

O BRASIL NA COMISSÃO DE VENEZA E A INFLUÊNCIA EXERCIDA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE BRAZILIAN ACCESSION TO THE VENICE COMMISSION AND THE INFLUENCE ON THE FEDERAL SUPREME COURT

Recebido: 21.07.2020

Aprovado: 29.07.2020

MANUELITA HERMES R. OLIVEIRA FILHA

Doutoranda e Mestra em Direito na Universidade de Roma *Tor Vergata*. Professora do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Procuradora Federal.

Email: manuelitahermes@gmail.com

LATTES: <http://lattes.cnpq.br/3250051949245797>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4140-0820>

RESUMO: *Cross-judicial fertilization* ou *transjudicial dialogue* é um fenômeno recentemente estudado, que revela o diálogo e a interação entre cortes constitucionais e internacionais, podendo levar a uma consequente e paulatina convergência. Por meio dos métodos dedutivo e comparativo funcional, busca-se averiguar a existência e o impacto de um diálogo ou *cross-judicial fertilization*, entre o Brasil, por meio do Supremo Tribunal Federal, e a Comissão Europeia para a Democracia através do Direito – *Comissão de Veneza*. Com foco na influência internacional, apresenta-se que o país tornou-se membro da Comissão de Veneza. Em seguida, analisa-se a influência dos precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal e conclui-se acerca da abertura para a recepção de precedentes estrangeiros.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Comparado; Jurisdição constitucional; Corte Europeia de Direitos Humanos; Comissão de Veneza; diálogo entre Cortes.

ABSTRACT: *Cross-judicial fertilization* or *transjudicial dialogue* is a recently studied phenomenon, which reveals the dialogue and interaction between constitutional and international courts, which can lead to a consequent and gradual convergence. Through deductive and functional comparative methods, we seek to exam the existence and the impact of a dialogue between the Brazilian Federal Supreme Court and the European Commission for Democracy through Law – Venice Commission. With a focus on international influence, we demonstrate that the country has become a member of the Venice Commission. Then, we analyze the influence of the precedents of the European Court of Human Rights on the judgments of the Federal Supreme Federal and conclude that the country has been opened to the reception of foreign precedents.

KEYWORDS: Comparative Law; Constitutional jurisdiction; European Court of Human Rights; Venice Commission; judicial dialogue.

SUMÁRIO: 1 Introdução 2 A criação da Comissão Europeia para a Democracia através do Direito – Comissão de Veneza 3 O ingresso do Brasil como membro efetivo da Comissão Europeia para a Democracia através do Direito e a influência exercida no Supremo Tribunal Federal 4 Conclusões 5 Referências

1 Introdução

Desde a sua criação, em 1990, a Comissão de Veneza é composta por especialistas nomeados pelos Estados Membros. Desenvolve estudos e colaboração em matéria constitucional. O Brasil, ainda que não componha o Conselho da Europa, aderiu à aludida Comissão por meio da atuação do Supremo Tribunal Federal – STF – em 1º de abril de 2009, como membro pleno.

Desde então, foram desenvolvidos encontros e modalidades de cooperação entre o STF e o órgão na área de jurisdição constitucional, sempre em prol da efetivação de direitos constitucionais, mormente os direitos fundamentais.

O estudo empreendido busca, em um primeiro momento, o conhecimento e o entendimento da Comissão Europeia para a Democracia através do Direito, a chamada *Comissão de Veneza*, órgão consultivo do Conselho da Europa em relação a temas constitucionais. Após, por meio dos métodos dedutivo e comparativo funcional, objetiva-se compreender a sua influência no Brasil, mais especificamente no Supremo Tribunal Federal.

Finalmente, com pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial, almeja-se aferir se e de que maneira ocorre a chamada *cross-judicial fertilization* ou *transjudicial dialogue*, que proporcione o diálogo e a interação entre cortes constitucionais e internacionais, levando-se a uma consequente e paulatina convergência.

2 A criação da Comissão Europeia para a Democracia através do Direito – Comissão de Veneza

Criada em maio de 1990, a Comissão Europeia para a Democracia através do Direito – *Comissão de Veneza* – é o órgão consultivo do Conselho da Europa para assuntos constitucionais. Com sede da secretaria permanente em Estrasburgo, na França, realiza sessões plenárias quatro vezes ao ano em Veneza, na Itália, nos meses de março, junho, outubro e dezembro.

Trata-se de órgão mais amplo do que o próprio Conselho da Europa, uma vez que, além dos quarenta e sete Estados Membros daquele, há outros catorze países que compõem a Comissão. São eles: Argélia, Brasil, Cazaquistão, Chile, Coreia do Sul, Costa Rica, Estados Unidos da América, Israel, Kosovo, Marrocos, México, Peru, Quirguistão e Tunísia. Totalizam-se, por conseguinte, sessenta e um Estados Membros.

Cada país é representado por autoridades nacionais, tais como professores universitários da área de direito público e direito internacional, servidores públicos, juízes de cortes constitucionais e membros do parlamento, que cumprem um mandato de quatro anos como representantes do Estado perante a Comissão de Veneza.

