

CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL – UNINTER PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO MESTRADO ACADÊMICO DA UNINTER

FABIANO SANTOS ROUSSENQ

IMPACTOS E DESAFIOS DO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO.

CURITIBA 2023

FABIANO SANTOS ROUSSENQ

IMPACTOS E DESAFIOS DO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós- Graduação em Direito do Centro Universitário Internacional – UNINTER, na Linha de Pesquisa Jurisdição e Processo na Contemporaneidade, como requisito parcial à titulação no curso de Mestrado em Direito.

Orientadora:

Profa. Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza

CURITIBA 2023

TERMO DE APROVAÇÃO

IMPACTOS E DESAFIOS DO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO. Curitiba, 2023. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-graduação em Direito, Curso de Mestrado em Direito. Centro Universitário Internacional - UNINTER. Orientação de Prof^a Dr^a Estefânia Maria de Queiroz Barboza. Curitiba, 2023. Candidato: Fabiano Santos Roussenq.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora Prof^a Dr^a Estefânia Maria de Queiroz Barboza
Centro Universitário Internacional - UNINTER

Examinador convidado Prof. Dr. Doacir Gonçalves de Quadros
Centro Universitário Internacional - UNINTER

Examinador convidado Prof. Dr. Jairo Néia Lima
Universidade Estadual do Norte Pioneiro

Data de aprovação: Curitiba, _____

RESUMO

O presente estudo consiste em apresentar uma reflexão, diante dos impulsos gerados pela crescente globalização que repercute dentro do mundo jurídico, em como o Direito Comparado vêm sendo trabalhado pelas Cortes Constitucionais. Especificadamente, trabalha-se na dissertação adentrando no cerne das atuais discussões do Direito Comparado frente ao fenômeno intitulado como transplante jurídico e nas suas consequências. A dissertação aborda como objetivo geral a análise da formação e o reconhecimento do Direito Comparado como integrante autônomo da ciência jurídica; os fundamentos e os métodos a serem empregados na utilização do transplante jurídico; o papel que a pós-modernidade exerce no contínuo desenvolvimento em apresentar novos desafios ao Direito Comparado. O objetivo específico consiste em verificar se o transplante de fontes jurídicas estrangeiras contribui de forma decisiva no aperfeiçoamento do direito local, mesmo ausente do formalismo exigido pelo direito comparado, bem como apresentar o desenvolvimento que os direitos sociais experimentam com a migração de doutrinas, teorias, decisões e teses do direito estrangeiro, em especial do direito alemão na consolidação do Estado Constitucional na busca de concretizar a efetividade dos direitos elencados na ordem constitucional e na realização da justiça social que materialize os primados do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana. A presente pesquisa se justifica no atual cenário social, político e jurídico, considerando que explora a temática do crescente uso e importação de fontes jurídicas estrangeiras pelo Poder Judiciário dentro do seu protagonismo efervescente, resultado da consolidação do Estado Constitucional de Direito como forma de aprimoramento do direito local.

O problema enfrentado pela dissertação consiste na seguinte pergunta: O transplante de fontes jurídicas estrangeiras de uma matriz eminentemente centrado nos países centrais para os países periféricos, impede a produção de fontes jurídicas autenticamente nacionais ou possibilita e contribui no aperfeiçoamento constante dos institutos jurídicos domésticos? A hipótese verificada no decorrer da dissertação foi que a introdução de uma fonte jurídica estrangeira, seja para fundamentar uma decisão judicial, seja para atuar com inspiração na criação de uma fonte doméstica ou mesmo para ser aplicada diretamente atua de forma assertiva no aprimoramento do direito local, contudo não será legítima a utilização do transplante jurídico se comprometer a harmonia e a segurança jurídica do país receptor.

A metodologia empregada é bibliográfica. Reúne etapas do método dedutivo analítico, sobreposta por etapas em que prevaleceu o método dedutivo estrutural e, por fim, empregou-se uma metodologia indutiva.

Palavras-chave: Direito Comparado; Transplante de fontes Jurídicas estrangeiras; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The present study consists of presenting a reflection, in light of the impulses generated by the growing globalization that has repercussions in the legal world, on how Comparative Law has been worked on by Constitutional Courts. Specifically, the dissertation goes into the heart of the current discussions of Comparative Law regarding the phenomenon called legal transplanted and its consequences. The dissertation's general objective is to analyze the formation and recognition of Comparative Law as an autonomous part of legal science; the foundations and methods to be employed in the use of legal transplanted; the role that post-modernity plays in the continuous development in presenting new challenges to Comparative Law. The specific objective is to verify whether the transplanted of foreign legal sources contributes decisively to the improvement of local law, even when it lacks the formalism required by comparative law, as well as to present the development that social rights experience with the migration of doctrines, theories, decisions and theses from foreign law, especially German law, in the consolidation of the Constitutional State in the search for realizing the effectiveness of the rights listed in the constitutional order and in the realization of social justice that materializes the principles of equality and human dignity. The present research is justified in the current social, political and legal scenario, considering that it explores the theme of the increasing use and importation of foreign legal sources by the Judiciary within its effervescent protagonism, a result of the consolidation of the Constitutional State of Law as a way of improving local law.

The problem faced by the dissertation consists of the following question: Does the transplanting of foreign legal sources from a matrix eminently centered in the central countries to the peripheral countries hinder the production of authentically national legal sources or does it enable and contribute to the constant improvement of domestic legal institutes? The hypothesis verified during the dissertation was that the introduction of a foreign legal source, whether to support a judicial decision, or to inspire the creation of a domestic source, or even to be directly applied, assertively acts to improve local law. However, the use of legal transplanted will not be legitimate if it compromises the harmony and legal security of the receiving country.

The methodology employed is bibliographic. It brings together steps of the analytical deductive method, overlapped by steps in which the structural deductive method prevailed and, finally, an inductive methodology was employed.

Keywords: comparative law; transplanted of foreign legal sources; Supreme Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. O DIREITO COMPARADO	12
1.1 Histórico, Evolução e Consolidação do Direito Comparado	12
1.2 O transplante, o empréstimo e a recepção de fontes jurídicas estrangeira.	20
2. O DIREITO COMPARADO COMO FONTE DE TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO DOMÉSTICO	37
2.1 A influência do transplante de fontes jurídicas estrangeiras nos direitos sociais.	37
2.2 O Direito Comparado, reserva do possível, proibição de retrocesso social e o mínimo vital.	49
3. TRIBUNAIS, GLOBALIZAÇÃO E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O DIREITO COMPARADO.	65
3.1 Tribunais e a Globalização Jurídica.	65
3.2 O Direito Comparado e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).	81
CONSIDERAÇÕES FINAIS	89
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	94

INTRODUÇÃO

A presente dissertação busca analisar os Impactos e Desafios que o Direito Constitucional Comparado vêm enfrentando diante da crescente globalização jurídica que propõe diurtunamente novos debates jurídicos aos operadores do direito, em que se exige o constante aprimoramento e a construção de novas ferramentas jurídicas, na qual a ciência comparativa se traduz em um significativo aliado fomentando o intercâmbio jurídico entre os países.

A pesquisa tem como objetivo geral: analisar o direito comparado desde a sua formação e o seu reconhecimento como ciência do direito; o transplante jurídico e suas consequências; e o papel que a pós-modernidade contribui para o contínuo desenvolvimento em apresentar desafios ao direito comparado.

São objetivos específicos desta dissertação:

- Verificar se o transplante jurídico contribui no aperfeiçoamento dos institutos jurídicos do país receptor ou se ocorre uma relação conflituosa estagnando a evolução do direito local.
- Do ponto de vista teórico, realizar uma abordagem da influência do direito comparado na construção, disseminação e efetivação dos direitos sociais.

A justificativa da pesquisa repercute na atuação dos operadores do direito que estão cada vez mais se utilizando do transplante jurídico de fontes jurídicas estrangeiras, frente ao crescimento da conectividade global e da demanda exigida pela globalização em apresentar como o direito vêm sendo praticado em outros países. No entanto, há um déficit na formação dos operadores do direito em como realizar a integração do direito nacional com o direito estrangeiro, resultado da ausência de uma maior compreensão das diretrizes e métodos que informam o Direito Comparado.

Inicialmente, cumpre estabelecer que a arte da comparação se faz presente na humanidade desde que o ser humano se compreende como ser social dependente da vida em sociedade para alcançar a sobrevivência e afastar os contínuos riscos que o meio hostil e primitivo proporcionava. O ato de exercer a ação comparativa associa-se tanto a um desejo íntimo e pessoal de valorização interna do indivíduo como no sentido

de comunidade, em que se estabelece as possíveis semelhanças e distinções entre os diferentes povos diante dos seus modos específicos de viver em dada sociedade, com seus mais diversos costumes, regras e experimentações particulares.

Eduardo Bittar esclarece que é nas relações que os seres humanos se constroem como seres-de-linguagem, como seres-de-cultura, como seres-de-cidadania, como seres-de-moralidade. Sendo, dessa forma, que a humanidade nos apresenta em nossa originalidade como seres únicos e protagonistas biográficos, e em nossa complementaridade, codependentes uns dos outros. (BITTAR, 2015, p. 251). Portanto, deve-se atentar que a nossa individualidade como elemento característico da espécie humana reclama para o seu contínuo aperfeiçoamento e o tão almejado pleno desenvolvimento de uma estrutura, de uma rede de complementaridade. Ou seja, necessita-se tanto do eu individual como da forma crescente da figura do outro. Isto é, a humanidade não se traduz como apenas um reflexo no espelho, mas como a imagem de muitas outras experiências encampadas pelo eu social, o eu compartilhado e somado.

Continua Bittar, não estar-se-á diante de sujeitos-indivíduos e, depois transborda-se em relações de interação social, mas sim que o ser humano é essencialmente feito de subjetividade, pois são atravessados pela linguagem, de onde a ação social passa a ser nomeada como ação comunicativa, em que se criam grupos socialmente reduzidos geradores de identidades, como família, comunidade, cidade, país. (BITTAR, 2015, p. 124).

A comparação em seu sentido jurídico delineou o mesmo caminho, constituindo-se de forma gradativa e evolutiva na história do direito. Inicialmente, o direito estrangeiro era tido como uma espécie de curiosidade como determinado grupo social se organizava e quais eram seus mandamentos, em seguida, passou a se constituir em instrumento de dominação para subjugar os conquistados e, em alguns casos, como fonte de imitação ou inspiração para o aprimoramento de suas próprias regras sociais. Modernamente, iniciou-se como uma fonte de reprodução ou como uma mera consulta de fontes não nacionais. Na linha acadêmica, era compreendida como um estudo vinculado a uma disciplina já consolidada. O grande desafio dos estudiosos do Direito Comparado frente ao desenvolvimento científico das ciências - que há muito tempo entrelaçava diversas áreas do direito - consistia em buscar a consolidação do direito como uma ciência

autônoma, dotada de um campo específico de atuação e produção de conhecimento jurídico próprio.

A constituição do Direito Comparado moderno, como ciência autônoma dotada de um campo específico é um fenômeno recente no mundo. Constituindo-se em uma disciplina jurídica com acentuado desprestígio no meio acadêmico. Raras são as cadeiras comparativas ofertadas nas universidades, somente recebe um aparente reconhecimento quando o estudante de direito se encontra na posição de apresentar um trabalho científico em que se utiliza do estudo comparativo como um ornamento em busca de um pretense prestígio acadêmico. Contudo, em razão do déficit educacional da ciência comparativa na sua formação acadêmica, não compreende a profundidade e os desafios que compõem a pesquisa jurídica em Direito Comparado.

A presente dissertação visa suprir de forma despreziosa a lacuna deixada na formação dos estudantes de direito e apresentar o Direito Comparado como prestigiosa ciência que se encontram cerne de profundos estudos e debates sobre a importância de discutir o papel e os efeitos da importação, recepção e transplante de direitos estrangeiros.

Compreender como determinada teoria ou instituto do direito estrangeiro funda-se imposta em uma relação de poder ou introduzida por um dado prestígio na ordem jurídica nacional, poderá revelar como resultado a inaptidão do país receptor na produção de normas autênticas que estejam em consonância e respeito com as suas diversidades culturais ou poder-se-á ser resultado natural do intercâmbio das diferentes culturas jurídicas na busca pelo aperfeiçoamento e/ou superação das lacunas resultantes do modelo jurídico pretensiosamente fechado e perfeito adotado na administração da justiça estatal.

A primeira fase da dissertação consiste em uma explanação ampla da teoria geral do Direito Comparado, com o intuito de fornecer uma base sólida sobre seu desenvolvimento na história do Direito e, assim, poder discutir os avanços e as discussões atuais que circundam a ciência comparativa atualmente.

Questiona-se o que é o Direito Comparado, mesmo não sendo um conceito de fácil determinação. O Direito Comparado evoluiu no decorrer da história do direito, mas é certo entendermos que sempre esteve presente e se confunde com a própria

construção dos direitos. Portanto, a arte de comparar faz parte da própria essência do ser humano, enquanto ser social. E como não poderia ser diferente, a manifestação dos diferentes direitos também se sujeitam à comparação. Seja pela curiosidade, pela busca do aprimoramento ou pela imitação, cópia e reprodução.

Adentra-se no fenômeno do transplante jurídico, que consiste na transferência total ou parcial de um instituto jurídico, de uma teoria ou de uma decisão judicial estrangeira para um ordenamento jurídico receptor.

Os ordenamentos jurídicos realizam o transplante de fontes jurídicas estrangeiras sob duas principais premissas: na imposição e no discurso da qualidade. Sendo este, de extrema subjetividade. Como poderemos definir o que vem a ser um instituto de qualidade sem nos atentarmos se essa qualidade se amolda ao sistema jurídico receptor? O prestígio que um sistema jurídico recebe da comunidade internacional é suficiente para justificar a sua importação?

