jurídica da constituição não abarca todo o conteúdo que ela tem a exprimir. “Entender a Constituição como cultura também pode esclarecer melhor a alteração de significado das normas constitucionais sem modificação na sua redação”<sup>16</sup> (HÄBERLE, 2002, p. 195, tradução própria). A constituição de um povo é a imagem de uma sociedade em um determinado local e tempo (MARTÍNEZ, 2012, p. 166).

Nesse sentido, a abordagem teórica haberleana busca utilizar-se não apenas da jurisprudência ou demais textos jurídicos como ferramentas interpretativas da norma constitucional, mas também de todas as ciências, artes e manifestações antropológicas de um determinado lugar. Martínez (2012, p. 167) afirma que, sob essa perspectiva teórica, a leitura restritiva da constituição mostra-se reducionista, especialmente quando se considera que a perspectiva cultural da constituição permite enxergar tanto a cultura constitucional cristalizada nos textos, dando-lhes fundo, fundações e solo cultural; quanto a cultura "material e funcional", o terreno de onde emanam os elementos de cada constituição particular.

Para além dessa visão cultural da Constituição, Häberle também afirma que a forma como avançou e avança a globalização nos últimos tempos, acabou por gerar um novo modelo de Estado Constitucional. Os Estados Constitucionais ocidentais hodiernos não se mostram mais como atores voltados para si próprios (MENDES, 2008/2009, p. 23), mas sim como “Estados Constitucionais Cooperativos”, que apresentam às comunidades regionais e global referências para os demais Estados, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais (HÄBERLE, 2016, p. 76).

O autor apresenta esse novo paradigma de Estado partindo da premissa de que todo Estado Constitucional tem por fundamentação antropológico-cultural a garantia da dignidade do homem, estando sua estrutura organizacional embasada na democracia pluralista (HÄBERLE, 2002, p. 178). Häberle (2002, p. 178) acresce que, da dignidade do homem deriva uma série de direitos individuais de liberdade e igualdade, que podem ser resumidos no conceito de “bem comum”.

Essa busca pelo “bem comum”, os direitos fundamentais, inerente a todo Estado constitucional, é o aspecto ideal-moral apontado por Häberle como um dos formadores desse modelo de cooperação, pois é inegável a convergência de esforços na garantia de direitos humanos fundamentais, em que pese sua advertência de que somente uma sociedade aberta

---

<sup>16</sup> Tradução própria do original: “Comprender la Constitución como cultura puede también aclarar mejor el cambio del sentido de las normas constitucionales sin una modificación en su redacción”

entre nações, sem distinção de cidadanias, poderá proporcionar a cooperação plena (HÄBERLE, 2016, p. 65).

Além do aspecto ideal-moral, Häberle afirma que há um aspecto sociológico-econômico facilmente identificável na concepção do Estado Constitucional Cooperativo, pois o contexto de globalização atual é de interdependência econômica dos Estados, sendo a cooperação causa e efeito desse processo interdependente (HÄBERLE, 2016, p. 65)

Nesse contexto, de tentativa de convergência ideal-moral e interdependência econômica, “o Estado Constitucional Cooperativo vive da cooperação com os outros Estados, comunidades e organizações internacionais. Toma para si as estruturas constitucionais do direito internacional comunitário sem perder os seus próprios contornos” (SILVA e GONTIJO, 2008, p. 5402). O modelo teórico proposto viabiliza a exportação/importação de elementos constitucionais entre os Estados e o compartilhamento de experiências relacionadas aos direitos fundamentais, democracia pluralista e jurisdição constitucional. “Contudo, Häberle salienta a necessidade de se ter temperamentos com a “importação” destes elementos constitutivos: devem ser eles adaptados à realidade cultural de cada Estado.” (SILVA e GONTIJO, 2008, p. 5403)

Da leitura das obras de Häberle (1998, 2000, 2002, 2007, 2016) pode-se concluir que ele propõe um modelo epistemológico a ser adotado tanto pelos estudiosos das ciências constitucionais, quanto pelos operadores do direito, participantes do ambiente político, bem como pelos demais membros da dita sociedade aberta e plural (MARTÍNEZ, 2012, p. 167), tomando a Constituição com representação cultural e o Estado Constitucional como membro cooperativo de uma comunidade regional ou global.

Esse modelo teórico está diretamente vinculado à ideia de sociedade aberta de intérpretes, onde se percebe a ativa colaboração do cidadão nas tomadas de decisão. Essa sociedade tem conhecimento de seu papel constitucional, de modo que tem ela ciência de sua própria capacidade interpretativa livre, plural, como parte dos processos constitucionais públicos (SILVA e GONTIJO, 2008, p. 5402).

A partir dessa proposta epistemológica, dotada de uma visão cosmopolita interdependente dos Estados constitucionais, Häberle estabelece que a comparação constitucional é um marco metodológico interpretativo irrefutável, sendo essa a via pela qual as diversas constituições poderiam se comunicar e cooperar segundo a lógica dos Estados Constitucionais cooperativos (HÄBERLE, 2016, p. 155).

Corolário das duas teorias propostas, dos estados cooperativos e da constituição como ciência da cultura, para Häberle a comparação constitucional se estabelece, e deve ser praticada,

através da comparação entre culturas. O sentido dessa comparação, segundo ele, seria obter um modelo abstrato de Estado constitucional, que serviria de paradigma abstrato tanto à unidade quanto à pluralidade de Estados e constituições de uma comunidade de Estados (HÄBERLE, 2007, p. 172).

Fato é que, a comparação constitucional, sob a perspectiva da Constituição como ciência da cultura, visa, em última instância, estabelecer um “tipo” Estado constitucional, que seria um modelo composto de elementos ideais e reais. Tais elementos não seriam identificados em apenas um texto constitucional, mas em um arquétipo resultante de vários elementos comuns a inúmeras constituições, observados a partir da comparação constitucional (MARTÍNEZ, 2012, p. 173). Trata-se de uma composição de toda a recorrência típica de temas, princípios e procedimentos dos Estados constitucionais (HÄBERLE, 2016, p. 137-138). É oportuno lembrar, que esse “tipo” é obtido através da comparação histórica, cultural e contemporânea dos textos e contextos constitucionais.

O arquétipo de Estado constitucional, sob a perspectiva da teoria da constituição como ciência da cultura, representa um modelo paradigmático abstrato e, simultaneamente, dinâmico, vez que a constante comparação constitucional promoverá a evolução dessa composição. Assim, “o “tipo” Estado constitucional é compreendido como o conjunto de elementos obtidos da cultura constitucional universal, selecionados como sua parte medular, a partir de um processo de constante comparação”<sup>17</sup> (MARTÍNEZ, 2012, p. 173, tradução própria).

Para Häberle, o arquétipo obtido com a comparação constitucional é um patrimônio comum de bens espirituais, definidores das características atuais, e, também, um conjunto de indicadores das tendências futuras, prescritivo, na forma de metas constitucionais comuns a toda humanidade (HÄBERLE, 2016, p. 263).

Percebe-se da proposta comparativa de Häberle, que o “tipo” Estado constitucional é uma manifestação abstrata. O conjunto de elementos comuns a vários Estados constitucionais há de gerar esse arquétipo cultural universal. Mas é preciso observar que, por mais que se queira gerar uma espécie de modelo de Estado constitucional, ainda existem particularidades constitucionais inerentes a cada Estado, sejam elas escritas, culturais ou estruturais.

Assim, não se pode concluir pela falsa interpretação de que a visão haberleana busca a concepção de uma constituição universal. Em verdade, em que pese a busca pelo modelo abstrato de Estado constitucional, sua teoria visa desenvolver métodos e conteúdos que deixem

---

<sup>17</sup> Tradução própria do original: “El “tipo” Estado constitucional debe ser entendido como un conjunto de elementos extraídos de la cultura constitucional universal, seleccionados como su parte medular, a partir de un proceso constante de comparación.”

ampla e irrestrita a capacidade de individualização dos Estados, segundo suas próprias convicções e desenvolvimentos políticos, históricos e culturais. “A riqueza de formas, procedimentos e conteúdos é grande, porque o “tipo” Estado constitucional oferece bastante margem para configuração, [...] os quais devem se resguardar, em última instância, na dignidade, liberdade e igualdade dos cidadãos”<sup>18</sup> (HÄBERLE, 2016, p. 239, tradução própria).

Ademais, a obtenção do “tipo” Estado constitucional pode se restringir à comparação de um número limitado de Estados, o que gera modelos estatais segundo uma amostragem específica, com um padrão abstrato diferente do obtido a partir de uma comparação global. Como no caso das relações constitucionais europeias, em que “o sentido da comparação é elaborar um bom modelo de “tipo” Estado constitucional, que nos sirva [aos europeus] para uma Europa constitucional desde a pluralidade à unidade”<sup>19</sup> (HÄBERLE, 2007, p. 172, tradução própria)

Portanto, a partir da abordagem apresentada por Häberle, conclui-se que o trabalho do comparatista constitucional – seja ele cientista, operador do direito, legislador, etc. – é de gerador de matérias constitucionais abstratas que possam vir a servir de referência universal para as constituições concretas particulares, as quais buscarão nas soluções propostas, elementos úteis às suas políticas constitucionais (MARTÍNEZ, 2012, p. 174).