Há, ainda, cinco Estados Observadores (Argentina, Canadá, Japão, Santa Sé e Uruguai) e um Membro Associado (Belarus). Por fim, a União Europeia (UE) e a Organização para Segurança e Cooperação na Europa (OSCE) são participantes da Comissão como parceiros internacionais.

Possui como funções assessorar e fornecer conselhos jurídicos para seus Membros, sobretudo a fim de alinhar as experiências domésticas com os padrões estabelecidos no âmbito do Conselho. Destarte, tem papel relevante no que atine à democracia e aos direitos fundamentais.

Na seara constitucional, calha destacar o trabalho desenvolvido em prol da disseminação de uma herança constitucional comum¹. O trabalho da Comissão tem como foco três áreas, a

¹ Sobre democracia como valor e a necessidade de identificação de valores comuns, leciona o Professor Saulo Casali: “Our common core values must be perceived. These values make the best living, and promote solidarity and altruism. After all, human development requires unselfishness, and human rights come directly from our humanity. Altruism necessarily arises from the identity of individuals. It is necessary to identify the essential traits

saber: instituições democráticas e direitos fundamentais; justiça constitucional e justiça ordinária; eleições, referendos e partidos políticos².

Nesta senda, tem como atividades prover os Estados com opiniões e estudos relativos a tópicos com pertinência temática quanto à sua atuação – direito constitucional e direito público em geral –, como, por exemplo, em relação a projetos de lei ou de constituição. Provê, também, o exame de legislações e constituições já vigentes; organiza conferências e seminários que difundam o ideal democrático e facilitem a implementação dos valores promovidos pelo órgão; e proporciona treinamentos e publicações com o escopo de formar uma base que sirva de referência no que tange aos direitos fundamentais.

Ressalte-se que as opiniões emanadas pela Comissão não são vinculantes e buscam proporcionar o diálogo e a troca de experiências entre os Estados Membros. Em realidade, há a proposta de soluções sem caráter imperativo. Mesmo sem a eficácia vinculante dos seus atos, conforme informações do sítio oficial, a Corte Europeia de Direitos Humanos já fez referência às opiniões da Comissão de Veneza em mais de noventa casos julgados desde o ano de 2002³.

No que concerne ao objeto deste estudo, é importante gizar que a Comissão busca o diálogo, a comunicação ou a interação entre as cortes constitucionais dos seus membros, como uma forma de estimular uma mútua inspiração e o desenvolvimento de princípios constitucionais comuns.

Ademais, a divulgação da jurisprudência constitucional dos países possui alta relevância. O órgão realiza a publicação das principais decisões constitucionais dos seus participantes no *Boletim de Jurisprudência Constitucional*. Na database denominada *Codices*, encontram-se resumos de decisões, textos de normas constitucionais e atos normativos relativos às Cortes dos Estados Membros, de modo a permitir o acesso à informação e ao conhecimento, fomentando-se o diálogo entre eles⁴. A troca de experiência e de dados é também estimulada por meio da plataforma eletrônica denominada *Venice Forum*.

Composto de membros que extrapolam as fronteiras europeias, pode-se dizer que a Comissão de Veneza busca o incremento do conhecimento de decisões de diversas cortes ou tribunais constitucionais, bem como o crescimento da influência da jurisprudência dos Estados Membros entre si. E não é só: a interação jurídica entre os países que compõem a Comissão com a Corte Europeia de Direitos Humanos é, outrossim, fortalecida. Não apenas a Corte cita as opiniões da Comissão em apreço, mas também os Estados Partes desta fazem alusão, nos julgamentos emanados pelos seus tribunais constitucionais, à jurisprudência da Corte Europeia de

in common mankind in each of us. This is the Social Power essence and goal”. (BAHIA, Saulo José Casali. Values, Multiculturalism and Social Poser. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, v. 26, n. 28, 2016, p. 409. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/18285/12780> Acesso em: 21 jul. 2020.)

² CRAIG, Paul. Constitucionalismo Transnacional: la contribución de la Comisión de Venecia. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 40, 2017, p. 82-86.

³ Consultar: http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_Presentation&lang=EN. Acesso em: 25 jun. 2020.

⁴ Quanto a este aspecto, importa mencionar que, em 16 de maio de 2012, foi firmado o Acordo de Cooperação entre a Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa e a Comissão de Veneza, que prevê a troca de informações entre as partes. Cf. CONSELHO DA EUROPA (COMISSÃO DE VENEZA); CONFERÊNCIA DAS JURISDIÇÕES CONSTITUCIONAIS DOS PAÍSES DE LÍNGUA PORTUGUESA. *Acordo de Cooperação entre a Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa e a Comissão de Veneza*. Maputo: 2012.

Disponível em: <http://www.venice.coe.int/CJCPLP/co-operation-agreement-CJCPLP-por.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2020.