Na segunda parte da dissertação, trabalha-se o Direito Comparado relacionando o empréstimo de fontes jurídicas estrangeiras no desenvolvimento do direito local. Agrega-se ao presente estudo apresentando os direitos sociais, e como o aperfeiçoamento crescente depende do intercâmbio que o Direito Comparado fornece à matéria, trabalhando a teoria da reserva do possível, a teoria de proibição do retrocesso social, a teoria ao mínimo existencial, e as consequências geradas assertivas ou prejudiciais no seu desenvolvimento. Correlaciona-se à dissertação uma análise dos precedentes, referente à matéria pelo Supremo Tribunal Federal.

Apresenta-se o Direito Comparado pós-moderno que trabalha a importância da ascensão do multiculturalismo na formação da ciência jurídica fornecendo um caminho possível na conciliação da recepção jurídica aliada a um desenvolvimento autêntico e personalizado das normas jurídicas pensado a partir de um referencial próprio que respeita e promove as diferenças.

O problema central da pesquisa pode ser expresso na seguinte pergunta:

No contexto da globalização jurídica, o transplante de fontes jurídicas estrangeiras de uma matriz eminentemente centrado nos países centrais para os países periféricos, impede a produção de fontes jurídicas autenticamente nacionais ou possibilita

e contribui no aperfeiçoamento constante dos institutos jurídicos domésticos?

Decorrente do problema de pesquisa, algumas hipóteses nortearão seu desenvolvimento. São elas: o uso de fontes jurídicas estrangeiras contribui para o desenvolvimento e aperfeiçoamento contínuo do direito do país receptor, em especial frente aos direitos sociais. Ou o transplante se restringe a ser utilizado como mero ornamento em busca de um pretense prestígio ou como artifício para ratificar um posicionamento já tomado, em que a fonte não fornece nenhuma reflexão autêntica.

Esta pesquisa adota como método de abordagem o método dedutivo, pois, buscará analisar duas premissas e, a partir dessa análise, chegará à conclusão, qual seja, saber até que ponto é aceitável a aplicação da Teoria da Reserva do Possível como justificativa para a falta de efetivação dos direitos sociais, sem que prejudique a eficácia das normas constitucionais, colocando o indivíduo em uma situação de submissão aos recursos financeiros, pondo em risco a efetivação do princípio da dignidade humana e igualdade entre todos.

O procedimento adotado é o método funcionalista, pois a pesquisa é mais interpretativa do que investigativa, ou seja, sobre uma mesma norma existem diversas interpretações doutrinárias, e em cima destas interpretações é que se apoiará a pesquisa – que pode ser classificada como exploratória, quanto aos seus objetivos, pois procura proporcionar maior familiaridade com o problema abordado por meio de levantamento bibliográfico.

Para tanto, os procedimentos técnicos utilizados serão de pesquisa bibliográfica e documental (jurisprudência), ou seja, buscar-se-á analisar o entendimento doutrinário em seus diversos posicionamentos e como vem se posicionando as jurisprudências, por meio de livros, artigos e consulta aos *sites* dos tribunais, inclusive apresenta-se um relatório de algumas das decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro, no intuito de ofertar um panorama de como tem sido utilizado o Direito Comparado pelos ministros em seus votos.

Dentro do procedimento bibliográfico, o estudo buscará como objetivo o desenvolvimento de uma revisão doutrinária aliada a uma análise crítica para alcançar as hipóteses propostas dentro da temática proposta, as quais serão constatadas, em sua maioria, pelo método dedutivo.

1. O DIREITO COMPARADO

1.1 Histórico, evolução e consolidação do Direito Comparado

Historicamente, a manifestação da comparação dos direitos possui registros de sua atividade desde a antiguidade, os antigos gregos utilizavam a comparação como forma para criar os seus próprios direitos, o Tratado que Aristóteles escreveu sobre a Política foi fundado no estudo dos direitos vigentes em 158 Cidades Estados; Sólon procedeu do mesmo modo para estabelecer as leis de Atenas, e os decênviros não conceberam, segundo a lenda, a lei das XII Tábuas senão depois de uma investigação produzida por eles nas cidades gregas. Na Idade Média comparou-se direito romano e direito canônico, como também na Inglaterra se discutiu, no século XVI, os méritos do direito canônico e da “common law”. (DAVID, 2001, p. 7).

A Constituição de Atenas traz referências a assuntos substancialmente normativos relacionados aos problemas da época. Em Godoy, observa-se “uma identificação da influência que o direito helênico exerceu sobre a concepção jurídica romana. Ao que consta, por volta do ano de 452 a.C., juristas romanos estiveram em Atenas para estudar o direito grego. A lei das XII tábuas resultara da expedição que, percebida com os olhos de hoje, sugere-nos um uso prático de Direito Comparado” (GODOY e RIBEIRO, 2020, p. 27).

Ainda em Godoy,

Heródoto revelou preocupações que atormentam quem se dispõe a comparar culturas e modos de vida. Viajantes que relataram suas andanças deram continuidade a essa tradição, que pode ser sintetizada nas narrativas (às vezes fantasiosas) de Marco Polo. Cidades distantes, costumes desconhecidos, línguas incompreensíveis e sistemas jurídicos absolutamente inusitados para um europeu medieval (Polo teria nascido em 1254 e falecido em 1324) compõem as suas memórias, isto é, admitindo-se a autenticidade do autor e do relatado. Ainda antes, os romanos teriam estudado o direito grego ao conceberem a legislação das XII tábuas. Embora dotados de sentido pragmático, em oposição à percepção mais metafísica da jurisprudência helênica, os romanos se apoderaram de soluções gregas, que teriam influenciado a composição do texto das XII tábuas (GODOY e RIBEIRO, 2020, p. 27).

Montesquieu, com a utilização da comparação, desenvolveu seu estudo sobre o espírito das leis buscando descobrir os princípios de um bom sistema de governo.

Pode-se invocar numerosos precedentes antigos do uso da comparação na formação do direito de diversos ordenamentos, contudo o desenvolvimento do Direito Comparado como ciência é um fenômeno recente no mundo (DAVID, 2001, p. 26).

Partindo da realidade concreta, individualiza as profundas diferenças que existem entre as leis dos povos e os sistemas jurídico-políticos; tenta explicá-las mediante as causas que ele procura na estrutura social e, por seu intermédio, na história, na política, no costume, na religião e no clima. Na medida em que – e esta é uma das suas ideias fundamentais – estes fatores determinam e explicam a diversidade das leis e explicam peculiaridades das regras de cada país, o conhecimento do Direito dos povos não deve ser confundido com aquele do texto de suas leis. Conhecer as normas significa perceber as causas que as determinaram; em outras palavras, para compreender uma lei estrangeira é necessário introduzir o texto no organismo do qual faz parte e examiná-lo no âmbito do sistema e em relação às suas causas. Trata-se de uma regra metodológica muito importante, cujo alcance não foi compreendido nem mesmo pelos comparatistas modernos. Montesquieu abre novos caminhos à comparação: a determinação é uma das diferenças entre as leis e as estruturas jurídico-políticas se combina com o interesse por outros sistemas e com o estudo de suas causas. Com isso coloca alguns problemas fundamentais para o desenvolvimento do Direito Comparado. Explica-se desse modo, por que muitos autores se perguntam se Montesquieu deve ser considerado “o verdadeiro fundador da ciência do Direito comparado”, o precursor desta ciência, ou mesmo “o antepassado ou o pai do Direito comparado. (CONTANTINESCO, 1998, p.82).

Responsável por várias observações comparatistas, Montesquieu tratou de vários assuntos, incluindo leis japonesas, chinesas e romanas. Em uma de suas publicações, comparou em seu livro, modelos de tributação, investigando vários modelos tributários.

As observações de Montesquieu indicavam a necessidade de se implementarem modelos simplificados de arrecadação. Montesquieu interessava-se por todos os sistemas tributários que tinha notícia e montou interessante painel que lhe possibilitava pensar o sistema fiscal francês. Cuidou também, sempre comparativamente, da isenção de tributos. Montesquieu vinculou a cobrança dos tributos à atuação do homem público em relação ao bem comum, com vários exemplos na legislação comparada. Desse modo, seu interesse pelo Direito Comparado indicava também forte preocupação com problemas práticos de seu tempo (GODOY e RIBEIRO, 2020, p. 28).

O marco temporal do desenvolvimento e reconhecimento moderno do Direito

Comparado situa-se no I Congresso internacional de 1900, realizado na França, em que ficou auferido a credibilidade e o reconhecimento como disciplina jurídica, como expoentes deste congresso Saleilles e Lambert. No entanto, os resultados obtidos na realização do congresso foram marcados pela complexidade na apresentação de uma matéria, em que não se constituía alheia às resistências da comunidade jurídica internacional. Por outro lado, reverberou de forma positiva na disseminação do conteúdo e conhecimento comparativo apresentando a matéria para dentro das discussões acadêmicas florescentes.

O Congresso de Direito Comparado de 1900 - O Congresso internacional de Paris reúne os principais comparatistas do mundo para enfrentar os problemas mais importantes. Na organização desse Congresso, Saleilles persegue dois objetivos: o primeiro consiste em permitir --com a ajuda das comunicações nacionais- - um confronto internacional entre diversos problemas comuns, no âmbito das diferentes disciplinas jurídicas. O segundo e o mais importante objetivo é reservado à primeira seção destinada a estudar e a esclarecer as questões de definição e de método que constituem o ponto central de todo o Congresso. Nessa comunicação, Saleilles evidencia a necessidade de individualizar o objeto, as condições e os métodos do Direito Comparado, partindo da observação de que sobre todos estes pontos nada ou quase nada foi feito. Apesar de tudo, ele toma a precaução de especificar os resultados alcançados: trata-se de trabalhos de Direito estrangeiro sem ou de estudos etnológicos, sociológicos e históricos. E, portanto, é verdade que, colocando-se, não de um ponto de vista sociológico ou histórico, mas unicamente de um ponto de vista jurídico, existe ainda tudo para ser descoberto. As comunicações apresentadas à primeira comissão representam a tentativa de método inicial orientado a definir o Direito Comparado, sua função e o seu objeto. Este Congresso provoca uma grande repercussão sobre a ciência jurídica, principalmente comparatista, e suscita numerosas contribuições interessantes, sobretudo sobre a definição da função e dos escopos. Todavia, não consegue resolver os principais problemas do Direito Comparado. (CONTANTINESCO, 1998, p.208).

A grande descoberta dos doutrinadores de 1900 desde logo confrontou-se com dificuldade sem definir e estruturar a nova ciência concebida Direito Comparado, que ainda não estava madura e nem assimilada suficientemente pela comunidade jurídica, ao ponto de ser contestada como ciência autônoma e científica, chegando até mesmo ser questionada a sua própria existência. Somente com a superação da antiga comparação simples e ausente de métodos de legislações estrangeiras, analisadas por meio de recursos de concordância das regras do direito nacional e do direito estrangeiro

durante a primeira metade do século XX que o Direito Comparado se constitui como ciência autônoma científica (ANCEL, 2005, p.43).

A consolidação tardia do Direito Comparado como ciência justifica-se historicamente em razão da ciência do direito ter se entregado durante séculos à descoberta dos princípios e soluções de um direito justo, a partir da vontade divina, da natureza e da razão humana. Portanto, a ciência do direito estava dissociada do positivismo jurídico, ou seja, o Direito até então estava concebido como de valor universal - em que as investigações sobre os costumes interessavam à jurisprudência e as ordenanças dos príncipes interessavam aos governos dos diversos países, contudo, não interessavam àqueles que estudavam e escreviam sobre o direito. Tinha-se desprezo pela sua diversidade e a sua barbárie; considerava-se que a formação dos estudantes de direito e do estudo da verdadeira ciência do direito residia no método pelo qual se poderiam, em todos os países adotando o estudo de forma universal, descobrir as soluções de justiça e este método consistia em estudar o direito romano e o direito canônico - sendo definido como o direito comum designado direito do mundo civilizado.

Somente a partir do século XX, com as codificações nacionais, que surgem, gradativamente, as condições necessárias para que as diversas leis - que as nações europeias positivaram - fossem objeto da comparação, em que a concepção de direito de valor universal cede o seu espaço diante do positivismo jurídico. Em outras palavras, o desenvolvimento do Direito Comparado foi a consequência lógica, inevitável desta revolução cultural, da nacionalização dos ordenamentos jurídicos que se experimentou a própria concepção do direito do século XIX. (DAVID, 2001, p.26)

Registre-se que o Direito Comparado moderno - enquanto ciência jurídica científica consolidada - vai surgir somente com o advento dos Estados Nacionais, com a nacionalização do direito e o abandono do chamado direito comum universal. Trata-se de um fenômeno contemporâneo fruto da era das codificações.

É na consolidação dos Estados Nacionais que a soberania popular encontra o seu necessário desenvolvimento com as diversas codificações, isto é, o Estado assegura sua unidade e sua independência como nação e garante sua unidade jurídica com a intermediação dos códigos. Os ordenamentos jurídicos encontram o próprio fundamento nas codificações que os separa das suas raízes históricas, em que cada ciência jurídica

pretende descansar em um ordenamento próprio e se fecha entre os muros da soberania nacional, da qual a soberania legislativa é expressão natural. (CONSTANTINESCO, 1998, p. 43).

Portanto, a tradição jurídica europeia comum é substituída por uma pluralidade de evoluções jurídicas nacionais, ou seja, o poder político alavancado no seu conteúdo encontra no racionalismo e na necessidade de segurança jurídica a razão de ser dentro do movimento das codificações, que faz que cada código seja objeto exclusivo da respectiva cultura jurídica nacional. (CONSTANTINESCO, 1998, p. 46).