Nesse sentido, segundo a proposta haberleana, o processo de interpretação jus-comparada se desenvolverá com a identificação das semelhanças constitucionais em níveis textuais, teóricos e práticos. Observando-se, não apenas a questão nodal estudada, mas a totalidade das normas constitucionais de cada um dos Estados comparados, bem como suas culturas constitucionais.

O teórico (HÄBERLE, 2007, p. 173) destaca que a simples descrição jurídica de textos, instituições e processos não é efetivamente um trabalho de comparação constitucional. A Constituição é um texto pelo qual os juristas interpretam regras, mas é, também, um guia para os cidadãos. Além disso, trata-se da expressão da situação cultural em desenvolvimento e meio de compreensão do povo. Assim:

[...] não é suficiente comparar textos, teorias e decisões judiciais ou estipular suas diferenças; é preciso também ter em mente que tanto a Constituição como um todo, quanto seus elementos, fazem parte da cultura, o que nos obriga a entender sua história diversa e as diferentes heranças. Por exemplo, à medida que a Itália se aproxima, gradualmente, de um "federalismo à italiana", será uma questão de tempo encontrar

<sup>18</sup> Tradução própria do original: “La riqueza de formas, procedimientos y contenidos es grande, porque el tipo Estado constitucional ofrece bastante margen de configuración, [...] los cuales deben buscarse, em última instancia, em la dignidad, libertad e igualdad de los ciudadanos.”

<sup>19</sup> Tradução própria do original: “El sentido de la comparación es elaborar un buen modelo del “tipo” Estado constitucional, que además nos sirva para una Europa constitucional desde la pluralidad y la unidad.”

uma cultura federal autônoma na Itália. Os critérios belgas ou alemães não serão suficientes para emitir um julgamento.<sup>20</sup> (HÄBERLE, 2007, p. 173)

Dessa feita, o processo comparativo se estabelece com o estudo individualizado dos textos jurídicos, continuando com a prática jurídico-acadêmica e, finalmente, abrangendo o contexto cultural da matéria em questão. A partir das informações obtidas, passa-se a cotejar as culturas constitucionais relativas a cada elemento constitucional comparado, identificando paralelismos, coincidências e eliminando particularidades. O resultado desse trabalho, é o “tipo” constitucional que emerge da comparação, de onde poder-se-ão buscar as interpretações e respostas possíveis às questões constitucionais em análise (MARTÍNEZ, 2012, p. 181).

Como se vê, o trabalho desenvolvido por Häberle apresenta-se como uma grande evolução no complexo trabalho de comparação do direito, especialmente no que diz respeito ao direito constitucional comparado. Mas a sua contribuição torna-se indispensável à interpretação constitucional atual, no cenário de Estados cada vez mais entrelaçados cultural e economicamente.

Nesse sentido, compreender as metodologias do direito comparado, seja à luz da mais moderna visão haberleana ou da pioneira teoria funcional, auxiliará no processo analítico proposto no capítulo seguinte, na medida em que viabilizará a melhor compreensão das formas como as referências estrangeiras surgem nas decisões proferidas pelo STF, permitindo avaliá-las segundo a pertinência de suas utilizações.

---

<sup>20</sup> Tradução própria do original: “[...] no basta con comparar los textos, las teorías y las decisiones judiciales o estipular sus diferencias; también se ha de tener en cuenta que tanto la Constitución en conjunto como sus elementos son parte de la cultura, lo que obliga a comprender su historia diversa y las distintas herencias. Por ejemplo, en la medida que Italia se dirige paulatinamente en la dirección de un “federalismo a la italiana” (A. D’Atena), será cuestión de tiempo encontrar una cultura federal autónoma en Italia. No bastarán los criterios belgas o alemanes para emitir un juicio. Las Constituciones son, en definitiva, cultura.

## 4. AS FONTES ESTRANGEIRAS NA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Conforme apontamento feito na introdução, os capítulos que precederam esta quarta etapa do trabalho, tiveram por objetivo a compreensão de conceitos, formas e metodologias que envolvem a utilização de fontes estrangeiras no âmbito das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Imbuído de todo o conteúdo explorado até o momento, o presente capítulo, a partir do estudo de caso da ADPF 54, analisará os votos de cada um dos ministros que se utilizaram de citações estrangeiras para, ao final, responder ao problema principal: estariam os ministros do Supremo Tribunal Federal utilizando as experiências jurídicas estrangeiras de forma pertinente em suas fundamentações?

### 4.1. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54

Em 17 de junho de 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) deu início à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (ADPF 54) perante o Supremo Tribunal Federal (STF).

Segundo se extrai da petição inicial apresentada, a CNTS indicou como violados os preceitos previstos na Constituição Federal (1988), no art.1º, III<sup>21</sup>, que diz respeito à dignidade da pessoa humana; art. 5º, II<sup>22</sup>, que versa sobre o princípio da legalidade, liberdade e autonomia de vontade e os arts. 6º, *caput*, e 196, garantidores do direito à saúde<sup>23</sup>.

As arguidas violações de preceitos fundamentais estariam ocorrendo em função da interpretação e aplicação dada aos arts. 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal, por juízes e tribunais, cujo entendimento exarava a proibição de os profissionais da área de saúde

---

<sup>21</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

<sup>22</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

<sup>23</sup> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação



efetuarem, nos termos da exordial da ADPF 54 (STF, 2009), “a antecipação terapêutica do parto nas hipóteses de fetos anencefálicos”.

Uma ação dessa magnitude demanda inúmeras decisões e fundamentações processuais que culminam no aresto constitucional. No desenrolar de seu julgamento, foram vários os argumentos fundamentadores apresentados nos votos de cada ministro do STF, incluindo decisões constitucionais estrangeiras.

Assim, neste capítulo, inicialmente serão analisados aspectos contextuais da ADPF 54, para que se entenda a importância constitucional dessa arguição. Posteriormente, com o auxílio do aporte teórico desenvolvido nos capítulos anteriores, analisar-se-á a forma de utilização de decisões estrangeiras como fundamentação do processo decisório constitucional no caso concreto da ADPF 54.

#### 4.1.1. A anencefalia fetal e a abordagem médica sob a luz do código penal

A anencefalia fetal caracteriza-se pela má-formação fetal congênita do tubo neural, que não se desenvolve corretamente, de modo que o feto não apresenta hemisférios cerebrais e córtex, havendo apenas resíduos do tronco encefálico (BEHRMAN, KLIEGMAN e JENSON, 2002, p. 1777).

O distúrbio da anencefalia tem incidência no período de gestação compreendido entre o 23º e 28º dias de gestação, sendo fácil o seu diagnóstico precoce. Segundo a literatura médica, uma vez diagnosticado o distúrbio, o nascimento do feto com vida é impossível. Assim, observando-se critérios médicos, biológicos e psicológicos, prolongar a gestação seria submeter a mente e o corpo da gestante a estresse desnecessário, vez que o feto não sobreviveria à vida extrauterina e tal gestação ainda representaria grave risco à saúde da gestante (CENCI, 2011, p. 25).

Segundo Maria Lúcia F. Penna, “A ausência irreversível do córtex corresponde à mesma perda funcional em termos de consciência humana.[...] O feto anencefálico é um feto morto, segundo o conceito de morte neurológica” (PENNA, 2005, p. 100). De forma mais simplificada, referida anomalia impede que o feto desenvolva importantes estruturas do sistema nervoso central, responsáveis pela consciência, cognição, comunicação, emoção ou vida racional.

Diante desse cenário, de inviabilidade da vida para o feto e potenciais riscos à saúde da gestante, por complicações decorrentes da própria gestação, o procedimento terapêutico recomendado pela literatura médica é a antecipação do parto, com a consequente interrupção da gestação.

Ocorre que, sob a perspectiva da legislação brasileira, o ato de interrupção da gestação de forma não natural, se amolda à conduta positivada como aborto, podendo gerar sanção penal.

Extraí-se do Código Penal (BRASIL, 1940) o seguinte texto legal:

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

[...]

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

[...]

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Segundo a literatura jurídica, aborto seria a interrupção da vida intrauterina. Nesse sentido, Fernando Capez afirma que “[C]onsidera-se aborto a interrupção da gravidez com a consequente destruição do produto da concepção. **Consiste na eliminação da vida** intrauterina. (2004, p. 108, sem destaque no original)”. No mesmo diapasão, Ney Moura Teles esclarece:

Aborto é a interrupção da gravidez com a morte do ser humano em formação. A gravidez, que começa com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, é o processo de formação do ser humano, que termina com o início do parto. A gravidez pode ser interrompida antes de chegar a termo naturalmente ou por provocação cirúrgica sem que ocorra a morte do ser humano em formação – parto cesariano. Quando a gravidez é interrompida, disso **resultando a morte do feto**, há aborto ou abortamento” (2004, p. 171, sem destaque no original)

Como se vê, para que se configure a figura típica do aborto, é necessário que haja a interrupção não só da gestação, mas da vida do nascituro.