Direitos Humanos. Trata-se, pois, de um enriquecimento recíproco, consistente na chamada *cross-judicial fertilization*⁵.

Este é o ponto que se busca investigar, partindo-se do questionamento: após o ingresso do Brasil na Comissão de Veneza, houve o aumento das referências à jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos Humanos nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal? Em caso afirmativo, pode-se identificar um diálogo entre as Cortes?

3 O ingresso do Brasil como membro efetivo da Comissão Europeia para a Democracia através do Direito e a influência desenvolvida no Supremo Tribunal Federal

A Constituição de 1988 (CF/88) instaurou a Nova República no país e apresentou grande rol de direitos fundamentais⁶. Apresenta nítido caráter (re)democrático⁷ e de aporte de normas que buscam efetivar a cidadania.

O ordenamento jurídico do país deriva do *Civil Law*, com aspectos que singularizam o chamado subsistema latino-americano. Apesar das influências de institutos jurídicos estadunidenses, que foram recentemente “importados”, não há que se falar em desconfiguração do (sub)sistema adotado.

Atualmente, porém, é difícil fazer a caracterização estanque dos países do *Common Law* e do *Civil Law*, dada a crescente interpenetração de institutos antes associados unicamente a uma ou a outra tradição aludida, levando à convergência paulatina entre sistemas⁸. Com efeito, é notável a crescente valorização de entendimentos jurisprudenciais em países de origem romanística, como, na Europa, a Itália, e, na América Latina, o Brasil. A título de exemplo a criação, pela Emenda Constitucional nº 45/2004, do instituto jurídico da súmula vinculante no ordenamento brasileiro ilustra como a existência de precedentes passou a ter relevância e peso jurídico maior no país. Assim, cabe ao STF, preenchidos os requisitos constitucionais, aprovar súmulas vinculantes com o escopo de sanar controvérsia atual sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas jurídicas que cause grave insegurança jurídica e multiplicação de processos repetitivos.

No artigo 1º da CF/88⁹, que inaugura o *Título I – Dos Princípios Fundamentais*, houve a opção do constituinte por erigir a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho a fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro. Isso revela a natureza da Constituição e estabelece um norte interpretativo indispensável à sua aplicação.

⁵ Quanto a este ponto, cf. GARCIA ROCA, Javier. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo. **UNED. Teoría y Realidad Constitucional**, núm. 30, 2012, p. 194; 197-199.

⁶ Sobre este aspecto: “(...) Na técnica, na forma e na substância da matéria pertinente a direitos fundamentais, a derradeira Constituição do Brasil se acerca da Lei Fundamental alemã de 1949, e até a ultrapassa em alguns pontos.” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 369.)

⁷ Em relação ao movimento de redemocratização na Europa e no Brasil, vide BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 245-247.

⁸ É o que explicam Antonio Gambaro e Rodolfo Sacco:

“In definitiva oggi nessun aspetto del sistema delle fonti pare idoneo a costituire un demarcatore sistemologico tra le esperienze di common i di civil law. Sotto questo profilo la graduale convergenza dei sistemi appartenenti alle due famiglie giuridiche appare evidente.” (GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo. **Sistemi Giuridici Comparati**. Itália: Utet Giuridica, 2014, p. 36.)

⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 jun. 2020.

No que concerne ao tema objeto deste trabalho, cabe pontuar, ainda, a previsão, no art. 4º da Constituição¹⁰, de princípios que regem a atuação internacional do país. Merece destaque o princípio atinente à prevalência dos direitos humanos, que alberga e justifica a participação do Brasil em organizações internacionais que visem à promoção e à proteção dos direitos humanos¹¹. Este princípio é, também, balizador da interpretação constitucional e da tomada das decisões judiciais – aplicação da Constituição, consubstanciando-se em premissa do ordenamento jurídico¹².

A adesão do Brasil à Comissão Europeia para a Democracia através do Direito foi decorrente da abertura do órgão à participação de Estados não europeus a partir do ano de 2002, em razão da revisão do seu Estatuto¹³.

Considerando que o Supremo Tribunal Federal é membro fundador da Conferência Iberoamericana de Justiça Constitucional, foi por meio desta que houve a iniciativa e o desenvolvimento das tratativas para a adesão. Assim, em 1º de abril de 2009, o país integrou a Comissão de Veneza, sendo o seu 56º membro à ocasião.

Insta perquirir se um dos resultados decorrentes do ingresso do Brasil na Comissão Europeia para a Democracia através do Direito foi o nascimento ou o crescimento da influência entre o órgão e o país no tocante ao formante jurisprudencial. Não se olvidando de que se está a tratar do âmbito do Conselho da Europa, cujo órgão judicante é a Corte Europeia dos Direitos Humanos, impende examinar se tais inspiração e cooperação são efetivamente mútuas entre as Cortes e revelam um diálogo constitucional a delinear a chamada *cross-judicial fertilization*.