Consequentemente, o mundo jurídico, de agora em diante, se compõe de uma justaposição de ordenamentos fechados em sua autonomia, almejando cada um dos diversos ordenamentos serem diversos e distintos uns dos outros. Cada um exalta a diversidade, quando os códigos primam por cada vez mais se distanciarem de suas bases históricas e, portanto, o liame direto com o fundamento comum. Posteriormente, os ordenamentos visam desenvolver-se esquecendo propositalmente o ideal de unidade e procurando quase sistematicamente a diversidade, em que cada ordenamento acredita ou busca ser o centro do mundo. A unidade jurídica europeia, se revela tão frágil, sendo substituída progressivamente pela existência paralela de direitos positivos nacionais. (CONSTANTINESCO, 1998, p. 45).

Essa nova configuração jurídica experimentada pela era das codificações forneceu terreno fértil para o desenvolvimento e o surgimento do direito comparado com um viés atrelado à modernidade passando a encampar a missão de viabilizar pontes entre os diferentes ordenamentos jurídicos.

Com o desenvolvimento do Direito Comparado moderno, surge uma controvérsia entre os pesquisadores comparatistas, que se exterioriza da própria definição do conceito de Direito Comparado com o da sua natureza jurídica. Questiona-se, se assentar-se-ia o Direito Comparado numa ciência jurídica autônoma ou de um simples método acessório dependente de uma disciplina jurídica autônoma.

A fixação da natureza do Direito Comparado e o problema de sua conceituação estão no cerne da questão se ele é ou não uma ciência autônoma. Imprescindível ao enfrentar o problema da sua natureza é fazer a abstração dos perfis clássicos de Direito. Deve-se abandonar as ideias que compõem o quadro clássico dos direitos, pois se a

análise for empreendida nesses conceitos, será impossível sustentar a existência do Direito Comparado até mesmo como ramo auxiliar da ciência jurídica. Justamente, por isso que, se abstendo da definição clássica de Direito com que se usa nas disciplinas jurídicas de Direito Civil, Direito Comercial, etc., será possível admitir a indagação se o Direito Comparado tem autonomia, tem cientificidade, compondo um novo ramo da árvore jurídica. (MARIO, 1955, p.36 e 37)

A solução da controvérsia Direito Comparado como ciência ou simples método exige a análise do problema sob um novo prisma. René David e Gutteridge, entre outros, enfatizaram a falta de um corpo definido de regras, para recusar o estatuto de ciência ao Direito Comparado. Se a questão for enfocada sob esta ótica, obviamente, que não constituirá uma ciência como o Direito Civil, Direito Penal etc. Com efeito, não existe um corpo de regras definidas que possam ser consideradas como de Direito Comparado. Entretanto, a colocação do problema em outros termos poderá levar a um entendimento diferente. A diferenciação das ciências entre si pode ser feita não só pelo objeto material (o conjunto de seres ou de realidades sobre que incide) como, também, pelo objeto formal (o peculiar ponto de vista sob o qual analisam esse conjunto). Nestes termos, duas ciências podem ter o mesmo objeto material e, no entanto, objetos formais diferentes. É o caso, por exemplo, da História e da Política. Ambas têm o mesmo objeto material — os fatos políticos — mas, no entanto, divergem no tocante ao objeto formal. Enquanto a História trata dos fatos políticos de forma diacrônica, a Política encara-os de maneira sincrônica. O mesmo raciocínio pode ser aplicado em relação ao Direito Comparado e à Ciência do Direito. O primeiro estuda o direito comparando sistemas jurídicos diferentes e figuras e institutos diferentes, já a segunda estuda o direito dogmático, pela construção de categorias num todo sistematizado e pelo estabelecimento de relações entre categorias definidas. Ainda, para reafirmar o estatuto científico do Direito Comparado, é conveniente trazer à tona mais uma vez a análise efetuada por Marc Ancel. A cientificidade do Direito Comparado, no seu entender, liga-se à dimensão geográfica da pesquisa comparativa e ao emprego sistemático do método comparativo, que possibilitam a produção de um conteúdo novo. As duas ordens de preocupações determinam o surgimento de um conjunto de conhecimentos sistematicamente organizados, que é um dos traços essenciais da ciência. (OVÍDIO, 1984, p. 163).

Para Caio Mário, Direito Comparado não se trata apenas de um método de estudo, mas, sim, de um estudo com objeto e finalidade, em que atinge às suas conclusões, formula conceitos próprios, e oferece resultados independentes aos que poderiam ser apresentados pelas demais disciplinas da ciência jurídica. Portanto, reside

nos resultados, na sua objetividade e nas conclusões próprias e independentes que podem surgir com o desenvolvimento do estudo comparatista a sua autonomia. Continua o autor, os seus resultados produzidos não apresentam identidade ou analogia com os que perseguem os outros ramos do Direito, o que leva a concluir por sua autonomia. O seu aspecto científico revela-se tanto na independência ou particularidade de seus conceitos, dos princípios que consegue extrair, dos resultados que alcança, como do crescente desenvolvimento que proporciona ao Direito (MARIO, 1955, p.47).

O problema de saber se o Direito Comparado é um método ou uma ciência autônoma é colocado de maneira clara, mas resolvido de modo ambíguo pelos relatores do Congresso parisiense. Entre eles se ocupará da questão sobretudo Lambert. Depois dele, este problema se tornará patrimônio dos filósofos do Direito italiano e, em menor medida, daqueles alemães. A sua discussão especulativa, que se baseia em ideias elaboradas na Alemanha já no período precedente, não encontra repercussão e não contribui para resolver o problema. Na França, ocupam-se cada vez mais intensamente do Direito Comparado, mas, pede-se que este faça um serviço de caráter prático e isso, necessariamente, o orientará para os Direitos modernos. Isso aumenta a fratura entre os estudos comparatistas históricos e etnológicos. O Direito Comparado é considerado como um importante instrumento de educação jurídica, o que é demonstrado pela multiplicação dos cursos de Direito Comparado nas Faculdades de Direito e pelo nascimento dos primeiros institutos que, com orientações diversas, não cessam de se multiplicar. A comparação institucional, praticada preferentemente, serve ao mesmo tempo à doutrina, ao legislador e à jurisprudência. Assim, o Direito Comparado é considerado como um importante meio para ampliar os conhecimentos jurídicos, mas, também, para melhorar o Direito nacional. E, sobretudo, Saleilles quem mais se ocupa e melhor especifica esta concepção. (CONTANTINESCO, 1998, p. 207).

A popularização do termo comparatista invadiu os bancos acadêmicos. Há um interesse cada vez maior e instigante na pesquisa em Direito Comparado, em razão do processo de globalização experimentado nas últimas décadas. Aponte-se, maior acesso e velocidade da informação, ampliação do conhecimento de outras línguas, criação de mercados comuns, dentre outras causas. Com efeito, todo trabalho jurídico escrito hoje em dia - que apresente uma certa profundidade - necessita do jurista a capacidade de trabalhar com o direito estrangeiro, seja uma tese, seja uma formulação dogmática de um instituto, seja a pesquisa de uma solução nova para um problema antigo ou tentativa de novas questões que a vida contemporânea sugere.

Todavia, nem sempre esse estudo necessariamente classifique-se como

comparatista, assim, faz-se mister atender os requisitos do Direito Comparado enquanto ciência científica do direito para tanto. Ou seja, invocação do direito estrangeiro, a pesquisa de jurisprudência estrangeira, a busca da lei estrangeira e o subsídio da doutrina estrangeira, não possuem a aptidão de converter em estudo ou obra do Direito Comparado. A correta definição de um estudo como comparatista necessita do trabalho de dois ou mais sistemas jurídicos, com todos os seus elementos, a fim de que o estudioso a partir do confronto deles retire as conclusões decorrentes, a extração dos pontos que divergem, bem como dos que são marcados por analogia (MARIO, 1955, p.35).

Tome-se como exemplo trabalhos científicos que apresentam no seu introito os antecedentes históricos. Se a pesquisa histórica não se faz necessária no fornecimento de respostas ao problema posto pela pesquisa, torna-se dispensável e caracteriza-se como mero recurso ornamental que não contribui com resultados fundamentais. O mesmo verifica-se diante de uma pesquisa em Direito Comparado compondo um trabalho de pesquisa científica na qual o pesquisador se utiliza do efeito comparativo, em determinado capítulo do texto, porém, desconectado com o objetivo e o problema proposto na pesquisa, apenas com intuito de alcançar um falacioso prestígio acadêmico. Quando retirado, não influencia o restante da pesquisa, isto é, neste caso, o Direito Comparado torna-se apenas um artifício sem valor científico efetivo.

No Brasil, apesar de proliferarem projetos de pesquisa, de graduação e pós-graduação, em que é feita alusão ao objetivo de comparar ordenamentos, faltam – até mesmo pela atribuição de um papel secundário à disciplina jurídica do Direito Comparado no currículo de grande parte dos cursos de Direito do país – conhecimentos elementares sobre conceitos e métodos de Direito Comparado que permitam a obtenção de resultados efetivos, capazes de trazer à luz as possibilidades reais, e não meramente colorandi causa, de contribuição dessa ciência para a solução de problemas jurídicos. (CURY, 2014, p.178).

Saliente-se, a importância em se distinguir uma simples consulta ao direito estrangeiro com uma pesquisa em Direito Comparado, uma vez que a mera inserção de elementos de direito estrangeiro não qualifica a pesquisa como resultante de um processo que utilizou o Direito Comparado para se alcançar os almejados resultados.

Originalmente, compreendeu-se em termos restritos a comparação jurídica como comparação entre legislações. No princípio do seu desenvolvimento, as finalidades propostas para seu estudo desafiavam certa perspectiva idealista, de conteúdo deontológico, buscando formar uma disciplina comum a partir do exame do direito dos povos, ou soluções adequadas universais aos problemas jurídicos dos vários sistemas. Apenas em um segundo momento é que passará a ser compreendido a partir de seu caráter instrumental, centrado no método de comparação, sem vinculação antecipada com seus resultados. Supera-se então a comparação dogmática (entre legislações) passando a uma comparação funcional, tomando-se em conta as funções que cada instituto ou categoria jurídica atende em determinado sistema. (MIRAGEM, 2019, p.7).

Vislumbre-se, pesquisa em Direito Comparado para atingir a cientificidade requer uma metodologia própria, um objeto definido, as razões que motivaram o pesquisador a escolher determinado ordenamento e não outro, um problema específico que o Direito Comparado seja capaz de contribuir com o debate proposto. Ou seja, o Direito Comparado deve qualificar-se como fundamental e essencial no exercício do pesquisador em encontrar respostas.

A finalidade do Direito Comparado consiste precipuamente em demonstrar que uma mesma realidade social pode ser regulada de diferentes formas e obter diferentes ou assemelhadas soluções para problemas jurídicos similares.

Aponta René David, o Direito Comparado é útil nas investigações históricas ou filosóficas respeitantes ao direito; no melhor conhecimento e aperfeiçoamento do nosso próprio direito; e finalmente, para compreender os povos estrangeiros e estabelecer um melhor regime para as relações internacionais (DAVID, 2001, p. 28).

A abordagem da pesquisa jurídica comparativa vem, cada vez mais, se modificando. Diante disso, os estudiosos observaram que a pesquisa positiva baseada em textos jurídicos e linguagem jurídica não fornece realmente o quadro completo do Direito.

A análise das disposições legais não explica como um juiz as interpretará e que efeitos legais realmente proporcionarão. Portanto, o foco da pesquisa passou dos textos legais, especialmente a legislação, para a lei em movimento, ou seja, como a lei é aplicada. Além disso, como os estudiosos desconfiavam da linguagem, decidiram que a pesquisa jurídica deveria ser conduzida por outros caminhos. Esta abordagem se reflete

no método desenvolvido para o estudo comparativo do Direito na primeira metade do século XX por Ernst Rabel - que expressou o desejo de revelar o que fica escondido por trás da fachada da linguagem, portanto se concentrar na lei viva. Em vez de analisar textos jurídicos nacionais e estrangeiros, ele comparou as soluções para um problema social particular em diferentes sistemas jurídicos, baseando-se nas suposições de que todas as sociedades enfrentam problemas sociais ou mesmo as mesmas necessidades humanas e, o papel da lei é fornecer soluções para esses problemas. Se duas instituições lidam com os mesmos problemas ou problemas semelhantes, elas são consideradas equivalentes funcionais e são vistas como comparáveis, mesmo que apresentem estruturas doutrinárias diferentes. O foco da pesquisa jurídica comparativa não deve ser a linguagem ou terminologia, mas o conjunto de normas legais que criam um conceito ou instituição jurídica. (DOCZEKALSKA, 2013, p 73).

Metodologicamente, o Direito Comparado é dividido em diversas classificações pela doutrina, com a finalidade de permitir o estudo e a análise científica comparatista, isto é, diante da multiplicidade de ordenamentos jurídicos no mundo contemporâneo faz-se necessário a reunião dos ordenamentos que congregam as mesmas semelhanças e os mesmos elementos num determinado grupo ou família.

A clássica divisão em famílias do Direito, em que agrupam um conjunto de sistemas jurídicos que partilham determinadas características, fontes comuns ou aproximadas e raiz de origem comum, trata-se de uma das mais difundidas na literatura jurídica. David estabelece a existência de cinco grandes famílias de direitos, com base na influência preponderante das respectivas civilizações: o sistema ocidental, compreendendo o grupo romano-germanista e o anglo-americano, o sistema soviético, o sistema muçulmano, o sistema hindu e o sistema chinês. (DAVID, 2001, p. 99).