Pois bem, por um lado a ciência médica declara que a vida do feto é inviável após a detecção da anencefalia e, conseqüentemente, a gestação deve ser interrompida com a antecipação terapêutica do parto. De outra mão, a legislação penal brasileira afirma que o aborto praticado por terceiros, inclusive médicos, é ato juridicamente punível, à exceção daqueles em que não há outro meio para salvar a vida da gestante ou da gravidez resultado de estupro.

Fato é que, diante desses dois elementos do sistema social brasileiro, inúmeros procedimentos médicos realizados ou a se realizarem acabaram judicializados, sob o argumento de que haveria a interrupção da vida com a interrupção terapêutica da gestação. Portanto, tal procedimento seria classificado como aborto e não se enquadraria no rol taxativo das exceções não puníveis. Inúmeros juízes e tribunais firmaram entendimento nesse sentido, o que impedia os profissionais da área de saúde de realizarem o procedimento médico, ainda que autorizado pela gestante.

Em posição diametralmente oposta, outro número significativo de juízes e tribunais concordaram com a legalidade do procedimento, adotando a tese apresentada pela ciência

médica de que não haveria interrupção de uma vida que sequer tinha viabilidade de existir, portanto não seria aborto tal procedimento.

Foi a partir dessa dicotomia, mas especialmente pela discordância com a interpretação que enxergava como procedimento abortivo a antecipação terapêutica do parto, que a CNTS deu início à ADPF 54, requerendo que o STF analisasse a matéria e, ao final, declarasse a inconstitucionalidade da interpretação dos arts. 124, 126 e 128, I e II do Código Penal, como impeditivos da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médicos habilitados, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de se submeter a tal procedimento sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer forma de permissão específica do Estado.

Portanto, coube ao Supremo Tribunal Federal pacificar a dicotomia estabelecida, determinado qual a melhor/correta interpretação dada à norma penal aplicada ao caso concreto, sob a luz da Constituição Federal.

#### **4.2. A experiência estrangeira na fundamentação dos votos de cada ministro**

Estabelecidos o contexto e as motivações da ADPF 54, o estudo passa à análise de seu objeto central, que é a incidência de fontes estrangeiras ou citações de experiências estrangeiras, doravante tratadas por “citações estrangeiras”, nas fundamentações dos votos de cada ministro.

Como delimitação conceitual, compreendem “fontes estrangeiras / experiências estrangeiras / citações estrangeiras” toda decisão judicial, texto normativo ou política estatal exterior ao território brasileiro, não assinada e/ou ratificada pelo Brasil. Portanto, para esse estudo, citações teórico-acadêmicas não estão incluídas no conceito de fontes estrangeiras / experiência estrangeira / citações estrangeiras.

É oportuno esclarecer, que este trabalho analisará exclusivamente as citações estrangeiras constantes nos fundamentos do processo decisório, não se prestando a analisar os argumentos estrangeiros trazidos pelas partes processuais. Isso porque o escopo do estudo é compreender e analisar a utilização das experiências estrangeiras pelo STF nas fundamentações das decisões constitucionais, a partir do estudo de caso da ADPF 54. Pelos mesmos motivos, não serão abordados os fatos processuais, como audiências públicas, razões finais ou demais incidentes processuais.

Estabelecidos os parâmetros supra, a partir da leitura completa dos autos da ADPF 54 (STF, 2009), extrai-se que, da totalidade de votos proferidos, três utilizaram-se de citações estrangeiras no processo de fundamentação de suas decisões. Assim, serão objetos de análise apenas os votos dos ministros Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, que era o relator, Cármen

Lúcia Antunes Rocha e Gilmar Ferreira Mendes, nos quais foram identificadas citações estrangeiras.

#### 4.2.1. Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello

Na condição de relator da ADPF 54, coube ao ministro Marco Aurélio proferir o voto inaugural. Em sua exposição fundamentada, votou ele pelo deferimento do pedido e consequentemente o reconhecimento da inconstitucionalidade da interpretação dada aos arts. 124, 126 e 128, I e II do Código Penal (STF, 2009, p. 32-84).

Do estudo desse voto, foram detectadas duas citações estrangeiras. A primeira com origem na corte constitucional italiana e a segunda do Comitê de Direitos Humanos da ONU.

Conforme já antecipado em parágrafo pretérito, o ministro Marco Aurélio proferiu voto favorável ao pleito da CNTS mas, para chegar a esse veredicto, além de adotar o entendimento de que a inviabilidade da vida do feto anencefálico descaracteriza o crime de aborto, o julgador cuidou de rechaçar o argumento de que o direito à vida é absoluto, para o caso de interpretações que entendam que o feto anencefálico é um ser dotado de vida.

Inicialmente, o ministro afirmou que a Constituição do Brasil não admite hierarquizar o direito à vida em posição superior aos demais princípios constitucionais (STF, 2009, p. 58). Para tal, foram apontados o artigo 5º, inciso XLVII, que prevê pena de morte em caso de guerra declarada; e a previsão do aborto ético ou humanitário, quando o feto é fruto de estupro e o legislador houve por bem priorizar a dignidade da mãe à vida do nascituro.

Para corroborar com o raciocínio de relativização do direito à vida, o magistrado, então, faz sua primeira citação estrangeira:

Aliás, no Direito comparado, outros Tribunais Constitucionais já assentaram não ser a vida um valor constitucional absoluto. Apenas a título ilustrativo, vale mencionar decisão da Corte Constitucional italiana em que se declarou a inconstitucionalidade parcial de dispositivo que criminalizava o aborto sem estabelecer exceção alguma. Eis o que ficou consignado:

**[...] o interesse constitucionalmente protegido relativo ao nascituro pode entrar em colisão com outros bens que gozam de tutela constitucional e que, por consequência, a lei não pode dar ao primeiro uma prevalência absoluta,** negando aos segundos adequada proteção. E é exatamente este vício de ilegitimidade constitucional que, no entendimento da Corte, invalida a atual disciplina penal do aborto...

Ora, não existe equivalência entre o direito não apenas à vida, mas também à saúde de quem já é pessoa, como a mãe, e a salvaguarda do embrião, que pessoa ainda deve tornar-se. (STF, 2009, p. 59)(sic.)

Deve-se destacar que, o conteúdo da citação estrangeira, *per si*, já é robusto em argumentos que sustentam a tese trazida no voto. Mas, para além do seu conteúdo, quando se

afirma que “outros Tribunais Constitucionais já assentaram não ser a vida um valor constitucional absoluto”, o magistrado confere à citação status de argumento de autoridade<sup>24</sup>.

No parágrafo subsequente à citação, o magistrado já parte da certeza de que o direito à vida não é absoluto e afirma que “[A]lém de o direito à vida não ser absoluto, a proteção a ele conferida comporta diferentes gradações” (STF, 2009, p. 59). O que se percebe é que a citação estrangeira surge na fundamentação do voto com o intuito de estabelecer argumento final e inquestionável quanto à tese que relativiza o direito à vida.

Sob a perspectiva das fontes do direito, pode-se dizer que o ministro Marco Aurélio fundamentou sua visão do direito à vida em fontes formais, quando cita a Constituição e a Lei Penal apontada. Ao citar a decisão italiana, além de claramente utilizar-se do direito comparado como fonte material de direito, fica evidente a opção metodológica do direito comparado afinada com as perspectivas funcional e analítica, dada à análise microcomparada restrita a conceito e função legal.

Nesse caso, conclui-se pela pertinente utilização da citação estrangeira, pois se apresenta contextualizada no ordenamento jurídico brasileiro, plenamente justificada e em ressonância com os demais argumentos trazidos no voto. Não se trata de inovação conceitual conflitante ou mera demonstração de erudição.

Pois bem. Superado o caráter absoluto do direito à vida, o ministro passou a fundamentar os motivos pelos quais, na antecipação terapêutica de parto em caso de fetos anencefálicos, os direitos à saúde dignidade, liberdade, autonomia e privacidade, da gestante prevaleceriam em detrimento do direito à vida do nascituro (STF, 2009, p. 60-69).

No desenvolvimento das razões do voto, o magistrado amparou-se, primeiramente, em estudos médicos e colaborações de profissionais da saúde nas audiências públicas previamente realizadas, para expor os riscos à saúde física da gestante.

Dando sequência à sua fundamentação, passou a abordar a saúde mental e a intimidade da gestante. Nesse momento, o ministro buscou argumentos profissionais e experiências de gestantes colhidos também em audiências públicas. Em meio a inúmeros fundamentos, é citada uma decisão “histórica”, segundo ele, do “ Caso K.L. contra Peru” julgado pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU (STF, 2009, p. 65-66):

Consoante Zugaib, Tedesco e Quayle, “a ausência do objeto de amor parece tão irreparável que pode levar ao desejo de morrer, como maneira de reunir-se ao filho perdido. Tal dinâmica merece cuidados especiais, podendo levar a comportamentos impulsivos de autodestruição, especialmente se associada à depressão”.