A metodologia utilizada para a realização da pesquisa foi o método de abordagem dedutivo; bem como o método comparativo funcional¹⁴. Com este escopo, usou-se, como técnica, a análise das citações, na jurisprudência do STF, dos precedentes da Corte de Europeia de Direitos Humanos até 30 de março de 2009, dia anterior à entrada do Brasil na aludida Comissão. Após, examinou-se o segundo período, compreendido entre 1º de abril de 2009 e 1º de dezembro 2017.

A pesquisa teve por objeto as decisões colegiadas, emanadas do tribunal pleno ou de uma das turmas do STF – *acórdãos*, bem como as *decisões monocráticas* proferidas pelo Relator do processo, sobretudo para fins de análise de pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal. Inicialmente, foi encontrado um total de vinte e oito acórdãos e de dezoito decisões monocráticas. As decisões proferidas de modo colegiado

¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 jun. 2020.

¹¹ Juntamente com o artigo 5º, §2º, tem-se a conformação da abertura não apenas para a participação do país em organizações internacionais de proteção e promoção dos direitos humanos, nos termos do artigo 4º, mas, também, para a adoção de normas internacionais decorrentes de tratados firmados pelo Brasil. Para um estudo sobre a aplicação prática das referidas normas, especificamente quanto ao cumprimento, pelo Estado brasileiro, de decisão emanada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e a prevalência da norma internacional, na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema, vide BAHIA, Saulo José Casali. O caso Fazenda Brasil Verde e o cumprimento da Decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, v. 30, n. 01, p.151 -167, Jan-Jun 2020. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/36779/21080> Acesso em: 22 jul. 2020.

¹² No tocante aos princípios constitucionais como condicionantes da interpretação, confira-se: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 149-158.

¹³ CONSELHO DA EUROPA. **Revised Statute of the European Commission for Democracy through Law**. Disponível em: http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_01_Statute. Acesso em: 25 jun. 2020.

¹⁴ Sobre o método, confirmam-se ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **An Introduction to Comparative Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 33-47, e BECKER, Ulrich. Introduction to the General Principles of Social Security Law in Europe. *In*: BECKER, Ulrich; PIETERS, Danny; ROSS, Friso; SCHOUKENS, Paul. **Security: A General Principle of Social Security Law in Europa**. Amsterdam: Europa Law Publishing, 2010, p. 10.

demonstraram uma maior dedicação ao uso da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Do total de acórdãos, apenas duas decisões foram anteriores ao ingresso do Brasil na Comissão Europeia para a Democracia através do Direito; publicadas em 17 de setembro de 2003 e em 23 de fevereiro de 2006. As demais decisões colegiadas, é dizer, as vinte e seis remanescentes, foram posteriores a 1º de abril de 2009.

No que concerne às decisões monocráticas, do total das dezoito encontradas, apenas duas foram referentes ao primeiro período em exame, proferidas em 2005 e em fevereiro de 2009. As demais dezesseis foram emanadas após o ingresso do Brasil na Comissão de Veneza.

No Brasil, assiste-se a um fenômeno jurídico consistente na crescente valorização da jurisprudência¹⁵. Percebe-se a diminuição da reverência à doutrina nacional¹⁶ e o aumento da autoridade jurisprudencial, que não raramente se refere a entendimentos de intelectuais estrangeiros e a decisões de outros Estados como forma de fortalecer a fundamentação. Isso demonstra a inserção, nas decisões, de vários elementos que contribuem para a *ratio decidendi* e influenciam a configuração do Direito no ordenamento interno.

Destaque-se que não existe relação hierárquica entre o Brasil e a Corte Europeia de Direitos Humanos. A citação feita é de forma voluntária, uma espécie de comunicação existente entre os tribunais¹⁷. O teor normativo da Convenção é, por conseguinte, desprovido de eficácia vinculante em relação ao nosso país. As decisões da Corte, portanto, são válidas apenas *inter partes*¹⁸. Incabível cogitar-se acerca de qualquer eficácia jurídica em relação ao ordenamento brasileiro, mesmo após o Estado ter se tornado membro da *Comissão de Veneza*. A utilização, pelo STF, de referências à Convenção Europeia dos Direitos Humanos e à sua respectiva Corte, demonstra a correspondência ao que seria uma citação de direito estrangeiro ou *lex alii loci*.

¹⁵ Rodolfo Sacco e Piercarlo Rossi atribuem ao uso da comparação a causa da revalorização da jurisprudência nos países de base jurídica romanista, como o Brasil, mormente considerando que as decisões enunciam regras operativas pouco conhecidas. (SACCO, Rodolfo; ROSSI, Piercarlo. **Introduzione al Diritto Comparato**. Itália: Utet Giuridica, 2015, p. 62.)

¹⁶ Segundo Michele Carducci: “O ‘formante’ doutrinário torna-se ‘cada vez mais passivo’: deve legitimar, mas não pode ‘alterar’, por isso deve ‘se dar’ um método.” (CARDUCCI, Michele. Política, Democracia, Decisionismo: Justiça Constitucional e Constitucionalismo. Consensus ou Petitem? In: ROMBOLI, Roberto; DE ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (org.). **Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 205.)