Finaliza-se a primeira parte da dissertação, que consiste em uma explanação geral sobre a origem, a constituição e os fundamentos que alicerçam o direito comparado, apresentando os principais métodos aplicados no desenvolvimento da pesquisa comparativa.

Déo Campos Dutra leciona (2016, p. 186). “No direito comparado o método se destaca por um importante papel – como parte integrante de um processo de pesquisa que necessita de sua utilização para encontrar as respostas pretendidas. Não é possível

se pensar no exercício do estudo do direito comparado sem a identificação, escolha e aplicação de um determinado método”.

Apresenta-se os métodos histórico, funcional e o dialógico aplicados no Direito Comparado: O método histórico constitui-se no método que busca focar no confronto da formação de institutos ou do sistema, a fim de comparar a evolução de ambos. Desta forma, cumpre ao pesquisador estabelecer a origem de uma fonte jurídica estrangeira a ser transportada para o país receptor para determinar os fundamentos responsáveis na sua criação ou no seu reconhecimento. Portanto, a ordem jurídica receptora apresentará melhores resultados que contribuíram para o sucesso e aperfeiçoamento do transplante de fontes quando conhece e determina a evolução e o desenvolvimento dentro do ordenamento jurídico originário do instituto transportado. (DAVID, 2001, p.72).

Importa salientar, que estabelecer o momento e as razões que levaram ao desenvolvimento de determinada fonte jurídica consiste em uma atribuição necessária para o pesquisador comparativista. Deve-se ter em perspectiva que os fundamentos que geraram a fonte jurídica podem não se fazer mais presente dentro do contexto daquela sociedade que motivou a sua criação. Com efeito, a alteração fática do contexto social pode desencadear uma série de consequências sociais, inclusive com reflexos jurídicos.

Pierre Legrand (LEGRAND, 2021, p. 66) disserta que o pesquisador não pode ter a presunção de que a interpretação comparativista do Direito Estrangeiro é fixa ou permanente. Ao mesmo tempo em que encontra e cria um estudo em direito comparado, pesquisador simultaneamente o descobre e o configura. Portanto, uma importante preocupação no uso dos transplantes jurídicos deve englobar tanto o passado quanto o presente, isto é, o instituto jurídico, a decisão judicial ou a doutrina do país doador deve ser apurada se se encontra defasada ou superada.

Ressalta-se, no entanto, que se constitui como necessário que o operador do direito observe se a fonte jurídica importada se encontra superada dentro da ordem jurídica receptora, isto é, a perda de efetividade dentro do país doador não significa necessariamente que não possa produzir efeitos positivos dentro da realidade social do país receptor.

O método funcional de direito comparado foi originalmente influenciado pela teoria sociológica funcionalista. No âmbito do direito comparado, o método funcional parte do

pressuposto que deve haver semelhanças funcionais ente os diferentes ordenamentos jurídicos. O método foi fundado pelo doutrinador alemão Rabel e posteriormente desenvolvido pelos também alemães Zweigerte e Kotz, representando a possibilidade de comparar ordenamentos jurídicos entre si, sem que o pesquisador estivesse restringindo pelos dogmas do seu próprio ordenamento jurídico, pois no lugar de verificar a compatibilidade essencialmente das normas, propunha-se que a análise comparativa deveria recair abstratamente nas funções exercidas pela norma em questão. Com isso, emerge-se o caminho para que as discussões em respeito aos procedimentos comparativos ocorram também com relação tanto nas decisões judiciais como referente na literatura jurídica estrangeira. Esse amplo campo de abrangência metodológica levou Zweigert e Kotz à defesa do método funcional como o único método eficiente e verdadeiro posto à disposição do direito comparado. .(CURY, 2014, p. 178).

O método se baseia na premissa de que apenas podem ser comparados aquilo que preenche a mesma função jurídica, isto é, a possibilidade da coincidência de funções em diferentes ordenamentos jurídicos se fundamenta na máxima de que cada sociedade se encontra essencialmente diante dos mesmos desafios e problemas, apesar dos meios criados para solucionar ou pacificar essas dificuldades não necessariamente coincidam.

Paula Maria Nasser Cury apresenta de forma sintética o método funcional proposto por Zweigert e Kotz dividindo-o em cinco partes, quais sejam: 1) Questionamento: como um determinado problema é solucionado; 2) Escolha dos ordenamentos jurídicos e relatórios sobre as respectivas soluções para o problema pesquisado; 3) Processo comparativo stricto sensu, isto é, em que medida se assemelham as soluções, em que ponto elas coincidem e através de quais características elas se afastam; 4) Construção de uma sistemática para análise das soluções, apontando semelhanças e diferenças; 5) Valoração crítica dos resultados, o que eventualmente poderá conduzir à avaliação (discricionária) da melhor solução; .(CURY, 2014, p. 178).

Conclui Cury, impõe definir que o método funcional se compõe de estruturas que marcam suas características, ao mesmo tempo em que expõe suas principais vulnerabilidades e se fundamenta nos seguintes princípios: 1) da presunção de similitudes; 2) da fixação da função como elemento externo ou *tertium comparationis*; 3) da conseqüente pretensão de neutralidade do pesquisador no processo comparativo; 4)

da valoração dos resultados, prevista na última etapa do processo comparativo.(CURY, 2014, p. 179).

O método comparativo funcional reconhece a equivalência funcional de instituições ou conceitos legais, apesar da semelhança ou divergência de sua incorporação estrutural e sistemática, isto é, diferentes institutos ou conceitos podem abordar o mesmo problema de várias maneiras. Como também, um único instituto ou conceito geralmente enfrenta mais de um problema, e portanto, pode ter mais de uma função, resulta que diferentes institutos ou conceitos nem sempre compartilham todas as funções que podem desempenhar. (MICHAELS, 2009, p.2).

O método funcional trabalha a regra, a instituição ou mesmo o sistema abstratamente de maneira em que toda questão jurídica seja vislumbrada a partir do caso concreto a resolver, isto é, se recorre aos dados comparativos referentes às soluções propostas para uma mesma hipótese jurídica nos diferentes ordenamentos jurídicos. O magistrado demandado a solucionar o problema em questão terá então a possibilidade de resolvê-la com base em dados comparativos de como ela foi enfrentada em outras ordens jurídicas. Não se questiona, que o juiz não pode desconhecer e nem ignorar a norma formal interna, nem os princípios gerais e fundamentais de seu próprio direito. Como também é evidente que o uso da interpretação comparativa deve recair apenas de forma excepcional, nos casos de difícil solução. Contudo, importante apontar que o direito comparado possui a predileção de indicar uma direção e concorrer para a descoberta ou reconhecimento da melhor solução possível para o caso concreto considerado, e que pode estar contido dentro da pesquisa comparativa imbuída sob o método funcional. (ANCEL, 2015, p. 121).

Marc Ancel compreende, a busca pela melhor solução e a mais útil na prática, que ao mesmo tempo constitui-se como a mais justa no direito, fornece em certa medida, um caráter de clínica jurídica ao direito comparado. Pois, somente uma pesquisa comparativa permite uma comparação verdadeira entre as diferentes soluções apresentadas nas distantes realidades sociais reguladas pelos diferentes ordenamentos jurídicos, em que a perspectiva comparativa permite uma escolha ponderada entre as soluções catalogadas. Portanto, faz-se necessário apreciar a eficácia provável ou simplesmente possível, isto é, de que venha surtir efeitos em um outro país, em uma

outra realidade socioeconômica. Conclui o autor, a combinação da análise comparativa com a pesquisa comparativa se configura no mesmo do que um prognóstico e de um tratamento, características peculiares a de um exame clínico. (ANCEL, 2015, p. 122).

Com efeito, o objetivo do pesquisador comparativista que aplica o método comparativo funcional não é encontrar institutos similares, mas descobrir como a fonte jurídica em dois ou mais sistemas jurídicos aborda o mesmo problema social.

Inicialmente o objeto de estudo abordará os fundamentos e o histórico da formação dos direitos fundamentais, sob um viés comparativista corroborado com a aplicação do método histórico juntamente com o método funcional.

O doutrinador comparatista Sujit Choudhry leciona sobre o método comparativo dialógico que consiste em uma das formas que confere legitimidade e convida ao debate sobre a atuação das Cortes Supremas que fazem uso de fontes jurídicas não domésticas em seus julgamentos

Choudhry explica que a interpretação dialógica no julgamento constitucional consiste em usar materiais comparativos, como uma folha interpretativa, para expor as suposições fácticas e normativas subjacentes à própria ordem constitucional do Tribunal. Primeiro, os materiais comparativos são engajados para identificar as suposições incorporadas nos materiais legais positivos. Mas no processo de articulação das suposições subjacentes à jurisprudência estrangeira, um tribunal inevitavelmente descobrirá suas próprias suposições. Ao perguntar por que os tribunais estrangeiros raciocinaram de uma certa forma, um tribunal envolvido em um processo de justificação discursiva se pergunta por que ele raciocina da forma como o faz. E assim, o próximo passo é engajar-se em um processo de justificação. Se as suposições são diferentes, a questão se torna por que eles são diferentes. (CHOUHDHRY, 2006, p. 35)

O engajamento comparativo destaca a contingência da ordem jurídica e constitucional, e abre para discussão e contestação àquelas características que haviam permanecido invisíveis aos olhos do país receptor. Por outro lado, se as suposições são semelhantes, ainda se pode perguntar se essas suposições devem ser compartilhadas. Os tipos de razões oferecidas variam de acordo com a cultura de argumento constitucional na jurisdição do tribunal de interpretação, e podem abranger texto constitucional, estrutura, história, precedentes e considerações normativas.

(CHOUDHRY, 2006, p.36)

O autor conclui que o tribunal é confrontado com um conjunto de escolhas interpretativas. Um tribunal pode ser capaz de justificar a similaridade ou a diferença entre as suposições subjacentes a sua própria ordem constitucional e uma ordem estrangeira. O engajamento comparativo, portanto, leva a um maior senso de consciência jurídica por meio do movimento de elucidação e confronto interpretativo. Mas a identificação e tentativa de justificação das suposições constitucionais por meio da comparação pode levar um tribunal a contestar e rejeitar essas suposições e buscar novas. Em casos de similaridade constitucional, um tribunal pode rejeitar suposições compartilhadas e pode se conduzir em uma nova direção, com base em premissas radicalmente diferentes. Em casos de diferença constitucional, um tribunal pode determinar que uma diferença seja infundada, e pode confiar na jurisprudência comparativa como o motor da mudança legal. Vista através da lente da interpretação dialógica, o recurso da Corte a materiais comparativos pode ser entendido como forçando a Corte a identificar e desafiar as suposições subjacentes à doutrina constitucional nacional (CHOUDHRY, 2006, p. 36 e 37).

1.2 O transplante, o empréstimo e a recepção de fontes jurídicas estrangeiras

Tradicionalmente, o principal objetivo do adequado uso do direito comparado se compreende no estudo aprofundado, e com rigor técnico do direito estrangeiro, aliado a uma metodologia própria. Tem como intuito, classificar os diferentes sistemas legais exercidos no mundo, porém, em limitadas categorias fixas, isto é, reunindo-os nas chamadas famílias do direito, sem grande preocupação com as especificidades que cada ordenamento jurídico contempla, priorizando apenas as semelhanças apresentadas. Assim, também ocorre com os transplantes legais, cuja finalidade é de apontar proposições que colaborem na formulação e implementação das novas políticas legislativas dos Estados, no aperfeiçoamento de institutos jurídicos domésticos e no desenvolvimento de pesquisas jurídicas acadêmicas.

Sublinhe-se, que o direito comparado na qualidade de fonte para elaboração ou

reforma de leis, códigos ou estatutos acaba por ser utilizado, muitas vezes, de forma distorcida da sua finalidade enquanto ciência jurídica, como mero instrumento para imitação de institutos jurídicos estrangeiros - sem a devida análise crítica comparativa.

David aponta que o legislador sempre utilizou o direito comparado como forma de realizar e aperfeiçoar a sua atividade, e que não foi por acaso que no século passado se denominava o direito comparado como legislação comparada. A preocupação daqueles que criaram na França, em 1869, a Sociedade de Legislação Comparada, e das Universidades que criaram cadeiras de legislação comparada foi estudar os novos códigos que surgiam constantemente nos diversos países, com o intuito de verificar as variantes que comportavam em relação aos códigos franceses e sugerir ou mesmo influenciar o legislador em enfrentar novos desafios e proceder a certos retoques na legislação interna com base no estudo das legislações estrangeiras. Ademais, não é só reservado ao legislador o poder de utilizar o direito comparado para o aperfeiçoamento do direito interno, pois similar abordagem se abre também com relação à doutrina e à jurisprudência. (DAVID, 2001, p. 30).

David conclui, o recurso utilizado a partir do direito comparado pelo legislador não pode deixar de se tornar, na nossa época, cada vez mais frequente, uma vez que se tende a deixar de o considerar como mero instrumento de estabilização para encapar a tarefa de fornecer transformações, mais ou menos radicais, para a sociedade pelo intercâmbio de novas leis, isto é, como em todos os domínios do conhecimento, os juristas também procuram se informar das experiências realizadas em diversos países, para aí encontrarem, na maioria das vezes, a inspiração das ideias que propõem ao legislador do seu país. (DAVID, 2001, p. 31).

Atualmente, o empréstimo de fontes de direito estrangeiro constitui o ponto de confluência das contemporâneas abordagens cognitivas do direito, estudos de tradução antropológicos e históricos, jurídicos e econômicos e de desenvolvimento, como também, de estudos pós-coloniais. (GRAZIADEI, 2008, p.1).