---

<sup>24</sup> “O argumento de autoridade justifica uma afirmação baseando-se no valor de seu autor.” (REBOUL, 2004, p.177)

Esse foi o entendimento endossado pelo Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas [97]. Em decisão histórica, proferida em novembro de 2005, no “Caso K.L. contra Peru”, o Comitê assentou equiparar-se à tortura obrigar uma mulher a levar adiante a gestação de um feto anencéfalo. A paciente de 17 anos e a mãe dela, alertadas pelo ginecologista sobre os riscos advindos da manutenção da gestação de um feto anencéfalo, concordaram em realizar o procedimento de interrupção terapêutica. Apesar de a lei penal peruana permitir o aborto terapêutico e atribuir pena de pequena graduação ao aborto sentimental ou eugênico [98], o diretor do hospital, Dr. Maximiliano Cárdenas Díaz, recusou-se a firmar a autorização necessária para o ato cirúrgico, o que obrigou a paciente a dar à luz o feto. Como consequência, a gestante foi acometida de depressão profunda, com prejuízos à saúde mental e ao próprio desenvolvimento. Ao analisar o episódio, o Comitê de Direitos Humanos considerou cruel, inumano e degradante o tratamento dado a KL. Reputou violado também o direito dela à privacidade [99].

Posteriormente, em dezembro de 2008, em entrevista concedida ao Center for Reproductive Rights, K.L., então com 22 anos, residente em Madrid, local onde estudava para formar-se em engenharia, descreveu ter-se sentido extremamente deprimida, solitária, confusa e culpada à época da gravidez e do nascimento do anencéfalo, que perdeu por apenas quatro dias [100]. Indagada sobre como se sentia em relação à decisão do Comitê de Direitos Humanos, revelou estar feliz e disse que dificilmente quem não experimentou tal situação sabe a quão penosa e dolorosa ela é.

Ao contrário da primeira citação estrangeira utilizada pelo ministro, essa citação tem uma força meramente retórica exemplificativa. No contexto da linha argumentativa desenvolvida no voto, é perceptível que seu objetivo é de dar destaque à experiência de tormento psicológico vivida pela gestante titular do direito julgado pelo comitê de direitos humanos da ONU. O fato de ser um órgão da ONU a proferir decisão que equipara à tortura a manutenção de gravidez anencefálica, tem pouca carga fundamentadora. Não se evidencia a busca pelo argumento de autoridade como na citação anterior.

Ademais, o ministro chama a atenção para o fato “julgamento”, demonstrando um caso concreto em que o direito à saúde mental, emocional e física da gestante foi sacrificado em detrimento do direito à vida do nascituro, mas não tem o condão de reforçar, introduzir ou alterar qualquer questão de direito ou normativa. Assim, não houve efetivamente, nem sob a perspectiva das fontes nem metodologicamente, uma experiência de comparação constitucional.

Portanto, a pertinência dessa citação se dá pela absoluta falta de potencial comportamento de fonte de direito, sendo mero exemplo fático.

#### 4.2.2. Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha

Na sequência em que foram apresentados os votos, os ministros Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, Joaquim Benedito Barbosa Gomes e Luiz Fux, votaram acompanhando o relator e sem qualquer citação estrangeira (STF, 2009, p. 89-177). Em seguida, a Ministra Cármen Lúcia pronunciou seu voto, também acompanhando o relator e, ao fazê-lo, utilizou-se de duas citações estrangeiras em sua fundamentação (STF, 2009, p. 178-236).

Na elaboração de seu voto, a ministra conclui que o núcleo da discussão perpassa o conceito de vida adotado pelo legislador, julgador e/ou população, bem como a ponderação entre o direito a vida do feto e o direito a vida, saúde física, mental e emocional da gestante (STF, 2009, p. 198).

Assim, na construção de seu raciocínio quanto à ponderação de dois titulares do direito à vida, a ministra cita a experiência do Tribunal Constitucional Espanhol (STF, 2009, p. 199-200):

No direito comparado se tem que, em 11.4.85, o Tribunal Constitucional espanhol manifestou-se sobre um recurso prévio de inconstitucionalidade contra um 'projeto de lei orgânica de reforma do art. 417 do Código Penal', no qual o aborto continuava regulado como delito, porém, despenalizado em três situações: estupro, malformação do feto e perigo para a saúde física ou psíquica da mulher.

Aquele Tribunal Constitucional concluiu que o projeto de lei orgânica descumpria a Constituição e não em razão das hipóteses em que declarava não punível o aborto, senão por destoar, em sua regulamentação, de exigências constitucionais derivadas do art. 15 da Constituição espanhola.

Reconheceu-se, ali, portanto, que, embora a Constituição da Espanha estabeleça em seu art. 15 que todos têm direito à vida, difícil é conceituar o que é vida humana:

"a vida é um conceito indeterminado sobre o qual têm sido dadas respostas plurívocas não somente em razão das distintas perspectivas (genética, médica, teológica, etc.), senão também em virtude dos diversos critérios mantidos pelos especialistas dentro de cada um dos pontos de vista considerados, e em cuja avaliação e discussão não podemos nem devemos entrar aqui. Todavia, não é possível resolver constitucionalmente o presente recurso sem partir de uma noção de vida que sirva de base para determinar o alcance do mencionado preceito. Do ponto de vista da questão pode-se definir:

a) que a vida humana é um processo de desenvolvimento, começando com a gestação, no curso da qual uma realidade biológica vai tomando forma e sentimento para criar uma pessoa humana e que termina com a morte; é um contínuo processo subjetivo através dos efeitos do tempo através de mudanças qualitativas de natureza somática e psíquica que têm um reflexo no status jurídico público e privado do sujeito vital.

b) que a gestação gerou um terceiro existencialmente distinto da mãe, ainda que alojado no seio desta.

c) que dentro das mudanças qualitativas no desenvolvimento do processo vital e partindo do pressuposto que a vida é uma realidade desde o início da gestação, o nascimento em si mesmo é particularmente relevante, porque significa a passagem para a vida ao abrigo do seio materno para a vida protegida pela sociedade, embora com diferentes especificações e modalidades ao longo do curso vital. E antes do nascimento, tem especial transcendência o momento a partir do qual o nascituro está apto a ter uma vida independente de sua mãe, isto é, quando adquire plena individualidade humana" (trecho do acórdão no sítio do Tribunal Constitucional espanhol: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/restrad/Paginas/JCC531985en.aspx>)(sic.)

Imediatamente após a citação estrangeira, a ministra apresenta suas conclusões sobre o tema, nos seguintes termos (STF, 2009, p. 200-201):

Concluiu-se também que, nos projetos de lei examinados, o legislador deveria ter "sempre presente a razoável exigibilidade de uma conduta e a proporcionalidade da pena em caso de não cumprimento, como também pode renunciar à sanção penal de uma conduta que, objetivamente poderia representar uma carga insuportável, sem prejuízo de que, em seu caso, siga subsistindo o dever de proteção do Estado em relação ao bem jurídico protegido em outros âmbitos. As leis humanas contêm padrões de conduta que, em geral, encaixam as situações normais, porém, existem situações singulares ou excepcionais e penalizar pelo não cumprimento da lei resultaria

totalmente inadequado; o legislador não pode empregar a penalidade máxima - a sanção penal - para impor aos casos em que uma conduta seria exigível, apesar de não sê-lo em certos casos concretos".

Os avanços nos métodos de diagnóstico das anomalias fetais, detectadas pelos exames de ultrassonografia aliado aos exames laboratoriais realizados em oposição à legislação pátria, a punir gravemente a interrupção da gravidez diagnosticada com malformação congênita e sem a menor perspectiva de vida extrauterina, mostra, no mínimo, inegável contradição.

Parece mesmo inegável o paradoxo entre o avanço da medicina em procedimentos de alta precisão para diagnosticar malformação na vida intrauterina incompatível com o prosseguimento da vida e a oferta de solução jurídica para diminuir o sofrimento que tal diagnóstico permite, quando o casal ou a gestante desejar não prosseguir com a gestação.

Se gestantes têm convicções pessoais, religiosas, morais, filosóficas que as amparam na sequência do parto de anencéfalo, para outras seguem-se extensos períodos de sofrimento e tribulação. Para essas, compelidas a prosseguir com gestação sem perspectivas de vida, chamadas a escolher um túmulo e um pequeno caixão enquanto o seu era o sonho de adquirir um berço e um enxoval, o padecimento é incomensurável. (sic.)

Nota-se que a ministra apresenta sua conclusão sobre o tema abordado como uma consequência lógica da argumentação extraída do julgamento constitucional espanhol. Talvez por ser a vida uma experiência universal, a magistrada não cuida de esclarecer a pertinência ou compatibilidade daquela argumentação no contexto brasileiro e, ao afirmar que “conclui-se também”, ela confere poder conclusivo a toda aquela argumentação estrangeira colacionada.