¹⁷ GROPPPI, Tania; PONTTHOREAU, Marie-Claire. Introduction. The Methodology of the Research: How to Assess the Reality of Transjudicial Communication? In: GROPPPI, Tania; PONTTHOREAU, Marie-Claire (edit.). **The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges**. Oxford: Hart Publishing, 2014, p. 5-7.

Sustentando que, neste caso - de voluntariedade - não há que se falar em *judicial dialogue*, no qual haveria produção de um comparado *argumental* ou *constutivo de normas* e de um comparado *panorama legal* pronuncia-se Javier Garcia Roca: “Esta situación no es la misma que la *influencia* persuasiva de otro tribunal internacional, como puede ser la Corte Interamericana de Derechos Humanos, u otro tribunal extranjero, como ha ocurrido cuando el TEDH cita a la Corte Suprema de Canadá, o a algún Tribunal Supremo o Constitucional no europeo. Una comunicación judicial basada en la influencia del derecho extranjero me parece diferente a lo que he denominado *comparado constructivo o panorámico*. (GARCIA ROCA, Javier. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo. **UNED. Teoría y Realidad Constitucional**, núm. 30, 2012, p. 207.)

¹⁸ Assim explica Alessandro Pizzorusso: “(...) las decisiones de la Corte Europea tienen eficacia solo *inter partes* y su aplicación *erga omnes* presupone su recepción por obra de una fuente estatal. Si tiene así una combinación de la tutela jurisdiccional de derecho interno estatal con la tutela internacional, cuyos efectos son ciertamente más difíciles de conseguir de aquellas propias de las decisiones de los jueces constitucionales que actúan en nombre del mismo Estado del cual se atiende a su ejecución.” (PIZZORUSSO, Alessandro. Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos. In: ROMBOLI, Roberto; DE ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (org.). **Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 155.)

Há uma penetração jurídica com alta capacidade persuasiva¹⁹, com a aplicação, pelo Estado, de regras que ele não criou. Internaliza-se uma fonte externa, terceira, de forma consciente ou inconsciente²⁰, que pode ser determinante no formante jurisprudencial. Normas jurídicas ou decisões de outro país ou de uma organização internacional da qual o Estado não seja membro assumem o papel de fonte jurídica a ser de igual modo influente no formante.

O direito comparado passa a ter impacto no convencimento dos membros do tribunal no exercício da jurisdição constitucional e, por consequência, culmina por ter peso no complexo ordenamento jurídico pátrio.

Frise-se que para a compreensão do direito interno, como visto, não é suficiente a leitura do substrato textual referente à legislação de qualquer hierarquia. De igual modo, em se tratando de comparação, tampouco a mera transcrição ou justaposição de textos normativos exprimirá um verdadeiro estudo²¹. Faz-se necessário ir além do texto. O recurso a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais permite captar a inteireza fisionômica do instituto comparado. O comparatista não deve se ater apenas à norma posta. Impende, para captar as convergências e divergências, examinar, muitas vezes, aspectos históricos, sociais, culturais, linguísticos, filosóficos e antropológicos que fazem parte da atmosfera que origina ou permeia determinado ordenamento jurídico. Destarte, analisa-se o *direito vivente*²².

Cuida-se, em realidade, dos *formantes*²³. Estes seriam as variadas fontes, jurídicas ou não, que coexistem e influenciam-se entre si e na formação de um sistema ou de um ordenamento. Reconhecendo-se a existência de suas variadas espécies²⁴, podem ser mencionados, a título de exemplo, os formantes legal ou legislativo, doutrinário e jurisprudencial²⁵.

Subdividindo-se os principais formantes dos ordenamentos contemporâneos, quais sejam, legal, jurisprudencial e doutrinário, em categorias, os dois primeiros seriam *ativos* ou *dinâmicos*,

¹⁹ Para artigo referência no assunto, vide PATRICK GLENN, H. Persuasive Authority. **McGill Law Journal** 32, n° 2, 1987, p. 262-265. Veja-se, também, MCCRUDDEN, Christopher. A Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights. **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 20, n. 4, 2000, p. 512-516.

²⁰ SACCO, Rodolfo; ROSSI, Piercarlo. **Introduzione al Diritto Comparato**. Itália: Utet Giuridica, 2015, p. 74-75.

²¹ Cf. CONSTANTINESCO, Leóntin-Jean. **Il Metodo Comparativo**. Itália, Torino: G. Giappicheli Editore, 2000, p.141-162.

²² Sobre a contraposição entre *direito teórico* e *direito concreto ou vivente*, cf. PIZZORUSSO, Alessandro. **Corso di Diritto Comparato**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1983, p. 13.

²³ Inicialmente denominados de componentes, por Rodolfo Sacco, em 1964, e chamados formantes a partir de 1979. (cf. SACCO, Rodolfo; ROSSI, Piercarlo. **Introduzione al Diritto Comparato**. Italia: Wolters Kluwer, 2015, p. 57.)