Os desafios e a complexidade da ciência comparativa figuram, essencialmente, em acomodar estes amplos e diversos campos em uma única estrutura teórica. Uma abordagem simplista do que significa o empréstimo de fontes estrangeiras reduziria o estudo a todas as mudanças legais que buscariam sua causa à influência de fatores

exógenos. Contudo, o direito comparativo moderno convida a um olhar mais de perto, mais especializado do que está por trás de toda a engenharia jurídica da circulação de fontes estrangeiras. (GRAZIADEI, 2008, p.1).

A ideia central do trabalho de Michele Graziadei que consiste nos empréstimos legais como atos sociais praticados por indivíduos merece um segundo olhar, isto é, o foco não deveria ser tanto na qualidade intrínseca da lei a ser recepcionada, mas, sim, nas características sociais dos processos aos quais a ação individual que leva determinada fonte estrangeira a ser acionada. Portanto, deve-se mudar a atenção do nível macro da lei para o nível micro da ação individual que implica no processo de empréstimo.

A abordagem em nível micro permite a inquirição e a exposição das contribuições de outras disciplinas na formação da fonte a ser recepcionada, ou seja, contribui na superação das fronteiras do conhecimento jurídico tradicional e sobre a deficiência da compreensão atual de como a mudança jurídica se desenvolve. (GRAZIADEI, 2008, p.4).

Na realização de uma pesquisa comparativa mais abrangente e refinada, importa produzir, além do estudo dos sistemas jurídicos propriamente ditos, uma análise que aborde as diferentes culturas jurídicas, neste caso, devem ser realizadas pesquisas comparativas sobre a forma como a instituição jurídica foi transplantada nos sistemas jurídicos receptores. É fundamental levar em consideração que o processo de transplante pode variar com base nas circunstâncias sociais, jurídicas, econômicas, fiscais, financeiras e técnicas prevalentes na "cultura jurídica" e no sistema jurídico de cada país. Além disso, é apresentada a importância de encontrar o motivo da ocorrência da "fertilização cruzada" e responder a seguinte pergunta: foi feito uso de transplante legal? Além disso, é submetido a ser objeto de pesquisa o raciocínio por trás da escolha do transplante em cada país selecionado, por exemplo, autoridade, prestígio, eficiência, incentivos econômicos e políticos, etc. (VALDERRAMA, 2004, p. 263).

George Mousourakis esclarece o processo de recepção legal remontando ao período no qual figura o papel longo que o direito romano exerceu na constituição do direito continental europeu. O direito romano, como preservado pelos compiladores da codificação de Justiniano no século VI d.C., foi uma das forças formativas mais influentes

da cultura jurídica ocidental. Seu sucesso foi demonstrado pela recepção tanto em países de distintos credos (católicos, calvinistas e luteranos) como, também, em países que apresentavam diversas atividades econômicas, nas quais a agricultura dominava a atividade econômica e o comércio preponderava e, mais tarde, em países em processo de industrialização. (MOUSOURAKIS, 2019, p.15)

Continua o autor, as razões pelas quais a recepção medieval do direito romano desenvolveu-se exponencialmente por toda a Europa foram, em parte, pela falta de governos centralizados e, também, diante da ausência de sistemas legais organizados que pudessem contrapor a herança abrangente do Império Romano. Deve-se salientar que muitos dos territórios anteriormente governados por Roma já estavam habituados à tradição romana, e lhe conferiam sabedoria e autoridade. Importa frisar que a lei romana não foi adotada apenas porque gozava de prestígio de sua milenar tradição, nem porque suas normas eram particularmente adequadas para o contexto dos primeiros estados-nação europeus, mas acima de tudo, porque a recepção foi consequência da superioridade que o direito romano apresentava como sistema. (MOUSOURAKIS, 2019, p.15)

O empréstimo de fontes estrangeiras na visão moderna foi elaborado pelo Professor Alan Watson em seu livro: *“Legal Transplants: An Approach to Comparative Law”*.

Mousourakis (2019, p.178): o professor Watson defende o caráter nômade das regras, em que as mudanças experimentadas pelos sistemas legais decorrem efetivamente dos transplantes legais, isto é, a transferência das normas e institutos legais de um sistema jurídico para outro. Watson identificou uma série de fatores que determinavam quais regras seriam transplantadas:

- **Acessibilidade** (saber se a regra está por escrito e de uma forma que seja facilmente encontrada e compreendida, isto é, prontamente disponível);
- **Hábito** (uma vez que um sistema seja utilizado, ele será emprestado novamente, e quanto mais essa ação ocorrer, mais compreensível é pedir emprestado daquele sistema, mesmo quando a regra a ser tomada não se apresente como necessariamente apropriada);
- **Acaso** (uma determinada fonte escrita pode estar presente em biblioteca em um dado

momento, auxiliando os profissionais de direito daquela nação na familiarização com as leis de outro país);

– **Autoridade e prestígio do sistema jurídico** a partir do qual as regras são transplantadas.

Salienta-se que Watson não contemple que as regras são transplantadas sem alteração ou modificação, mas que os transplantes quase sempre envolveriam alteração na lei, entretanto, grande parte sem relação com fatores particulares que operam dentro da sociedade. Em outras palavras, Watson não espera que uma regra transplantada funcione exatamente da mesma forma em que atuava dentro da ordem jurídica de origem, defendendo que o direito é amplamente autônomo e se desenvolve por meio dos transplantes - não porque alguma regra fosse a consequência inevitável da estrutura social, mas pelo motivo que os detentores do poder de legislar reconhecem os benefícios que poderiam derivar da lei estrangeira, mesmo que apenas aparente; ou seja, a lei depende de sua lógica interna, uma lógica que pertence à elite e está dissociada do restante da sociedade. (MOUSOURAKIS, 2019, p.18).

Watson expõe que, na ausência de legislação - que normalmente tem sido cada vez mais escassa, principalmente no campo do direito privado – tratando-se da resolução dos casos concretos, os juízes e juristas dependem de uma pronta elaboração normativa, no entanto não possuem atribuição e nempoder para a produção de tais leis. O autor entende que devem buscar justificar suas decisões na prevalência dos transplantes legais (que se constitui no principal método de desenvolvimento legal) que, em última análise, fornece a autoridade buscada pelos operadores do direito na sua atuação diante do caso concreto. (VALDERRAMA, 2004, p. 266).

Alan Watson compreende o transplante legal como uma instituição indissociável da própria produção e fundamentação normativa interna, quando legitima o seu uso pelos operadores do direito e atribui relevância para o próprio desenvolvimento do ordenamento jurídico. Os fatos sociais sempre estarão um passo adiante da regulamentação pelo direito, gerando um esperado vácuo legislativo. Contudo, o professor Watson sustenta que o transplante legal como fundamento da formação do próprio ordenamento jurídico local, fornece os meios necessários para atuação da atividade jurisdicional de forma legítima e conduzida pelo viés basililar de autoridade.

Para Legrand, a ciência do direito é parte de um todo, pelo qual, comunidades inteiras almejam a melhor compreensão de suas relações sociais. Configura-se estudo comparativo, a produção de conhecimento sobre a forma como determinada cultura relaciona-se e compreende o seu direito, atuando fundamentalmente na promoção de conhecimento analítico de outros povos. Dessa forma, exige-se, essencialmente do pesquisador comparatista, que o estudo esteja direcionado especificadamente a aprender e pensar o Direito como fenômeno cultural e culturalmente imerso num dado contexto social, caso contrário, vislumbra-se como abuso se for apoiada por espírito eminentemente legalista que ignora o contexto do Direito (LEGRAND, 1997, p. 36).

Assevera o autor, os apoiadores da teoria do transplante jurídico promovem um discurso centrado num positivismo exacerbado, justificado por meio de elementos exclusivamente formais do objeto em discussão e resultante de um processo da deslegitimação de noções como tradição ou cultura, as quais somente interviriam na produção jurídica como um elemento clandestino e irracional. O transplante jurídico sustenta-se precariamente baseado em analogias mecânicas, nas quais seus defensores rejeitam a visão da dimensão que o direito se constitui, inserido como um sítio de refração ideológica de disposições culturais profundamente enraizadas (LEGRAND, 1997, p. 33).

De acordo com Alan Watson, o caráter nômade das regras jurídicas comprova que a ideia de uma relação estreita entre o Direito e a sociedade é uma falácia - a imagem que emerge é a de um empréstimo em massa contínuo. Portanto, a mudança no direito é independente da ação de qualquer substrato social, histórico ou cultural. (LEGRAND, 1997, p.14).

Considera-se as opiniões ofertadas por Watson como umas das mais empobrecidas na explicação da interação entre os sistemas jurídicos, contudo, admitir como possível os transplantes jurídicos exige a adoção da teoria proposta pelo autor e deve-se aceitar, especificadamente, um modelo de direito como regras e regras como declarações proposicionais vazias (LEGRAND, 1997, p. 16 e 17).

O posicionamento de Pierre Legrand pela inexistência do transplante jurídico decorre do fato de que o autor se fundamenta numa visão culturalista, na qual o Direito não poderia ser transportado para outra realidade jurídica segregada de sua cultura. Afirma-se, que o Direito reproduzido não se trata do mesmo Direito concebido originalmente, pois

a cultura receptoramoldará o novo Direito de acordo com os seus valores.

A ciência do Direito não é tão fechada e absoluta dentro da soberania nacional estatal quanto se imagina, em verdade, mostra-se aberta e relativa. As normas jurídicas nacionais são criadas, aplicadas e interpretadas, muitas vezes, sob a influência, o transplante, a pressão, a cópia ou imitando soluções propostas por ordenamentos jurídicos estrangeiros.

David tece considerações sobre o fenômeno da difusão e recepção do direito europeu a partir da colonização. Preliminarmente, expõe os fundamentos da família de direito romano-germânico que consiste em agrupar países em que a ciência do direito se formou sobre a base do direito romano, nas quais as regras de direito são concebidas sob preocupações estritamente de ordem moral e de justiça. Tendo a característica de que estas regras é tarefa essencial da ciência do direito e a doutrina pouco se interessa pela aplicação do direito, pois trata-se de assunto pertinente aos práticos do direito e da administração. Como também, reside no fato das regras terem sido elaboradas, por razões histórica, com vista a regular as relações entre particulares, o que resultou no desenvolvimento tardio e menos perfeito dos outros ramos do direito, em especial do direito público. Portanto, o surgimento dos outros ramos do direito partem de uma matriz dos princípios desenvolvidos na seara do direito civil, e que continua a ser, mesmo atualmente, o centro por excelência da ciência do direito que advém da família de direito romano-germânica. (DAVID, 2001, p. 45).

Importa precisar, que devido a colonização operada pelas potências européias a família de direito romano-germânica conquistou grandes territórios, o que explica uma das razões do sucesso da difusão jurídica em escala mundial da aplicação de direitos pertencentes ou assemelhados com esta família, que persiste inclusive atualmente, sendo que originalmente fora incorporado pelas colônias de forma compelida.

Um outro fenômeno que merece destaque concernente a família de direito romano germânico, trata-se da recepção voluntária que produziu os mesmos resultados experimentados pelos países sujeitos a recepção forçosa fruto do domínio dos povos do continente europeu. A recepção voluntária decorreu da necessidade desses países se modernizarem ou do desejo de se ocidentalizarem levou à penetração das ideias européias. Frisa-se que um grande número de países na busca pela modernização ou

da ocidentalização foi possível somente receber os direitos europeus de forma limitada, pois nestes países já existia, antes de se verificar a recepção, uma civilização autóctone, que comportava certas concepções particulares de agir e viver e certas instituições. A recepção deixou subsistir certas estruturas ou concepções originais. Verifica-se tal modo de recepção voluntária essencialmente nos países mulçumanos, em que a recepção dos direitos europeus e a adesão à família de direito romano-germânico ocorreu muitas vezes de maneira meramente parcial, continuando a reger-se um certo campo das relações jurídicas por princípios oriundos do direito mulçumano. (DAVID, 2001, p.46).

Os países da América Latina, em sua grande maioria, qualificam-se juridicamente como soberania aberta - no sentido de que a criação e transformação de seus direitos sempre estiveram influenciados e comparados por doutrinas e ordenamentos jurídicos estrangeiros. Justifique-se, o fenômeno da intensa dependência pelo direito estrangeiro como próprio de processos de recepção e transplante normativo, em razão dos Estados Nação da América Latina decorrerem de um processo de descolonização frente às potências europeias, que atribuíram às suas colônias seus próprios sistemas jurídicos. Consequentemente, os Estados latinos americanos se desenvolveram na periferia da ciência jurídica mundial, numa posição de aprendizes ou de receptores de ideias, em que hodiernamente não se mostra estranho que a criação interna do direito ainda continua sendo influenciada por ordenamentos e doutrinas jurídicas estrangeiras (MEDINA, 2015, p. 119 e 120).

Na pesquisa jurídica dos períodos coloniais e pós-coloniais pretende-se apurar como se desenvolveu a relação entre os costumes locais e o Direito colonizador, com o intuito de estabelecer a extensão da penetração das normas jurídicas estrangeiras na estrutura sociojurídica da colônia e, como coexistiram ordens jurídicas distintas ao mesmo tempo e no mesmo espaço de atuação. Em outros termos, como se traduzem em um fenômeno jurídico específico, no qual, múltiplas ordens jurídicas de origens diversas regulam simultaneamente a mesma sociedade.

O processo de descolonização experimentado nas antigas colônias europeias culminou na ruptura em relação à ordem jurídica - até então vigente ou mesmo dominante no espaço jurídicocolonial - dando lugar à inserção de uma nova ordem jurídica pós-colonial.