É oportuno observar que, como a própria decisão chamou a atenção, o debate sobre o conceito de vida é um dos elementos cruciais no processo decisório. Ao citar em seu voto a visão da Suprema Corte Espanhola com força de argumento conclusivo, correu-se o risco de se afirmar que as sociedades espanhola e brasileira possuem conceitos idênticos, quando possivelmente não os tem. Confirmando-se tal risco, estar-se-á impondo uma visão pertinente à sociedade espanhola, mas ainda não assimilada pela sociedade brasileira.

Como estudado no capítulo 2 deste trabalho, a decisão judicial exerce papel importante no processo de pacificação de expectativas, daí a indispensabilidade da sua fundamentação pois, se imposta de forma arbitrária, gera inconformismos e incompreensão corroborando com a irresignação e inquietação de expectativas.

Ademais, quando se observa a forma como a citação está inserida na fundamentação, ela claramente tem força de fonte formal, o que claramente não se admite no ordenamento Brasileiro. Finalmente, da perspectiva metodológica, a análise contextual da experiência estrangeira não é suficiente *per si* para que se estabeleça estudo comparado de direito.

Nesse caso, conclui-se pela impertinência da citação, vez que ela é incluída na fundamentação do voto como instituidora de valores, conceitos e direitos que ainda estão sendo debatidos no julgamento, sem qualquer critério metodológico de direito comparado.



Destaque-se que quando se fala de pertinência ou impertinência de citações, estão sendo analisadas as citações caso a caso, portanto, é possível que em um mesmo voto existam cenários de pertinência e impertinência. Como é o caso da ministra Cármen Lúcia no julgamento da ADPF 54.

Dando continuidade à análise, ciente do importante papel social da decisão jurídica e da existência significativa de grupos contrários ao aborto, em qualquer hipótese, mormente amparados em argumentos de cunho moral ou religioso, a ministra invocou o caráter laico do estado brasileiro determinado pela constituição (STF, 2009, p. 227-230).

Ao suscitar o princípio constitucional da laicidade do Estado, a magistrada esclareceu que, assim como o Estado, a decisão judicial não pode se ater a valores de uma moral religiosa específica. Para melhor esclarecer a lógica incutida no princípio da laicidade, a decisão então invocou o caso “Engel x Vitale”, da Suprema Corte dos Estados Unidos (STF, 2009, p. 228-229):

No julgamento do leading case conhecido como "Engel x Vitale", em 1962, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu, nas palavras do relator Hugo Black que, "When the power, prestige and financial support of government is placed behind a particular religious belief, the indirect coercive pressure upon religious minorities to conform to the prevailing officially approved religion is plain.... The Establishment Clause thus stands as an expression of principle on the part of the Founders of our Constitution that religion is too personal, too sacred, too holy, to permit its 'unhallowed perversion' by a civil magistrate" (fonte: <http://www.infoplease.com/us/supreme-court/cases/ar10.html>).

A compreensão da laicidade do Estado se infere pela liberdade religiosa que seus cidadãos usufruem; a sociedade brasileira é amplamente conhecida pela variedade de credos e sincretismo religioso e, a prevalência do dogma de um segmento religioso em detrimento dos demais é inequívoca afronta ao princípio da igualdade e, por isso, a laicidade do Estado é ponto fundamental para que essa regra não pereça.

Diferentemente da forma como utilizou-se o Ministro Marco Aurélio de citações estrangeiras, e diferente também de sua primeira citação, Cármen Lúcia ampara-se no texto da decisão da suprema corte estadunidense apenas como ferramenta de esclarecimento do conceito de Estado laico e sobre como esse modelo de estado colabora para a estabilização da vida em sociedade.

Quanto à repercussão dessa citação no processo de fundamentação, pode-se afirmar que não tem o condão de argumento fundamentador da decisão ou de parte dela, mas sim a função de esclarecer um conceito amplo e universal de forma mais didática à sociedade. Portanto, essa citação não se comporta como fonte do direito e tem pertinência, vez que se apresenta como um complemento ao esclarecimento de um conceito universal. Sob a ótica metodológica, a falta de uma justificativa para a pertinência do conceito à realidade brasileira se torna dispensável, dada a universalidade já alcançada sobre o conceito explorado.

Encerrado o voto da Ministra Cármen Lúcia, a sucederam na votação os ministros Enrique Ricardo Lewandowski, que foi contrário ao relator (STF, 2009, p. 238-252), e Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto, que acompanhou o voto relatado (STF, 2009, p. 254-266), ambos sem qualquer referência a experiências estrangeiras em seus votos.

#### 4.2.3. Min. Gilmar Ferreira Mendes

O ministro Gilmar Mendes iniciou seu voto chamando a atenção para a grande repercussão social do julgamento da ADPF 54. Segundo ele, o debate ético e moral suscitado gerou manifestações de vários setores da sociedade, inclusive os de caráter religioso (STF, 2009, p. 271).

Diante desse cenário, assim como rapidamente abordado por Cármen Lúcia, Gilmar Mendes aprofunda na análise da complexidade da questão constitucional da laicidade do estado, ampliando-a para a necessidade de se ouvir o máximo de grupos da sociedade, destacando a importância do instituto do *amicus curiae*<sup>25</sup> nesse contexto.

Ciente da função pacificadora e homogeneizadora de expectativas que a decisão judicial tem, o ministro esclarece que o fato de o estado ser laico não exime o julgador de apreciar todas as interpretações possíveis da Constituição, inclusive sob as perspectivas das várias manifestações religiosas (STF, 2009, p. 271-272).

Merece destaque a clara influência da doutrina de Peter Häberle no posicionamento do ministro concernente ao instituto do *amicus curiae*, vez que, como já afirmado anteriormente, o teórico é grande defensor da sociedade aberta de intérpretes constitucionais.

Ainda segundo o ministro, essa posição de apreciação de todas as interpretações vertentes da sociedade é louvável e exigível do tribunal constitucional, pois “[E]sse modelo pressupõe não só a possibilidade de o Tribunal se valer de todos os elementos técnicos disponíveis[...]mas também um amplo direito de participação por parte de terceiros (des)interessados”, especialmente através do instituto do *amicus curiae* (STF, 2009, p. 273)

A partir dessa exposição, Gilmar Mendes cita o caso *Müller versus Oregon*, onde o Advogado Louis D. Brandeis, em seu memorial, formulou uma argumentação composta de duas páginas dedicada à análise jurídica do caso e 110 páginas envolvendo questões práticas e os efeitos da decisão na situação debatida. Concluiu o ministro, que referido *case* permitiu a

---

<sup>25</sup> *Amicus curiae*: “O instituto em questão, de longa tradição no direito americano, visa um objetivo dos mais relevantes: viabilizar a participação no processo de interessados a afetados pelas decisões tomadas no âmbito do controle de constitucionalidade. Como há facilmente de se perceber, trata-se de medida concretizadora do princípio do pluralismo democrático que rege a ordem constitucional brasileira” (MENDES, 2002, p.5).

desmistificação da concepção de que a decisão constitucional é mera aferição da legitimidade da lei em face da Constituição (STF, 2009, p. 273).

Para sedimentar ainda mais a fundamentação da tese de que a mais ampla pluralidade deve ser ouvida pelo tribunal constitucional, o ministro cita o caso *Webster versus Reproductive Health Services*, em que a Suprema Corte estadunidense recebeu, além do memorial apresentado pelo governo, outros 77 memoriais remetidos por senadores, deputados federais, Associação Americana de Médicos, 281 historiadores, 885 professores de Direito e uma infinidade de grupos e organizações contra o aborto (STF, 2009, p. 274).

Gilmar Mendes conclui que, para a decisão, a utilização do *amicus curiae* confere ao processo caráter de “realização de garantias constitucionais no Estado Democrático de Direito”, tornando “[E]vidente, assim, que essa fórmula procedimental constitui um excelente instrumento de informação para a Corte Suprema.” (STF, 2009, p. 275)

O que se percebe das duas citações estrangeiras inicialmente utilizadas pelo ministro, é que elas não possuem um caráter fundamentador do mérito da decisão, mas sim de esclarecimento da importância da participação da sociedade no processo de decisão constitucional. Não há conexão direta com o mérito da questão constitucional debatida, mas sim com a forma pela qual a corte constitucional vai abordá-la perante a sociedade, especialmente através do instituto do *amicus curiae*.

Essa intenção do julgador fica mais evidente quando, ao repisar a importância do instituto supracitado, ele busca o amparo de mais decisões estrangeiras para fundamentar sua posição:

Entendo, portanto, que a admissão de *amicus curiae* confere ao processo um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto, fundamental para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias constitucionais em um Estado Democrático de Direito.

Por esses motivos, parece não ser razoável a ausência, nesse julgamento, de entidades da sociedade, como a CNBB e ONGs.

Parte do direito de liberdade religiosa consiste justamente no direito de manifestação livre do pensamento. Nesse sentido, a Câmara Superior (Grand Chamber) da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) reformou, por 15 votos a 2, decisão de uma de suas câmaras no sentido de que a presença de crucifixos em escolas públicas na Itália ofendia o direito à educação e à liberdade de pensamento, consciência e religião (arts. 2º e 9º da Convenção Europeia de Direitos Humanos).