²⁴ Nesta linha: “I sistemi giuridici moderni constano di un grande numero di formanti. In ognuno di esse si distinguono più formanti legali – uno a livello costituzionale, altri a livello di norma ordinaria, legale, regolamentare, ecc. -, alcuni formanti giudiziari, alcuni formanti dottorali. Alcuni formanti possono apparire non necessari alla funzione del diritto – dichiarazioni di scienza, proclamazioni relative agli scopi della legge, ossia, agli effetti sperati dal legislatore, definizioni politologiche, ecc. -.” (GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo. **Sistemi Giuridici Comparati**. Itália: Utet Giuridica, 2014, p. 4.)

²⁵ Michele Carducci refere-se ao que denomina os três “formantes” mundanos de origem jurídica, que seriam a *legis-latio*, a *iuris-dictio* e a *interpretatio*. E segue afirmando que “(...) o constitucionalismo marca o percurso histórico do Ocidente na direção da progressiva unificação destas ideias do direito compreendido como “re-legitimação” terrena dos “formantes”. (CARDUCCI, Michele. Política, Democracia, Decisionismo: Justiça Constitucional e Constitucionalismo. Consensus ou Petition? In: ROMBOLI, Roberto; DE ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (org.). **Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 202.)

na medida em que, respeitadas as variações existentes entre cada sistema jurídico, são idôneos a produzir direito cogente, ao passo que o último, relativo à doutrina, seria *passivo*²⁶.

O formante legislativo abrangeria não apenas a lei ou ato normativo em si, mas também a autoridade criadora, como o Poder Legislativo ou o Executivo do qual emane, por exemplo, uma medida provisória. O mesmo se diga do jurisprudencial, deve abranger não somente a decisão, mas o órgão decisório, como, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal. Quanto à doutrina, é inegável que uma publicação com enunciados teóricos e princípios é relevante, mas também o é um pronunciamento ou opinião fundamentada, elaborados pelo seu autor, ainda que oralmente em sede de uma entrevista televisiva.

A variabilidade da valoração de um formante é dependente de cada ordenamento e sistema jurídico, inclusive em função do tempo. A dinâmica de força é, destarte, mutável.

Por derradeiro, vale mencionar a possibilidade de existirem formantes que não são verbalizados; são, em realidade, ocultos, implícitos e presentes na prática e na cultura jurídicas não raro de forma inconsciente. Conforme ensina Rodolfo Sacco, seriam os denominados *criptotipos – crittotipi*. Corresponderiam a atuações reiteradas, exercidas de modo automático e tradicional, sem que haja uma verbalização ou formalização da necessidade de sua observância²⁷.

Além de normas e institutos com seus respectivos formantes em uma dada ordem jurídica, a ciência do direito comparado dedica-se aos estudos dos sistemas jurídicos delineados ao longo do tempo, visando a compreender as suas características próprias e influências. Trata-se da análise dos sistemas jurídicos comparados, de modo a destacar os aspectos homogêneos e distintos entre eles, esquematizando-se suas classificações de maneira a permitir a sua compreensão.

No que concerne ao objeto da presente pesquisa, certo é que a interpretação constitucional vale-se de vários métodos em busca de uma solução que melhor garanta a aplicação da Constituição. O recurso à comparação nos julgados assume um papel, inicialmente, acessório, é dizer, compõe a fundamentação de modo ornamental²⁸, uma vez que não há obrigação da citação ou observância da regra estrangeira ou internacional nem da decisão prolatada por um outro Estado ou corte internacional²⁹.

Angioletta Sperti³⁰ discorre sobre o uso da comparação com recurso a precedentes estrangeiros, em particular no que atine ao tema da tutela dos direitos fundamentais. Identifica três diversos modelos, a saber: o primeiro, exemplificado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, revelaria um uso limitado e cauto dos precedentes estrangeiros; o segundo, dialógico, compreenderia uma maior abertura à comparação, como ocorre na Suprema Corte do Canadá, que dedica especial atenção aos precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos; e o terceiro, que traria o uso do direito comparado não só com caráter instrumental à interpretação do direito

²⁶ PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo. **Sistemi costituzionali comparati**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017, p. 12.

²⁷ SACCO, Rodolfo; ROSSI, Piercarlo. **Introduzione al Diritto Comparato**. Italia: Wolters Kluwer, 2015, p.119-121.

²⁸ BAGNI, Silvia; PAVANI, Giorgia. **Materiali essenziali per un corso di Diritto pubblico comparato**. Bologna: Filo diritto editore, 2014, p. 196.

²⁹ Esta situação costuma ser a regra, da qual a exceção que se destaca é a previsão, na Constituição da África do Sul, no artigo 39, que assim prevê: “39. Interpretation of Bill of Rights (1) When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum (a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; (b) must consider international law; and (c) may consider foreign law”. (SOUTH AFRICA. **Constitution of the Republic of South Africa**, 1996. English text signed by the President; Promulgation Date: 18 December 1996; Commencement Date: 4 February 1997 – unless otherwise indicated. Disponível em: <https://www.westerncape.gov.za/legislation/constitution-republic-south-africa>. Acesso em: 12 jun. 2020.)