A ruptura com o poder dominador das metrópoles europeias alavancou uma série de novos processos constitucionais que simbolizaram e demarcaram o nascimento de novos estados independentes, imbuídos de autonomia e soberania, em uma nova fase social-jurídica para as ex-colônias. Esses processos de descolonização e a constitucionalização dos novos estados independentes são fenômenos e práticas que se entrelaçam em uma relação consequencialista, entendidos como o caminho natural a ser desenvolvido e exigidos diante dos critérios promovidos e almejados dentro do marco histórico da modernidade. Além disso, revelam-se no atendimento ao crescente florescimento das experiências constitucionais como modelo padrão a ser perseguido para que se figure afiançado o nascimento deste novo estado pós-colonial.

Contudo, tais rupturas não necessariamente significaram a rejeição aos ideários coloniais então vigentes, inclusive no campo jurídico, as instituições e as práticas comuns coloniais persistiram após a dita independência moral e com significância preponderante formal dos colonizadores. (BONILLA, 2020, p. 1).

Assegura Bonilla, que algumas colônias atingiram a condição de Estado soberano em guerras de independência e promulgaram constituições revolucionárias de forma autônoma, outras obtiveram a independência em transferências pacíficas de poder pela metrópole, nas quais envolviam normalmente uma constituição de independência negociada ou impostas pelo antigo poder colonial (BONILLA, 2020, p. 2).

Outrossim, vários fatores condicionaram os diferentes processos descolonizadores, como a existência ou não de fragmentação das elites políticas locais, força dos movimentos populares, grau de desenvolvimento socioeconômico, diversidade cultural e as relações entre majorias e minorias culturais, força das tradições indígenas que sobreviveram ao domínio imperial, entre outros. (BONILLA, 2020, p. 3).

Diante dessas especificidades que detêm certa margem de poder de condicionar os processos descolonizadores, vislumbra-se que esses fatores exercem e repercutem diretamente na amplitude da influência que recairá sobre a nova lei do recém Estado inaugurado, isto é, mensura-se, a partir destes fatores, o grau dos resquícios da lei colonial na nova ordem jurídica pós-colonial.

Salienta Alessandro Somma que a literatura jurídica insiste em definir que a eleição de um modelo jurídico a ser imitado depende principalmente de um conceito

abstrato de difícil precisão, chamada simplesmente de qualidade jurídica, que, em verdade, não passa de um prestígio reconhecido. Contudo, a principal razão da circulação do Direito ocidental funda-se na recepção imposta de modelos jurídicos como o resultado do processo de colonialismo, numa relação de afirmação de poder entre a metrópole e a colônia (SOMMA, 2015, p. 132).

Continuando, imprime-se, deste modo, um discurso de matriz evolucionista enraizado na máxima de que o prestígio de um dado modelo jurídico deriva do fato de se acreditar que seja capaz de edificar uma sociedade mais avançada em termos de civilização jurídica. Por exemplo, a colonização do novo mundo posta em marcha com o denominado descobrimento da América, a intervenção inglesa na Índia e na Austrália ou a repartição europeia e estadunidense do continente africano, como também a imposição do modelo socialista no leste europeu, desde o final da segunda guerra mundial e durante todos os anos da guerra fria (SOMMA, 2015, p. 132).

O direito introduzido na América Latina é de origem e de conteúdo ibérico, em que o modelo de regulação próprio das civilizações pré-colombianas foi eliminado, antes mesmo de ser conhecido. Trata-se de uma clara substituição rápida e imediata de um sistema por outro. O novo regulação imposta no Novo Mundo pela Espanha é baseado no Direito de Castilha, com as devidas adaptações necessárias à situação local para permitir sua integração. Todavia, as regras deste direito devem ser necessariamente aplicadas e interpretadas à luz da doutrina espanhola. (CONSTANTINESCO, 1998, p. 193).

Constantinesco sublinha que a independência das colônias espanholas da América Latina espanhola foi um ato de alcance político que não teve o condão de atingir nem a unidade linguística, nem aquela religiosa, cultural e jurídica ibérica consolidada durante séculos de dominação espanhola. Portanto, a América Latina constitui-se em um povo sem história, que mesmo alcançada a independência política, permaneceram no mesmo contexto de civilização e de cultura europeia do qual são projeção. (CONSTANTINESCO, 1998, p. 194).

Como resultado dessa dominação inflexiva não se pode visualizar uma nítida ruptura com a influência exercida pela força dos dominadores que se reproduz inclusive nos novos códigos que regulam a nova sociedade independente da América Latina.

De forma perfeitamente natural, as elites dos povos ibero-americanos detentoras do recém poder conquistado com a independência política, que tinham crescido em contato tanto com o Direito como com a cultura européia, acompanham na Espanha, em Portugal, na França ou na Itália os modelos de seus Códigos como forma de reforçar e afirmar a recente independência política adquirida.(CONSTANTINESCO, 1998, p. 194).

Observa-se, diante da explicação trabalhada por Constantinesco, a intensidade do transplante legislativo operado na América Latina no período colonial foi de tamanha agressividade que mesmo após a conquista da independência política a metrópole dominadora continuou exercendo sua esfera de influência sobre às ex-colônias, ditando o arcabouço jurídico e cultural do que venha a fornecer os festejados padrões de civilização exigidos pela inserção no contexto mundial das nações livres e independentes.

No Brasil, a proclamação da independência e a fundação do Império em 1822 consagra a autonomia política, sem fragmentar sua unidade territorial, como ocorreu nas províncias espanholas. Do ponto de vista linguístico e cultural o Brasil permanece no âmbito português, contudo no campo jurídico age muito cedo de modo independente. A organização de um ensino próprio, depois da fundação do Império, abriu caminho para que as Universidades de São Paulo e do Recife transformar-se em centros de desenvolvimento intelectual, fruto do intercâmbio de professores que realizaram seus estudos na Europa. (CONSTANTINESCO, 1998, p. 194).

A exposição imprimida pelo domínio europeu durante um longo período impediu a construção das bases próprias tanto jurídicas quanto culturais das ex-colônias, isto é, ocorreu uma desintegração total das culturas dos povos originais que acarretou como consequência a impossibilidade de desenvolvimento de qualquer movimento para estabelecer os seus próprios caminhos jurídicos ou culturais.

Impõe salientar, o transplante legislativo e cultura imprimido pela metrópole para a dominação das colônias visou apagar e destruir qualquer resquício das tradições dos povos originários. O efeito preponderante representa não apenas a impossibilidade de se proceder a um resgate das tradições originárias, mas também resultou na incapacidade de produzir instituições jurídicas e culturais próprias para as especificidades da sociedade recém independentes, mesmo que apartadas das tradições do povo originário. Ademais, a incapacidade de geração de produtos tanto jurídicos e como culturais possuem reflexos

inclusive nos dias atuais, em que a globalização exerce um papel de dominação, tendo em vista a exigência que os países periféricos adotem cada vez mais o padrão produzido pelos países centrais, para que atinja uma maior integração mundial.

Emílio Peluso disserta sobre o imperialismo no Direito Comparado analisando a obra de James Tully “The Paradox of Constitutionalism”, que destaca existir três formas de ação que tornaram a democracia constitucional ocidental e de perfil estadunidense/europeu parte de um direito imperial: 1) Assentamento de colônias europeias nas Américas, na Austrália e na Nova Zelândia. 2) Resultado de uma imperialização via governo colonial de maneira indireta, reorganizando governos locais, civilizando e ocidentalizando elites locais, dividindo os opositores, etc. 3) Aceitação de um certo grau de autonomia governamental local, desde que sob a influência ou hegemonia da metrópole, isto é, impondo formas políticas e jurídicas com o intuito de atender ao livre comércio objetivado pelos colonizadores. (MEYER, 2019, p. 484)

Portanto, o direito imperial se traduz no dever incumbido aos países ditos como colonizadores de levar um padrão de civilização aos países que se encontram distantes dos seus preceitos constitucionais.

Questiona-se se a circulação e absorção de ordenamentos jurídicos das potências colonizadoras gera um grau tão intenso de dependência, verificada, inclusive, hodiernamente por teorias e modelos estrangeiros descontextualizados com a realidade cultural do meio ao qual deveriam produzir seus efeitos que impede a produção de conhecimento jurídico nacional autêntico.

Cumprir observar, que o desenvolvimento da dissertação visa ofertar fundamentos para que seja possível debater e argumentar se o empréstimo de fontes jurídicas não nacionais corrói a produção jurídica doméstica ou se contribui no aperfeiçoamento e promoção dos institutos domésticos.

A comparação na qualidade de ciência do conhecimento visa adquirir dados teóricos, independentemente de que sejam utilizados empiricamente, isto é, permanece com o atributo de ciência o Direito comparado, mesmo que o pesquisador recorra a ele visando uma possível circulação de modelos jurídicos. Quando o modelo jurídico circula com a devida avaliação e atenta análise dos dados oferecidos pela ciência comparatista possui tal operação elevado grau de legitimidade conferido à atividade prática (SACCO,

2000, p.43).

Com efeito, não existe registro da circulação de modelos jurídicos que tenham sido precedidos e possibilitados graças às pesquisas comparativas sofisticadas.

As grandes recepções normativas que fizeram avançar o progresso jurídico mundial apresentavam-se sem a devida análise comparativa, ou com base em estudos comparativos superficiais, que se davam satisfeitas pelo conhecimento de um texto legal ou de uma doutrina de um prestigiado autor. A comparação - como ciência - intervém, ulteriormente, nesses processos de transplante jurídico, e analisa as recepções quando já se encontram consumadas - em alguns casos, concluídas há séculos (SACCO, 2000, p.44).

Salienta-se que, a qualidade do processo de transplante revela-se muito mais significativo do que o próprio conteúdo do transplante. (BERKOWITZ, 2003, p. 10).

O autor trabalha com a ideia de que, se o transplante não for realizado de acordo com as premissas que o direito comparado exige, estará fadado ao fracasso, não importando qual seja o conteúdo, mesmo que atinja sua eficácia no país receptor.

Um processo de transplante realizado de forma adequada garantirá a manutenção equilibrada entre os fatores sociais e jurídicos da ordem jurídica receptora com o instituto jurídico estrangeiro ora doado, isto é, o transplante deve harmonizar, respeitar e não entrar em colisão com os demais institutos sociais, políticos e jurídicos do país receptor - o que somente se atinge por meio de uma profunda preparação comparativa.

Berkowitz aponta, ainda, que um transplante realizado sem sequer considerar seu conteúdo, conseqüentemente em vez de se configurar como uma adaptação consciente da instituição às condições locais, resulta no transplante de instituições menos eficazes do que nos países de origem. (BERKOWITZ, 2003, p.11).

O autor expõe uma preocupação a mais em relação aos transplantes que sequer se atentam ao conteúdo da fonte estrangeira a ser recepcionada. Lamentavelmente, configura-se como uma prática corrente os transplantes desprovidos de qualquer análise técnica comparativa, inclusive quanto ao conteúdo do instituto estrangeiro.

Tratam-se de transplantes ancorados, na maioria das vezes, em um pretensão prestígio refletido pela ordem jurídica doadora em que o país receptor nem mesmo se

interessa em realizar uma cuidadosa ponderação sobre o seu conteúdo. Exemplificando, em tempos de globalização crescente, muitos institutos jurídicos estrangeiros que apresentam grande sucesso no seu país de origem são importados para países que, atraídos pela sua aclamação, se veem motivados a acoplá-los à sua ordem jurídica local. Essa prática se dá pela busca em se tornarem referência e desfrutarem do prestígio, bem como da repercussão que o país doador reflete para a comunidade internacional, sem ao menos conhecerem efetivamente o conteúdo e os efeitos que podem causar ou deixar de gerar na ordem jurídica receptora.

O estudo da repercussão do direito comparado como estímulo inovador e transformador da ciência jurídica permite realizar um pareamento do que significa atingir o conhecimento diante de uma sociedade fechada ao aperfeiçoamento contínuo do direito.

O desenvolvimento do Direito Comparado depende que as amarras que circundam a ciência jurídica sofram a ruptura necessária. Assim, qualquer indivíduo sem formação jurídica possui consciência da existência de ordens jurídicas estrangeiras e que o fenômeno jurídico não se restringe ao seu meio social, contudo, depende de os operadores do direito atingirem o real significado do que venha ser operar fontes estrangeiras dentro da ordem jurídica interna.

Quando os operadores do Direito fazem o uso de fragmentos de fontes jurídicas estrangeiras sem o devido aprofundamento de que o direito comparado deve fornecer para aparelhar seus casos jurídicos, estão produzindo uma imagem distorcida do que realmente significa o Direito estrangeiro. Ou seja, utilizam-se de uma projeção feita a partir de uma pequena amostra de um Direito estrangeiro idealizado e descontextualizado dos fundamentos que geraram sua produção. Em outras palavras, constitui-se em uma mera consulta às normas provenientes, muitas das vezes, de realidades sociais e econômicas distantes da realidade do país receptor.

Com a imersão cada vez maior na doutrina e na jurisprudência estrangeira, vivencia-se uma fase de crise de fontes do Direito em que a exclusividade do Estado Nacional detentor do poder de editar normas cede espaço para que o Direito possa avançar além das fontes normativas clássicas. Neste momento da pesquisa, fazer-se-á uma análise do fenômeno concernente ao intercâmbio de institutos jurídicos estrangeiros,

isto é, estabelecer os benefícios dessa relação simbiótica entre os diferentes direitos.

Com o avanço das relações sociais, precipuamente na transição da sociedade moderna para a pós-moderna, em que o Direito não acompanha o desenvolvimento da sociedade, as relações sociais estão cada vez mais dinâmicas, tornando o Direito refém da atuação constante da atividade legiferante, o que, conseqüentemente, resulta em uma proliferação acentuada de normas jurídicas. O Poder Legislativo não possui a capacidade de absorver a demanda que as relações sociais imprimem, portanto, faz-se necessária a reflexão, o intercâmbio de teorias, o superamento da rigidez dogmática e da soberania legislativa como um *standart* inviolável.