No caso (*Lautsi and Others v. Italy*), decidido em 18.3.2011, a Câmara Superior da CEDH entendeu que a manutenção e a referência de tradições estavam, em princípio, dentro da margem de delibação dos países membros, desde que não desrespeitados os direitos e liberdades previstos na Convenção. (STF, 2009, p. 275-276)

Assim, ao realizar as citações estrangeiras, o ministro não se vale delas para introduzir conceitos novos ou princípios incompatíveis com o direito brasileiro. Em verdade, a experiência estrangeira surge na fundamentação desse voto como um avalista da experiência constitucional

brasileira, que à época previa o instituto do *amicus curiae*, mas ainda utilizava-o de forma tímida.

Sob a perspectiva metodológica, como já destacado, a proximidade com a visão teórica de Häberle impôs uma tarefa comparatista aprofundada por parte do ministro, apontando conexões culturais, contextuais e constitucionais ali comparadas. Portanto, são pertinentes referidas citações.

Superada essa análise procedimental, o ministro passou a apreciar o mérito da ADPF 54. É oportuno destacar que Gilmar Mendes, já no início da apreciação das questões intrínsecas ao mérito, evidencia sua postura aberta às experiências estrangeiras:

A análise do Direito Comparado pode servir como eficaz suporte à apreciação de questões nacionais polêmicas. No que se refere ao aborto de anencéfalos, válido é não apenas verificar-se o modo como as demais nações lidaram ou ainda lidam com esse tema, mas, principalmente, valer-se de experiências estrangeiras para atestar o grau de complexidade da matéria aqui tratada.

Estudos indicam que praticamente a metade dos países membros da Organização das Nações Unidas reconhece a interrupção da gravidez na hipótese de anencefalia do feto. Das 194 nações vinculadas à ONU, 94 permitem o aborto quando verificada ausência parcial ou total do cérebro fetal [1]

Nessa listagem encontram-se Estados reconhecidamente religiosos, como Itália, México, Portugal e Espanha, além de Alemanha, África do Sul, França, Estados Unidos, Canadá e Rússia. (STF, 2009, p. 276-277)

Realizadas essas considerações iniciais, o ministro afirmou que todos os países listados já haviam enfrentado o tema há mais de uma década e, logo em seguida, passou à análise das experiências italianas, alemã, espanhola e estadunidense, uma a uma.

É oportuno observar, já de antemão, que as quatro citações estrangeiras feitas nessa fase de apreciação do mérito da arguição, dizem respeito a nações que concluíram pela viabilidade da interrupção da gravidez de fetos com má-formação incompatível com a vida. Pode-se concluir, desde já, que houve uma instrumentalização das fontes estrangeiras citadas no mesmo sentido do voto proferido.

Pois bem, a princípio, a forma como o Ministro desenvolveu a exposição dessas experiências estrangeiras teve ares de mera apreciação dos fatos. A narrativa cronológica de cada uma delas buscou expor apenas os elementos mais importantes na construção do entendimento de cada nação acerca do aborto e, mais especificamente, da interrupção da gravidez em casos de fetos com má-formação que inviabiliza a vida.

Logo após a exposição de cada uma dessas experiências, Gilmar Mendes cuidou de compará-las com o estágio em que o debate e a legislação brasileira se encontravam à época do julgamento, permitindo concluir que havia uma convergência para o contexto dos exemplos citados e que, portanto, seria lógica a declaração da inconstitucionalidade da interpretação combatida na ADPF 54:

Verifica-se que a discussão em quase todos os países que enfrentaram esse tema acaba por enfatizar a existência de vida intrauterina que deve receber proteção estatal e cujos direitos normalmente se sobrepõem aos da gestante. As Cortes Constitucionais dos Estados que mencionei foram enfáticas sobre a importância do direito à vida e à proteção do nascituro em relação a terceiros, inclusive à mãe.

Entretanto, a análise da perspectiva estrangeira permite averiguar que, assim como no Brasil, há casos em que o direito à vida do nascituro pode não ter primazia em relação à escolha da gestante em abortar. Não se trata aqui, ressaltado, de uma liberdade irrestrita do legislador em definir quais valores teriam prioridade em relação à vida em determinado momento, mas de hipóteses consideradas verdadeiras exceções, auferidas inclusive a partir da perspectiva histórico-cultural de determinada sociedade.

É o caso do aborto de gravidez proveniente de estupro, previsto pela maioria dos países, inclusive pelo Brasil, a partir do entendimento de que seria aceitável que a mãe não desejasse gerar o fruto de uma relação sexual não consensual. Trata-se aqui de situação em que o feto pode ser abortado, ainda que plenamente saudável, dando-se primazia ao direito da gestante e aos impactos psicológicos de tal situação. A essa situação se inclui, também, a possibilidade de aborto de anencéfalos, cuja manifestação não conseguia ser identificada na década de 1940, no Brasil, com base na tecnologia então disponível.

A pertinência dessas citações se evidencia pelo fato de que, ao contrário do voto proferido pela ministra Cármen Lúcia, ainda que as citações estrangeiras tenham o objetivo de inserir convicções e conceitos ainda discutidos no Brasil, Gilmar Mendes teve a cautela de contextualizar e demonstrar a compatibilidade cultural daqueles pontos de vista estrangeiros com o contexto brasileiro, conforme a pioneira metodologia proposta por Häberle, analisada no capítulo anterior. Assim, se percebe que a citação estrangeira é um argumento e não um referencial operativo.

Ocorre que, conforme se extrai do inteiro teor do acórdão, em que pese o convencimento pela procedência da ação, o voto foi, em parte, contrário ao do relator, que também julgou procedente a ação. Isso porque, no entendimento de Gilmar Mendes a interrupção da gestação do feto anencefálico somente seria autorizada após regulamentação pelo Ministério da Saúde, com normas e procedimentos. Acresceu, ainda, que até a referida regulamentação, a anencefalia deveria ser atestada por no mínimo dois laudos médicos de profissionais distintos.

Fato é que, além da convergência de ideias das experiências estrangeiras com a legislação e o debate brasileiros, o Ministro extraiu das citações analisadas embasamento para inovação por ele proposta em seu voto. Isso porque, sob seu julgamento, as condições técnicas impostas servem como ferramentas de tutela da garantia constitucional do direito à vida do nascituro.

Ao analisar o histórico italiano, o ministro conferiu destaque especial ao procedimento adota por aquele Estado nos casos de aborto:

Antes da realização do procedimento, a legislação italiana prevê que a gestante deve conversar sobre sua vontade com as autoridades sanitárias e sociais, que procurarão indicar alternativas à sua decisão. Com exceção dos casos urgentes, a lei também determina um intervalo mínimo de sete dias entre a data de solicitação do

procedimento e sua realização, de modo que ela tenha tempo para refletir sobre o assunto. (STF, 2009, p. 277)

Na construção sólida de tal entendimento, o ministro vincula de forma lógica o entendimento italiano à experiência alemã, quando afirma que “[O] Tribunal Constitucional alemão também verificou, assim como a Corte italiana, que cabe ao legislador especificar e escolher quais medidas de proteção entende ser mais efetivas e oportunas para garantir a proteção da vida do nascituro.” (STF, 2009, p. 278-279)

Ainda se referindo à experiência alemã, ele conclui que através dessas exigências o Estado protege a vida no nascituro, “impondo deveres de ação ou abstenção, inclusive em relação à mãe, sem prejuízo do fato de que entre ambos existe uma relação de dualidade da unidade” (STF, 2009, p. 280).

No mesmos sentido são as soluções dadas pelo judiciário e legislativo espanhóis e estadunidense. Segundo aponta o ministro, a legislação espanhola impõe que, em caso de grave risco à gestante, o procedimento poderá ser realizado mediante atestado de dois médicos. No caso de má-formação do feto incompatível com a vida, a exigência é ainda maior, devendo ser submetida a um comitê clínico de três médicos especialistas.

Finalmente, citando a decisão da Suprema Corte do Estados Unidos no caso *Roe versus Wade 410 US 113*, ele demonstra que naquele país existe a permissão constitucional do aborto, mas com gradações específicas “a fim de que os estados pudessem controlar a adequação entre os meios procedimentais de sua realização e os riscos à saúde e à vida da mulher (admitindo-se, excepcionalmente, a possibilidade de proibição, caso a caso, do aborto no último trimestre).” (STF, 2009, p. 283)

Além das citações diretas dos casos elencados, ao longo de todo o voto o ministro faz menções regressivas a eles, recorrendo àquelas decisões como argumentos fundamentadores de sua própria decisão. Quando afirma que o princípio da dignidade humana não serve de anteparo a favor ou contra o aborto de feto anencefálico, o ministro recorre diretamente à decisão da Corte Alemã como última palavra:

Disso também decorre que não se pode simplesmente tutelar o direito de praticar o aborto dos fetos anencéfalos com base no princípio da dignidade humana (outro fundamento da inicial), visto que, conforme asseverou o Tribunal Constitucional alemão, também o nascituro deve ser protegido por essa cláusula constitucional. Até mesmo porque o desenvolvimento da vida passa necessariamente pelo estágio fetal. (STF, 2009, p. 288)

Mais à frente na decisão, Gilmar Mendes volta a afirmar o posicionamento de Estados estrangeiros semelhantes ao proposto em sua decisão:

Ressalto que, no direito comparado, muitas vezes exige-se, como requisito para o abortamento em causa, a existência de pelo menos dois, as vezes três, diagnósticos no sentido da anencefalia, produzidos por médicos distintos, e por meios

eco/ultrassonográficos, além de cumprimento de um lapso temporal entre o diagnóstico e a cirurgia, para que a gestante possa bem refletir sobre sua decisão. O estabelecimento de ações positivas, por parte do Estado, com a finalidade de prevenir a ocorrência de aborto e, em especial, a concepção de fetos com anencefalia é, como já mencionei, tendência em diversos ordenamentos jurídicos da atualidade, tendo em vista o viés despenalizante que se vem adotando. (STF, 2009, p. 295-296)

No contexto de toda a decisão, é possível enxergar que, no tocante à inovação proposta pelo ministro, as citações estrangeiras têm função mais que exemplificativa. Ademais, em alguns momentos elas tem efeito conceitual, como quando se afirma que o direito à vida do nascituro deve ser protegido pela constituição “conforme asseverou o Tribunal Constitucional alemão” (STF, 2009, p. 288).