³⁰ SPERTI, Angioletta. I giudici costituzionali e la comparazione giuridica. **11 Giornale di Storia Costituzionale**, 2006, p. 196-200.

nacional, mas como dever de sopesar princípios do direito internacional e faculdade de levar em consideração a jurisprudência das cortes constitucionais estrangeiras. O exemplo emblemático deste último é a África do Sul, conforme artigo 39 da sua Carta Constitucional³¹.

No que concerne ao âmbito europeu, Javier Garcia Roca indica que a Corte Europeia de Direitos Humanos costuma realizar um vasto estudo comparado, sobretudo diante de controvérsias jurídicas atinentes às diferentes regulações estatais de um mesmo instituto. Seria o tribunal comparatista por excelência, em busca de um consenso normativo europeu³².

Partindo da premissa de que a ideia de *judicial dialogue* é uma noção bastante imprecisa, da qual *transjudicial communication* seria uma espécie, Javier García Roca opta, acertadamente, por um conceito amplo e flexível de diálogo judicial no tocante à interação específica entre a Corte Europeia de Direitos Humanos e os tribunais constitucionais do Conselho Europeu, concluindo que:

El diálogo engloba un conjunto de variadas actividades jurisdiccionales que unificamos bajo esta denominación y que sólo pueden comprenderse mediante un elemento teleológico, la construcción y garantía efectiva de unos derechos fundamentales compatibles en un espacio europeo común, y no mediante expedientes procesales o formales³³.

Seguindo a linha de intelecção segundo a qual o diálogo judicial deve ser uma ferramenta dúctil para destinatários com culturas jurídicas diversas, Javier Garcia Roca identifica algumas situações específicas que ocorrem no terreno da prática jurídica do sistema europeu de proteção aos direitos humanos³⁴. Uma delas, a influência de um ordenamento jurídico em outro, de modo unidirecional ou bilateral, é a que se aplica ao caso brasileiro.

4 Conclusões

Com o esteio no estudo comparado entre as diversas cortes constitucionais, a Comissão de Veneza busca o desenvolvimento de um núcleo comum de democracia, direitos humanos e estado de Direito, com o fito de desenvolver e aprimorar as experiências constitucionais dos Estados Membros, sobretudo no que tange aos direitos fundamentais.

À luz do substrato teórico do direito comparado, conclui-se que a referência feita pelo Supremo Tribunal Federal, de modo voluntário, à jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, evidencia uma abertura jurídica do aludido tribunal à construção dialógica, ampla e plural dos direitos fundamentais.

³¹ SOUTH AFRICA. **Constitution of the Republic of South Africa**, 1996. English text signed by the President; Promulgation Date: 18 December 1996; Commencement Date: 4 February 1997 – unless otherwise indicated. Disponível em: <https://www.westerncape.gov.za/legislation/constitution-republic-south-africa>. Acesso em: 12 jun. 2020.

³² O autor esclarece, ainda, que frequentemente há uso do direito comparado como *método*, sem construção de classificações ou categoria comum: “A menudo se trata de un verdadero método comparado, puesto que la Corte de Estrasburgo integra esos argumentos comparados dentro de su motivación, aunque la comparación no siempre concluya en la edificación de una categoría común. Pero, otras veces, el Tribunal se contenta con mostrar primero el panorama legal europeo, el status quaestionis, para curiosamente resolver luego el asunto con una finta mediante una aproximación pragmática”. (GARCIA ROCA, Javier. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo. **UNED. Teoría y Realidad Constitucional**, núm. 30, 2012, p. 206.)

³³ *Idem*, p. 219.

³⁴ *Ibidem*, p. 219-222.

Há uma busca de superação de uma postura isolada, que baste em si mesma. Em um mundo globalizado e cada vez mais integrado, a diversidade e o pluralismo são manifestos, assim como a necessidade de interação e ponderação acerca de precedentes de direito estrangeiro, notadamente os oriundos de uma Corte de grande relevância no âmbito de proteção de direitos humanos.

Reconhece-se, pois, que há um direito constitucional além-fronteiras, fruto de uma nítida influência que demanda um esforço interpretativo para sua consolidação. Pode-se falar em uma argumentação persuasiva comparada, que permite reforçar a autoridade de decisões importantes ou politicamente sensíveis que busquem efetivar a chamada universalização dos direitos.

A citação dos precedentes constitui, por conseguinte, um instrumento a favor do pluralismo constitucional e da construção de uma ordem pública democrática, na via preconizada pela Comissão Veneza. Vislumbra-se a possibilidade de consolidação de um verdadeiro trabalho em rede, uma interação jurídica que influencia e constrói uma interlocução eloquente em prol dos direitos fundamentais.