As barreiras da soberania das fontes jurídicas nacionais fazem com que a ciência comparativa seja compreendida como restrita ao campo dos estudos e pesquisas doutrinárias. Os estudos comparativos realizados dentro de preceitos metodológicos rígidos acabam por gerar, no máximo, apenas uma pequena margem de influência no poder legiferante na produção normativa.

É nessa toada que o Direito comparado ganha contornos específicos na sua relação direta com os direitos sociais. A importância de referendar como os direitos sociais evoluem e se desenvolvem não apenas dentro da construção circunscrita ao Estado que o regulamenta ou que o reconhece, mas, sim, com o intercâmbio de teorias, de debates, de escolhas que determinados ordenamentos jurídicos realizam. Como também, percorrem o mesmo caminho, afiguram-se o desenvolvimento dos direitos sociais, inicialmente vistos e compreendidos como meras recomendações, adquirem com o despertar constitucional e aliadas a experiências normativas de outros países, o poder de serem exigidos e cumpridos pelo Poder Público.

Importa esclarecer que não se trata apenas de empréstimos de fontes estrangeiras, a matéria afeta a disciplina do Direito comparado, mas está frente às transformações que o Direito exige para prosseguir no seu desenvolvimento.

Não se questiona que o empréstimo legislativo consiste em uma técnica que requer determinados métodos para que venha prosperar de forma positiva na ordem jurídica do país receptor. Contudo, trata-se de um aspecto técnico do Direito comparado, o que não inviabiliza que teorias, doutrinas ou mesmo decisões judiciais estrangeiras venham contribuir para o debate tanto jurisdicional como político dentro do seu uso pelo

Estado.

O embate entre culturas jurídicas possibilita que o Direito se aprofunde, se questione e se desenvolva em busca do que é, e não apenas do que deveria ser o Direito engessado nas amarras da rigidez do Estado na figura do Poder Legislativo como único detentor do poder de regular a sociedade.

Aponta Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 520):

Nesse sentido, pode-se dizer que analisar a questão da integração jurídica por meio do conceito de migração de ideias constitucionais pode libertar o jurista do debate estritamente dicotômico entre vinculação e não-vinculação de instâncias nacional a instâncias supranacionais, e também do debate exclusivamente sobre a hierarquia das normas. A partir da perspectiva da integração por meio da migração de ideias, o que importa é o livre câmbio de experiências, de ideias, de teorias. Esse livre câmbio não pretende vincular ninguém, caso contrário não seria livre. Ele - e a integração que dele pode resultar - ocorre no nível da argumentação e pode operar horizontalmente entre ordens jurídicas nacionais ou verticalmente entre uma ordem jurídica nacional e uma instância supranacional. Além disso, pode existir também entre várias ordens jurídicas nacionais por meio de uma instância supranacional. (...) Segundo o Tribunal Constitucional alemão, as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos não vinculam os tribunais alemães. Isso, no entanto, não faz com que seja possível imaginar que a questão se resume - ao contrário do que afirmei acima - a uma questão binária (ou existe ou não existe vinculação). O problema é mais complexo. Segundo o Tribunal Constitucional alemão, embora não haja vinculação formal estrita, desconsiderar as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos não seria compatível com a proteção dos direitos humanos e com o princípio do Estado de Direito. Nesse sentido, não levar em consideração as decisões da Corte Europeia seria tão equivocado quanto tentar aplicá-las diretamente, como se houvesse uma supremacia pura e simples das decisões desta corte em face das decisões dos tribunais nacionais. O valor das decisões da Corte Europeia seria, segundo o tribunal alemão, sobretudo um valor argumentativo. É claro que, enquanto decisão judicial, ela vincula as partes envolvidas em cada caso concreto, mas apenas no caso concreto. Para além dessa vinculação no caso concreto, o dever dos tribunais nacionais é de levar em consideração, na medida do metodologicamente sustentável, as normas da Convenção Europeia de Direitos Humanos, na forma como a Corte Europeia as interpreta. Nesse sentido, pode-se afirmar que as decisões da Corte Europeia impõem sobretudo um ônus argumentativo. Em outras palavras: o binômio "vinculação vs. não-vinculação" entre jurisdições não é suficiente para compreender o problema. Trata-se de uma questão de vinculação argumentativa, isto é, trata-se de receber e reprocessar ideias supranacionais. Em resumo: a integração pode existir (e, de fato, existe)

ainda que não exista uma vinculação formal estrita às decisões supranacionais.

No próximo capítulo, apresenta-se o Direito comparado, na sua vertente de transplante de fontes jurídicas estrangeiras, como influenciaram no desenvolvimento dos direitos sociais em diversos países receptores, e como o Poder Judiciário vem trabalhando cada vez mais com as teorias provenientes do Direito estrangeiro para que o Direito faça justiça, especialmente, justiça social. Consistindo em uma adoção pelo transplante de fontes não nacionais do Direito comparado de forma voluntária e em algumas situações, inclusive espontânea, de acordo com o movimento social experimentado.

2. O DIREITO COMPARADO COMO FONTE DE TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO DOMÉSTICO

2.1 A influência do transplante de fontes jurídicas estrangeiras nos direitos sociais

O Direito Comparado se envolve com um mundo cada vez mais complexo, e como o escopo desta disciplina já expansiva inevitavelmente se ramifica ainda mais, isto é, o direito informado pelos padrões da pós-modernidade vem se mostrando cada vez mais multifacetado em suas manifestações, exigindo dos operadores do direito com o aparato comparativo o desenvolvimento constante dos institutos jurídicos que guarnecem os valores e as conquistas sociais.

Um tema importante no Direito Comparado têm sido a circulação de teses jurídicas, inclusive para ordenamentos jurídicos díspares. Neste momento da dissertação, aborda-se o trânsito de teses jurídicas provenientes do direito alemão não sob o ponto de vista de um estudioso que contempla esse fenômeno de forma abstrata, mas, sim, de uma perspectiva interna, analisando através das contribuições que a sua incorporação repercute no desenvolvimento e na efetividade dos institutos jurídicos domésticos dos países receptores.

O presente estudo adota a lição de Dimitri Dimoulis que aponta que aquilo que pode ser objeto de um estudo rigoroso não são as semelhanças ou diferenças entre os ordenamentos, mas sim as influências recebidas por ordenamentos jurídicos alienígenas, isto é, consiste em perquirir as formas de comunicação e de influência (muitas vezes recíprocas ou retro alimentadoras) entre ordenamentos, procurando não só identificar os vários transplantes jurídicos, mas também as razões de cada transplante e a história de adaptação ao ordenamento receptor. Com relação ao histórico do transplante, trata-se de saber se o transplante é duradouro ou se após a inicial importação ocorreu o afastamento progressivo (DIMOULIS, 2016, p.80).

Importante ressaltar que o transplante pode ocorrer de forma duradoura e contínua, buscando se alimentar de novas teorias ou decisões judiciais que venham aprimorar o país doador, ou seja, o país receptor procura trabalhar o conhecimento advindo do transplante atento aos movimentos empreendidos pelo país doador no

desenvolvimento da fonte transportada, seja com a evolução doutrinária ou mesmo com as experiências jurídicas que os tribunais fornecem com a aplicação do instituto transportado.

A dissertação elegeu os direitos sociais para realizar um estudo sobre as influências sofridas pelo transplante de fontes jurídicas não domésticas, em razão dos princípios que informam o seu reconhecimento e o seu desenvolvimento. Os direitos sociais estão alicerçados sobre os princípios mais caros da humanidade, quais sejam: o princípio da liberdade, o princípio da igualdade e da solidariedade. O direito comparado frente a esses princípios busca oferecer um estudo de como as diferentes nações outorgam as suas populações seus direitos mais essenciais, e quais são as lições que os países podem retirar e aplicar ao seu próprio sistema jurídico.

Gabriela Mendiazábal (2005, p. 546), expõe que a importância dos estudos em direito comparado radica em diversos fatores, particularmente em tempos de globalização, problemas sociais que se apresentam em um determinado lugar podem propagar-se facilmente ao redor do mundo e as soluções que se encontram em um lugar podem vir a ser aplicadas em outros, constituindo-se, assim, fundamental na contenção do problema social em escala mundial, possibilitando inclusive uma atuação preventiva alicerçada nas experiências coletadas com o uso do direito comparado.

O ponto central no desenvolvimento desse capítulo consiste em discutir se o transplante de tese e decisões jurídicas proveniente do Direito Alemão contribuíram no desenvolvimento e/ou aperfeiçoamento dos institutos jurídicos e na atuação jurisdicional brasileira, precipuamente, com relação na consolidação da materialização do princípio da igualdade aliada com o implemento da efetividade social.

Importante lição apresenta Pierre Legrand (2018, p. 32): o direito é pensado de outra forma em outros lugares, sendo assim, estudando o que se pensa e como se faz o direito em outros lugares, possibilita nós mesmos ser eventualmente convidados a pensar e refletir o nosso direito de forma diferente ou, pelo menos, a questioná-lo. O interesse pelo direito do outro se traduz em uma desterritorialização, que também pode ser intelectual, além de ser geográfica. Tomar em consideração o direito do outro é uma marca também de destotalização, isto é, o meu direito não é mais absoluto, não é mais todo o direito que conta para mim, significando que eu aceito que há, em matéria de

conhecimento jurídico útil, outra coisa além do meu direito; há, portanto, outros direitos que importa e que também possuem valor normativo no meu direito; contudo, certamente não obrigatório, mas sim de um ponto de vista persuasivo.

Os comparatistas devem compreender a relação entre os sistemas jurídicos, as culturas jurídicas e as tradições jurídicas e serem capazes de encontrar regras além da estrutura do sistema jurídico formal considerado obrigatório pelo povo. Tanto o modelo jurídico de cima para baixo como o modelo jurídico de baixo para cima devem ser apreciados. Esta abordagem ampla deve incluir o sistema jurídico ordinário e o extraordinário. (OCURI, 2012, p. 365).

A influência gerada na construção da teoria dos direitos sociais enunciados no texto constitucional brasileiro de 1988, bem como no desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial das teorias que aperfeiçoam e ampliam a área de atuação dos direitos fundamentais estão claramente embasadas na doutrina e nas decisões judiciais proveniente do Direito Alemão. Diante desse quadro, cumpre observar que a migração de ideias do direito estrangeiro repercutiu de forma assertiva na formação contemporânea do Direito brasileiro, seja porque existe um consolidado intercâmbio acadêmico dos doutrinadores e dos magistrados com as universidades alemãs, seja porque o Direito Alemão conquistou uma posição de vanguarda no aperfeiçoamento da ciência jurídica.

Importa para o desdobramento da análise dos efeitos da influência comparativa, preliminarmente, estabelecer o histórico, os fundamentos e o desenvolvimento dos direitos sociais.

Prosseguindo no estudo dos impactos do direito comparado, apresenta-se uma análise e uma reconstrução histórica e funcional dos direitos sociais que possuem como marca o seu reconhecimento nas legislações a partir do 2º período pós-guerra mundial, e no decorrer do século XX foram introduzidos gradativamente nos textos constitucionais, movimento semelhante ao experimentado pelos direitos liberais clássicos na busca de um local adequado que refletisse sua importância e desfrutasse de sua proteção.

Com a inserção dos direitos sociais nos textos constitucionais, inicialmente com as Constituições Mexicana (1917) e Alemã (1919), ocorreu uma mudança de paradigma, isto é, alterou-se o papel do Estado e da própria constituição.

Da perspectiva estatal, superou-se os mandamentos centrais do liberalismo, em que a figura do Estado deveria se abster das questões referentes às áreas socioeconômicas, mas do ponto de vista constitucional, engendrou uma nova forma de se conceber as funções dos textos constitucionais, isto é, transpôs a visão de que só poderia estar no papel de limitador de poder e da estruturação do Estado. Portanto, desencadeou uma expressiva onda de expansão das competências estatais e dos objetivos constitucionais, que reverberam no dever público de superação da pobreza, redução das desigualdades sociais, na construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Ressalta-se, a importância atrelada à conquista do espaço constitucional dos direitos sociais, em que o papel do Estado passa do culto a igualdade formal para desaguar na busca pela igualdade material. (CHUEIRI, 2022, p. 315).

As constituições sociais do início do século XX influenciaram e modificaram o alcance da teoria do direito constitucional, em que o Estado alterou sua concepção formada dentro do liberalismo que primava pelo não intervencionismo para uma atuação ativa e provedora de direitos. A influência exercida modificou as estruturas de como Estado até então era concebido, isto é, inaugurou-se o processo de transição do Estado Liberal para o Estado do Bem-Estar Social. Deve-se ter em consideração que o trânsito das ideias compreendidas na Constituição Mexicana e na Constituição Alemã tornou-se possível em virtude do Direito Comparado, que exerceu a sua função e permitiu que os demais países aprimorassem suas histórias constitucionais com o predicado e o reconhecimento do valor social.

Vidal Serrano Nunes Junior assevera que o primeiro documento que repercutiu com maior relevância em matéria de direitos sociais foi a Constituição Francesa de 1848, que embora não tenha transformado o Estado francês em um Estado Social, elencou um rol de direitos sociais, especialmente em seu artigo 13 (NUNES, 2007, p. 4).

No século XX houve ascensão do modelo de Estado do Bem Estar Social com a promulgação da Constituição Mexicana de 1917, que teve o admirável papel de romper com o padrão até então imprimido pela tradição clássica constitucional trazendo para dentro do seu texto constitucional a proteção dos direitos trabalhistas de forma pormenorizada. Com a Constituição de Weimar de 1919 houve a consagração dos avanços alcançados no campo social com a definição de um amplo rol de direitos sociais

consolidando o Estado do Bem Estar Social que, posteriormente, influenciou diversas constituições mundo afora.