Destaque-se que é intencional essa utilização, pois trata-se de uma inovação legal estrangeira que, apesar de se suscitar um direito comparado, não havia comportamento semelhante a ser observado no Brasil daqueles tempos. Fato é que a intenção do voto é incluir algo inovador na forma de enfrentar o problema constitucional proposto.

Essa intenção inovadora se evidencia, a partir do momento em que o ministro propõe que a decisão tenha efeito aditivo, o que, até aquele julgamento também não se concebia no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, mais uma vez ele utiliza-se da experiência italiana para introduzir a tese da possibilidade de conferir efeito aditivo à decisão constitucional.

Fato é que, por mais inovadoras que sejam as propostas trazidas junto com as citações estrangeiras, a forma metodológica como são apresentadas demonstra a pertinência de suas utilizações, vez que apresentam fundamentações coerentes e que filtram a possibilidade de se estar importando arbitrariamente conceitos ou princípios indesejáveis. Assim, essa última citação estrangeira não só é pertinente, como também tem força de fonte de direito, dada a sua capacidade de inovar ou acrescer ao sistema jurídico brasileiro conceito novo fundamentadamente compatível.

Da análise feita das fundamentações dos votos apresentados no julgamento da ADPF 54, é possível concluir que não existe uma constante metodológica na utilização de citações estrangeiras. Há variação na forma de trabalhar com esse expediente, podendo-se perceber, inclusive, que um mesmo ministro utiliza das citações estrangeiras da mais correta forma à mais arbitrária possível, como ficou evidente no voto proferido pela ministra Cármen Lúcia, onde há uma utilização meramente retórica e outra com força conceitual, mas sem a devida metodologia de comparação ou fundamentação.

Diante disso, não é possível chegar à conclusão esperada no início do estudo, vez que não se pode afirmar se há ou não a pertinente utilização das fontes estrangeiras nas fundamentações dos votos dos ministros do STF. Seja pelo fato de a ADPF 54 não representar

a integralidade das decisões do tribunal, seja pelo fato de que a sua formação já não é mais aquela que julgou a ADP54. Há de se destacar, no entanto, que foi detectado um episódio de utilização indesejável da citação estrangeira, o que não confirma a hipótese inicial do trabalho.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em Em tempos de comunicação instantânea, cobertura midiática, acesso a informação e fluxos sociais constantes, a ciência jurídica chama para si a responsabilidade de pensar suas mudanças de paradigmas. Quando se tratam de decisões emanadas por parte da suprema corte brasileira não é diferente e, como demonstrado nesse estudo, o uso de fontes estrangeiras no processo de fundamentação de decisões é uma realidade pujante.

O que se buscou no trabalho, inicialmente, foi o entendimento das fontes do Direito e a forma como elas se apresentam nos Estados modernos ocidentais. Ao desenvolver o estudo da evolução histórica das fontes do direito em alguns dos países berço do Estado Democrático de Direito Constitucional, foi possível compreender, também, o modo como se constituiu e se manifestou o Direito vigente em cada fase do positivismo expresso naquelas sociedades. Portanto, a compreensão do que é fonte, ou não, está vinculada diretamente à compreensão do próprio Direito.

Ciente da complexidade e dinamicidade das fontes do direito, o trabalho utilizou-se da classificação doutrinária das fontes do direito e das delimitações constitucionais do Brasil para concluir que sob a perspectiva do conceito de fonte material do direito, as experiências estrangeiras podem ser incluídas no sistema de direito brasileiro como fontes do direito, vez que, num contexto de globalização, em que os limites entre culturas são cada vez mais tênues e as cooperações entre diferentes sociedades tornam-se evidentes, é admissível que as experiências vizinhas exerçam influência ou sejam comparadas às vivenciadas no Brasil.

Assim, as fontes estrangeiras se apresentam como fonte material do direito brasileiro, na forma e dinâmica do direito comparado, pelo fato de que têm o poder de influenciar no conteúdo de normas internas, mas não têm per si o poder de instituir direitos e deveres. Corroborando com essa conclusão, a teoria haberleana dos Estados Constitucionais cooperativos e das constituições como ciência da cultura, vez que, segundo elas, através do direito comparado constitucional viabiliza-se a exportação/importação de elementos constitucionais entre os Estados e o compartilhamento de experiências relacionadas aos direitos fundamentais, democracia pluralista e jurisdição constitucional

Ocorre que, por se tratarem de fontes materiais, essas fontes não possuem o direito ou a norma inseridas diretamente em suas estruturas e, para que adquiram o status de fonte do direito, precisam da devida fundamentação de sua utilização, ainda que sejam elas o fundamento da decisão a ser prolatada. Essa fundamentação se faz necessária na medida em que a sociedade brasileira possui suas próprias particularidades e cultura jurídicas.

Ao fundamentar a utilização dessas fontes estrangeiras com argumentos internos ao sistema jurídico brasileiro, o operador do direito, num processo autopoietico, protege valores intrínsecos à cultura jurídica brasileira, pois demonstra a pertinência daquela citação estrangeira em um contexto local.

O que se conclui, é que a fundamentação da utilização dessas experiências estrangeiras no processo decisório evita que, na tentativa de se ornamentar o decisum e exibir aparente erudição, se acabe por instaurar uma jurisprudência constitucional deslocada de seu contexto jurídico, acarretando a criação de jurisprudência e doutrina simbólica, com significado normativo limitado. Evita-se, assim, o surgimento de uma perturbação ainda maior que aquela julgada no caso concreto.

Ainda se tratando de direito comparado, o trabalho permitiu concluir que, primeiramente, não se pode falar em uma metodologia, mas várias metodologias que, a depender do objetivo ou do objeto analisado, tem maior ou menor eficiência. Ademais, a utilização das metodologias do direito comparado, simultânea ou isoladamente, é um lastro indispensável à garantia de uma relevante e segura comparação que, como corolário, também garantirá a hígida interpretação constitucional.

No que diz respeito à forma de utilização das experiências estrangeiras pelos ministros do STF nas fundamentações de suas decisões, o estudo de caso da ADPF 54 não permitiu obter afirmações conclusivas.

Fato é que, nesse estudo de caso, pode-se extrair que não há uma abordagem metodológica específica adotada pela maioria dos ministros que se utilizaram das citações estrangeiras. Alguns deles fizeram uso das experiências estrangeiras apenas com força de argumentação retórica e, talvez, demonstrar certo nível de erudição, mas sem o condão de comparar e/ou incluir conceitos, normas ou princípios.

Diante disso, fica evidente que a utilização de elementos estrangeiros por parte de alguns julgadores da corte suprema ainda se encontra aquém das exigências metodológicas desenvolvidas pela ciência do direito comparado. Na maioria dos casos, os ministros lançaram mão de tal expediente sem aprofundar no estudo dos direitos suscitados, restringindo à superficialidade conceitual, não desenvolvendo efetivamente a comparação de direitos.

Por outro lado, foi detectado que existem ministros que trazem ao debate elementos estrangeiros através de pertinente metodologia de direito comparado. Seja para reforçar elementos já existentes na jurisdição constitucional, seja para apresentar modelos e/ou conceitos inovadores, evidenciando tal inovação e justificando a possibilidade de sua inclusão no sistema jurídico brasileiro.

Quanto à hipótese inicial do trabalho, a cautela impede a sua confirmação. Ocorre que, da análise dos votos, foi detectada uma citação estrangeira cuja utilização não se firmou em qualquer possibilidade metodológica e, sequer, foi fundamentada. Referida forma de citação recai na indesejável possibilidade de se incluir uma visão descontextualizada do sistema jurídico brasileiro. Felizmente, esse não foi o caso da ADPF 54. Mas, é possível que em outros julgados do STF, argumentos estrangeiros tenham sido utilizados da mesma forma e, talvez, incluído no sistema jurídico nacional conceitos e princípios indesejáveis.