Verificou-se, a partir da análise jurisprudencial, um efetivo aumento da citação de precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos após o ingresso do Brasil na Comissão Europeia para a Democracia através do Direito. Malgrado não haja uma menção expressa à Comissão em todos os julgados, pode-se afirmar, sim, que a aproximação, o conhecimento e a interação entre as Cortes foram proporcionados e incrementados após a participação do Estado brasileiro como membro. Trata-se, por conseguinte, de um resultado das funções da Comissão de Veneza.

Do estudo, pode-se perceber que, ao longo do tempo, houve um progressivo desenvolvimento e crescimento do número de citações, embora de maneira disforme, não necessariamente com ascensão exponencial a cada ano.

Certo é que o STF menciona em suas decisões precedentes de tribunais estrangeiros de outros Estados, além do Corte Europeia de Direitos Humanos. No entanto, no que atine especificamente a esta, constata-se que há tão-somente uma influência unidirecional, ou seja, a citação de precedentes da CEDH pelo STF, mas sem que haja o caminho inverso. Ainda não foi configurado um verdadeiro diálogo entre as Cortes.

5 Referências

BAGNI, Silvia; PAVANI, Giorgia. **Materiali essenziali per un corso di Diritto pubblico comparato**. Bologna: Filo diritto editore, 2014.

BAHIA, Saulo José Casali. O caso Fazenda Brasil Verde e o cumprimento da Decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, v. 30, n. 01, p. 151-167, Jan-Jun 2020. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/36779/21080> Acesso em: 22 jul. 2020.

BAHIA, Saulo José Casali. Values, Multiculturalism and Social Poser. *In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, v. 26, n. 28, p. 391-412, 2016. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/18285/12780> Acesso em: 21 jul. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BECKER, Ulrich. Introduction to the General Principles of Social Security Law in Europe. *In*: BECKER, Ulrich; PIETERS, Danny; ROSS, Friso; SCHOUKENS, Paul. **Security: A General Principle of Social Security Law in Europa**. Amsterdam: Europa Law Publishing, 2010, 3-20.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 jun. 2020.

CARDUCCI, Michele. Política, Democracia, Decisionismo: Justiça Constitucional e Constitucionalismo. Consensus ou Petitem? *In*: ROMBOLI, Roberto; DE ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (org.). **Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 201-208.

CONSELHO DA EUROPA. **Revised Statute of the European Commission for Democracy through Law**. Disponível em: http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_01_Statute. Acesso em: 25 jun. 2020.

CONSELHO DA EUROPA (COMISSÃO DE VENEZA); CONFERÊNCIA DAS JURISDIÇÕES CONSTITUCIONAIS DOS PAÍSES DE LÍNGUA PORTUGUESA. **Acordo de Cooperação entre a Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa e a Comissão de Veneza**. Maputo: 2012. Disponível em: <http://www.venice.coe.int/CJCPLP/co-operation-agreement-CJCPLP-por.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2020.

CONSTANTINESCO, Leóntin-Jean. **II Metodo Comparativo**. Itália, Torino: G. Giappicheli Editore, 2000.

CRAIG, Paul. Constitucionalismo Transnacional: la contribución de la Comisión de Venecia. **Teoría y Realidad Constitucional**, núm. 40, 2017, p. 79-109.

GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo. **Sistemi Giuridici Comparati**. Itália: Utet Giuridica, 2014.

GARCIA ROCA, Javier. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo. **UNED. Teoría y Realidad Constitucional**, núm. 30, 2012, p. 183-224.

GROPPI, Tania; PONTTHOREAU, Marie-Claire. Introduction. The Methodology of the Research: How to Assess the Reality of Transjudicial Communication? *In*: GROPPPI, Tania; PONTTHOREAU, Marie-Claire (edit.). **The Use of Foreign Precedentes by Constitutional Judges**. Oxford: Hart Publishing, 2014, p. 1-10.

- MCCRUIDDEN, Christopher. A Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights. **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 20, n. 4, 2000, p. 499-532.
- PATRICK GLENN, H. Persuasive Authority. **McGill Law Journal** 32, n° 2, 1987, p. 261-298.
- PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo. **Sistemi costituzionali comparati**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017.
- PIZZORUSSO, Alessandro. Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos. *In*: ROMBOLI, Roberto; DE ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (org.). **Justiça Constitucional e Tutela Jurisdiccional dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p.138- 159.
- PIZZORUSSO, Alessandro. **Corso di Diritto Comparato**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1983.
- SACCO, Rodolfo; ROSSI, Piercarlo. **Introduzione al Diritto Comparato**. Itália: Utet Giuridica, 2015.
- SOUTH AFRICA. **Constitution of the Republic of South Africa**, 1996. English text signed by the President; Promulgation Date: 18 December 1996; Commencement Date: 4 February 1997 – unless otherwise indicated. Disponível em: <https://www.westerncape.gov.za/legislation/constitution-republic-south-africa>. Acesso em: 12 jun. 2018.
- SPERTI, Angioletta. I giudici costituzionali e la comparazione giuridica. **11 Giornale di Storia Costituzionale**, 2006, p. 195-208.
- ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **An Introduction to Comparative Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 1998.