Como o Supremo Tribunal Federal é composto por um colegiado de ministros julgadores, e esses membros são renovados segundo a vacância natural dos cargos, não se pode afirmar que o perfil e a forma de votar daqueles ministros que votaram à época da ADPF 54 sigam a mesma linha de pensamento atual ou passada.

Diante desse contexto, conclui-se que é inviável qualquer tentativa de se obter um resultado qualitativo da forma como os ministros do STF utilizam-se de citações estrangeiras, vez que são centenas de decisões prolatadas diariamente, por uma pluralidade de ministros, pluralidade essa passível de alteração sem qualquer lógica temporal, dependendo apenas da vacância dos cargos.

## REFERÊNCIAS

ADAMS, M.; HEIRBOUT, D. Prolegomena to the method and culture of comparative law. In: AUTHORS, V. **The method and culture of comparative law: essays in honour of Mark Van Hoecke**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2014. p. 1-22.

AFTALIÓN, E. R.; VILANOVA, J.; RAFFO, J. **Introducción al Derecho**. 3ª Edição. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel VALLANDRO e Gerd BORNHEIM. 4ª Edição. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

BEHRMAN, R. E.; KLIEGMAN, R. M.; JENSON, H. B. **Nelson tratado de pediatria**. Rio de Janeiro: Guanabara, 2002.

BOBBIO, N. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio PUGLIESI. São Paulo: Ícone, 2006.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 - Código Penal**. Brasília: [s.n.], 1940.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Brasília: [s.n.], 1942.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. [S.l.]: [s.n.], 1988.

CADEMARTORI, L. H. U.; BAGGENSTOSS, G. A. A Coerência do Sistema Jurídico em Luhmann: uma proposta ao fechamento operacional e à abertura cognitiva da decisão judicial. **Seqüência**, Florianópolis, julho 2011. 323-359.

CAPEZ, F. **Direito penal: parte especial**. 8ª Edição. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAVALCANTE, A. R. A Racionalidade Comunicativa de Jürgen Habermas. **Educação e Filosofia**, Uberlândia, XV, janeiro 2001. 225-257.

CENCI, A. R. Desigualdade e o Mito da Imparcialidade: A (Re)produção dos Discursos de Gênero na ADPF 54. **Sociais e Humanas**, Santa Maria, 24, jul/dez 2011. 22-35.

CURY, P. M. N. Métodos de direito comparado: desenvolvimento ao longo do século XX e perspectivas contemporâneas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, jul/set 2014. 176-185.

DAVID, R. **Os Grandes sistemas de Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

DEL VECCHIO, G. **Lições de filosofia do direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1972.

DURÃO, A. B. Habermas: Os fundamentos do Estado Democrático de Direito. **Trans/Form/Ação**, São Paulo, 2009. 119-137.

DUTRA, D. C. Método(s) em direito comparado. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, 61, Set/Dez 2016. 189-212.

FERRAZ JR., T. S. Apresentação. In: LUHMANN, N. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

GENTIL, P. Fontes do Direito. **Revista do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista**, Porto Alegre, 6, 2008. 35 - 41.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. São Paulo: Atlas, 1999.

GOMES, O. **Introdução ao direito civil**. 7ª Edição. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

HABERMAS, J. **Pensamento Pós-metafísico: estudos filosóficos**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HABERMAS, J. **Teoria de la acción comunicativa. Tomo II: Crítica de la razón funcionalista**. Madrid: Taurus Humanidades, 1992.

HABERMAS, J. **Direito e Democracia: Entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. I, 1997.

HABERMAS, J. **Teoria de la acción comunicativa. Tomo I: Racionalidad de la acción y racionalización social**. Madrid: Taurus Humanidades, 1999.

HEINEN, J. Método de direito comparado: desenvolvimento e perspectivas contemporâneas. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, Salvador, 27, jul/dez 2017. 165-192.

HÄBERLE, P. **Libertad, igualdad, fraternidad, 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado consitucional**. Madrid: Trotta, 1998.

HÄBERLE, P. El estado constitucional europeo. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, Ciudad de México, enero/junio 2000. 87-104.

HÄBERLE, P. La constitución como cultura. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, Madrid, Num 6 2002. 177-198.

HÄBERLE, P. **Pluralismo y Constitución**. España: Tecnos, 2002.

HÄBERLE, P. Comparación constitucional y cultural de los modelos federales. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, Num 8 julio/diciembre 2007. 171-188.

HÄBERLE, P. **El estado constitucional**. Tradução de Héctor Fix-Fierro. 2ª Edición. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.

HORBACH, C. B. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, 12, 2015. 193-210.

HUSA, J. Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance? **The RabelJournal of Comparative and International Private Law**, julho 2003. 419-447.

HUSA, J. Research designs of comparative law: methodology or heuristics? **The journal of comparative law**, 9, 2015.

KUNZLER, C. M. A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. **Estudos de Sociologia**, Araraquara, 16, 2004. 123-134.

LOPES JR., D. Introdução. In: \_\_\_\_\_ **Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 1-30.

LUHMANN, N. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, N. **Social Systems**. Stanford: Stanford University Press, 1995.

LUHMANN, N. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**, Rio de Janeiro, 2004.

LUHMANN, N. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007.

MÁYNEZ, E. G. **Introducción al estudio del derecho**. 53ª Edição. ed. Mexico: Porrúa, 2002.

MARTÍNEZ, P. D. G. R. Una aproximación al iusculturalismo de Peter Häberle. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, Ciudad de México, julio/diciembre 2012. 165-192.

MENDES, G. F. Controle de constitucionalidade: uma análise das leis 9868/99 e 9882/99. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, fevereiro 2002. 1-13.

MENDES, G. F. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, 2008/2009.

MENDES, G. F. **Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil.** Pronunciamento no simpósio Construção do Direito Constitucional Europeu. Granada: Faculdade de Direito da Universidade de Granada, 2009.

MICHAELIS. Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. **Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**, 2017. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=&t=&palavra=fonte>>. Acesso em: 19 agosto 2017.

MIRANDA, M. D. S. O mundo da vida e o Direito na obra de Jürgen Habermas. **Prisma Jur**, São Paulo, 8, janeiro 2009. 97-119.

MONTESQUIEU, C. D. S. B. D. **O espírito das leis.** Tradução de Cristina MURACHCO. 2ª Edição. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MONTORO, A. F. **Introdução à Ciência do Direito.** 24ª Edição. ed. São Paulo: RT, 1997.

NEVES, M. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: para além de Luhmann e Habermas.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEVES, M. **Transconstitucionalismo.** 1ª Edição. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

PENNA, M. L. F. Anencefalia e morte cerebral (neurológica). **Revista de Saúde Coletiva**, 15, 2005. 95-106.

PEREIRA, C. M. D. S. Código napoleão: influências nos sistemas jurídicos ocidentais. **Revista da faculdade de direito UFMG**, Belo Horizonte, 32, outubro 1989. 1-14.

REALE, M. **Fontes e modelos do direito para um novo paradigma hermenêutico.** São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, M. **Lições Preliminares de Direito.** 26ª Edição. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REBOUL, O. **Introdução à retórica.** Tradução de Ivone castilho Benedetti. 2ª Edição. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ROSS, A. **Teoría de Las Fuentes del Derecho: Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas.** 1ª Edição. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ROZEIRA, G. G. Direito constitucional comparado: uma abordagem metodológica. **Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política**, Porto, 2017. 79-114.

SAMUEL, G. **An introduction to comparative law: theory and method.** Oxford e Portland: Hart Publishing, 2014.

SARRO, L. A. G. **Novo código de processo civil: principais alterações do sistema processual civil**. São Paulo: Rideel, 2016.

SCARCIGLIA, R. **Introducción al derecho constitucional comparado**. Madrid: Dykinson-constitucional, 2011.

SILVA, C. O. P. D. Estado Constitucional Cooperativo: O futuro do Estado e da interpretação Constitucional sob a ótica da Doutrina de Peter Häberle. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, 7, maio 2005. 01-18.

SILVA, C. O. P. D.; GONTIJO, A. P. **Análise metodológica de Peter Häberle**. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Brasília: [s.n.]. 2008. p. 5398-5426.

SILVA, E. M. D. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, julho 2005. 213-230.

SIMIONI, R. L.; BAHIA, A. G. M. F. Como os juízes decidem? Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann. **Seqüência**, Florianópolis, dezembro 2009. 61-88.

STF. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54. Relator: Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. **Supremo Tribunal Federal**, 06 fevereiro 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 20 fevereiro 2018.

TELES, N. M. **Direito penal: parte especial: arts. 121 a 212**. São Paulo: Atlas, v. 2, 2004.

TORRÉ, A. **Introducción al derecho**. 14ª Edição. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.

VENOSA, S. D. S. **Direito civil: parte geral**. 6ª Edição. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

WEBBER, S. D. S. **Decisão judicial, expectativas e estabilização social: repensando a legitimação pelo procedimento na sociedade complexa**. São Leopoldo: Tese (Doutorado em Direito) - Univesidade do Vale do Rio dos Sinos, 2015. 387 p.