Com relação ao plano internacional, foi proclamada pela Resolução 217 A (III) Da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal de Direitos Humanos - responsável por estabelecer um extenso catálogo de direitos sociais, transformando-se em um importante marco histórico e mundial por congregar a noção de direitos sociais com a de direitos intrínsecos à natureza humana, reverberando-se como de observância indispensável por todos os Estados do mundo. E consecutivamente, como espécie de desdobramento e complementação dos princípios adotados pela Declaração de 1948 fora pactuado, em 1966, o Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais. (NUNES, 2007, p. 7).

Estefânia Barboza expõe que a concepção dos direitos sociais culminou da elevação desenfreada da sociedade industrial e da contrapartida agitação e pressão dos movimentos sociais que forçaram o Estado a assumir certos deveres de prestações positivas para garantir, promover e assegurar a busca pela igualdade material entre os cidadãos, em especial oferecendo um mínimo de dignidade às classes trabalhadoras. (BARBOZA, 2005, p.118).

A emergência social da conjuntura posta em marcha pela revolução industrial - resultado da degradação humana - repercutiu diretamente no papel que o Estado deve exercer dentro da sociedade. Os direitos conquistados nas revoluções burguesas que expressam e que em sua preponderância se restringiam à concepção dos preceitos da liberdade já não eram suficientes para garantir o desenvolvimento humano. A nova sociedade industrial incipiente que em um breve transcurso temporal experimentou de forma descontrolada a urbanização social, deparou-se com alijamento da sua condição humana em prol da industrialização desmedida, em que o clamor social exigiu uma atuação ativa do Estado na busca pelos valores da igualdade, que em última análise, desagua no reconhecimento da contrapartida social que o Estado deve prover por meio da enunciação, promoção e efetivação dos direitos sociais.

A Constituição Mexicana de 1917, em linhas gerais, configura o reconhecimento e a positivação das reivindicações e dos princípios inspiradores da Revolução Mexicana, em sede constitucional. É tido como o documento precursor do constitucionalismo social,

que influenciou grande parte das Constituições do pós-segunda guerra mundial.

Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro cumpre em esclarecer que, apesar da elaboração de um novo texto constitucional não ter sido um dos objetivos das reivindicações da Revolução Mexicana, não é menos exato afirmar que a constituição deu expressão máxima às aspirações requeridas.

A autora analisa o contexto histórico turbulento que permeou o advento da Constituição Mexicana: A Revolução Mexicana iniciou-se em 1910 e mobilizou em seu processo milhões de camponeses e indígenas despojados de suas terras e que se insurgiam contra o governo ditatorial do Presidente Porfírio Díaz, que perdurou de 1876 a 1911. Porfírio Díaz era apoiado, em seu governo pelo exército, pela Igreja Católica, por grandes empresas (inclusive de origem estrangeira) e pelos grandes proprietários de terras (beneficiados com a política de despojamento). (BUCCHIANERI, 2006, p. 108 e 109).

Com efeito, o histórico e os motivos que levaram a Constituição Mexicana de 1917 na inserção dos direitos sociais no seu texto constitucional, conclui-se que provêm de uma matriz revolucionário, como resposta às reivindicações pleiteadas pela revolução. Distancia-se das razões que resulto na inserção dos direitos sociais na Constituição de Weimar de 1919, no entanto as duas experiências constitucionais compartilhavam as mesmas demandas sociais e também as duas constituições não obtiveram força na implementação e na efetividade social.

Roberto Gargarella (2014, p.12) analisa no seu artigo “Latin American Constitutionalism: Social Rights and the “Engine Room of the Constitution” a influência gerada pela Constituição mexicana de 1917 na mudança da história do constitucionalismo Latino-Americano. Os países Latinos Americanos passaram a adotar o modelo social da Constituição do México, incluindo longas listas de direitos sociais em suas constituições. O Brasil modificou sua constituição em 1937; a Bolívia em 1938; Cuba em 1940; Uruguai em 1942; Equador e Guatemala em 1945; e Argentina e Costa Rica em 1949.

Trata-se da forma pela qual as constituições Latino-Americanas expressaram, por meio do uso da linguagem jurídica, as maiores mudanças sociais que ocorreram na região durante a primeira metade do século XX, principalmente com a incorporação da classe trabalhadora como fator decisivo de reivindicações de proteção social perante o

Estado. Após essa primeira onda de reformas, a região foi submetida a um segundo período de mudanças constitucionais, que foi fundamentalmente concentrada entre os anos 1980 e 2000. Nessa nova época, o Brasil mudou sua constituição em 1988, a Colômbia em 1991, a Argentina em 1994, a Venezuela em 1999, o Equador em 2008, a Bolívia em 2009 e o México em 2011. (GARGARELLA, 2014, p.12).

Roberto Gargarella explica que maioria das novas constituições foram influenciadas basicamente por dois eventos: O primeiro evento foi político: a emergência de uma nova onda de ditaduras que afetaram a região; O segundo evento foi econômico: a adoção de reformas neoliberais e programas de ajuste econômico no final dos anos 80. O período dos governos militares teve um profundo efeito na região, em diferentes níveis. Obrigando alguns países, após a retomada da democracia, a reconstruir substantivamente suas organizações constitucionais. (GARGARELLA, 2014, p.13).

Já a Colômbia na década de 1930 iniciou um processo de reestruturação do Estado no campo das políticas sociais, com intuito de se inserir de forma ativa no novo estágio de produção do capitalismo mundial, tendo em vista que o país era carente de leis que regulamentavam o trabalho assalariado. A Colômbia embora possuía uma relação de dependência econômica e cultural com relação aos países capitalistas centrais, não estava alheia às crises sociais que enfrentavam a sociedade capitalista naquele momento. E como forma de satisfazer as novas demandas proeminentes do Estado que se preocupava com o bem-estar social promulgou a Constituição da Colômbia de 1936 que incorporou algumas das proposições da Constituição de Weimar de 1919, especialmente referentes à área da educação e à área da proteção social. (SARLET, 2017, p. 591)

Embora a questão trabalhista figure como dever de proteção estatal na constituição colombiana em seu artigo 17 “O trabalho é uma obrigação social e gozará de especial proteção do Estado”, constata-se que o dispositivo não esclarece quais são os direitos ou as garantias dos trabalhadores, diferentemente das Constituições alemã e mexicana. Com a reforma constitucional de 1936 ocorreu a incorporação de princípios e preceitos dos movimentos políticos europeus e americanos, em especial os provenientes da Alemanha, que tratava da proteção dos direitos sociais de índole assistencial. (BUCCHIANERI, 2006, p. 108).

Somente com a Constituição da Colômbia de 1991 que o processo de incorporação dos direitos sociais ocorreu de forma abrangente, estabelecendo o direito a uma moradia digna, ao lazer e ao exercício dos esportes, como também trata de ampliar os direitos trabalhistas, como o direito a um salário mínimo, a estabilidade no emprego, a qualidade no trabalho, dentre outros. Conclui a autora lembrando que desde os anos de 1930 o debate sobre a questão social era presente na sociedade colombiana. (BUCCHIANERI, 2006, p. 108).

Cumpra destacar, que os direitos sociais fazem parte do modelo de constituição contemporâneo. A Constituição de Weimar de 1919 ganhou especial notoriedade frente ao ineditismo de apresentar um extenso rol de direitos sociais dispostos em seu texto, o que reverberou de forma positiva na comunidade internacional, influenciando ordens constitucionais mundo afora. Contudo, a previsão dos direitos sociais apresentavam baixa densidade normativa, o que repercutiu e comprometeu sua efetividade social. Somente com a lei fundamental da Alemanha de 1949 que os direitos sociais ganharam corpo e um maior compromisso do Estado Alemão.

O sucesso da Lei Fundamental não se afere, todavia, apenas pelo seu significado para o Estado e para o Povo da Alemanha, mas adquire um sentido mais abrangente, quando se avalia a influência do constitucionalismo alemão contemporâneo sobre outras ordens jurídicas. Neste particular, sem prejuízo da evidente importância da Lei Fundamental para um expressivo número de outros Estados Constitucionais (o que se identifica tanto em termos de direito constitucional positivo, quando tem termos doutrinários e jurisprudenciais), de tal sorte que, juntamente com o constitucionalismo norte-americano, a Lei Fundamental é tida hoje como a Constituição mais influente, em termos de direito comparado, no âmbito da evolução constitucional contemporânea, o que nos move aqui é tecer algumas considerações sobre a influência da Lei Fundamental para o direito constitucional brasileiro. (SARLET, 2009, p. 92).

Existem duas experiências constitucionais que possuem o destaque de influenciar outros textos constitucionais que não apresentam em seus textos a previsão de direitos sociais: a Constituição dos Estados Unidos da América (1776) e a Constituição da Alemanha (1949). Contudo, a ausência de previsão expressa não significa que os direitos sociais estão sendo violados ou desrespeitados, na realidade, esses países não deixam de possuir uma política voltada aos direitos sociais, apenas não desfrutam da

engenharia de proteção constitucional. (SARLET, 2017, p. 591).

Os direitos sociais, inicialmente, surgiram na europa no direito alemão, em decorrência do processo de industrialização e da maior concentração populacional nos meios urbanos, fruto da revolução industrial alemã tardia experimentada na segunda metade do século XIX.

Trata-se de um processo natural, em que os legisladores com o intuito de frear as reivindicações dos movimentos operários, que cada vez mais se fortificavam e se organizavam com o avanço da urbanização e a crescente precarização das condições de trabalho, concediam direitos capazes de fornecer alguma margem de justiça social à sociedade de operários explorados pelo sistema capitalista. Cumpre ressaltar, que a conquista desses direitos que vinham pregar justiça social, em seus primórdios, somente alavancavam a proteção do direito em um nível formalista, isto é, a solidariedade e fraternidade social material.

Mesmo que algumas vozes doutrinárias contrárias ao papel do Direito Comparado afirmem que se trata em verdade de mera consulta às experiências constitucionais de outras nações, tais afirmações não conseguem sustentar como uma mera consulta teria o poder de remodelar a teoria do Estado em tamanha profundidade.

Com efeito, o Direito Comparado possui diversas faces, seja técnica e exalta-se no manto da metodologia, seja como uma concepção que transcende o tecnicismo e atua sobre uma atração natural e de forma espontânea à procura pelos novos direitos e pelas novas formas de se fazer o direito.

O certo é que o deslocamento das funções do Estado, dentro desse novo patamar assumido para ofertar a igualdade material, emergiu com força na Teoria do Estado, que não foi motivada por uma prévia e técnica preparação metodológica comparativa, mas resultou em um aprimoramento e alargamento das responsabilidades estatais - seja porque buscou a influência e inspiração na Constituição Mexicana que em sua raiz tem como motivo para a previsão dos direitos sociais no seu texto constitucional como uma forma de enfraquecer os movimentos revolucionários que atentavam a estabilidade e a manutenção de certos grupos no controle do Poder Estatal, seja porque se baseou na Constituição de Weimar de 1919 que se fundamentou na crise do Estado Liberal e nas consequências impiedosas da Revolução Industrial.

Também o direito constitucional brasileiro, designadamente no período mais recente, sob a égide da Constituição Federal de 1988 e com maior incidência na última década, tem experimentado uma crescente influência por parte da Lei Fundamental, em especial por força do impacto da doutrina e da jurisprudência constitucional. São vários os fatores que explicam tal fenômeno, não sendo o caso aprofundar tal dimensão. Certo é que a principal porta de entrada para o direito comparado tem sido a receptividade por parte da doutrina e jurisprudência nacional. No plano doutrinário, além de um aumento expressivo de doutoramentos, pós-doutoramentos e pesquisas realizados por brasileiros na Alemanha, também se constata um crescimento considerável no que diz com o número de obras de direito constitucional da Alemanha traduzidas para o português, o espanhol e o italiano, que, de forma compreensível, são (ainda) as línguas estrangeiras mais citadas no meio acadêmico nacional, juntamente com o francês e o inglês. A própria importação indireta de categorias do direito constitucional alemão, por meio da doutrina portuguesa, espanhola e italiana, igualmente bastante receptiva à produção alemã, ocupa um lugar de destaque neste processo. Com efeito, atualmente, bastaria um olhar sobre o direito comparado, para que se possa afirmar que a doutrina e jurisprudência constitucional alemãs, notadamente sob a égide da Lei Fundamental, têm contribuído decisivamente para a gradativa construção de uma gramática constitucional comum (pelo menos em alguns campos sensíveis do direito constitucional) ou do que alguns têm designado de um direito constitucional comum. Que o Brasil acabaria de algum modo sendo afetado por tal movimento, ainda mais considerando o perfil do projeto constitucional de 1988, já era de se esperar. (SARLET, 2009, p. 93).

Jorge Miranda esclarece que o regime jurídico dos direitos sociais se relaciona com a premissa de que existem desigualdades - algumas decorrentes das próprias condições físicas e mentais de cada pessoa, outras derivadas da situação econômica, social e cultural que guarnecem o meio a que estão inseridos os indivíduos. Isso exige a necessidade da atuação estatal para vencê-las ou mesmo contorná-las, com o fito de possibilitar a viabilidade do maior grau possível no atingimento da igualdade concreta e de resultado. Conseqüentemente, os direitos de liberdade e garantia são autoaplicáveis (art. 18, n. 1, Constituição Portuguesa 1979), ao passo que os direitos sociais são dependentes para sua efetividade da realização do Estado e da própria sociedade. Contudo, a efetivação dos direitos sociais propicia a própria liberdade ou de certas liberdades.

Continua Miranda, as liberdades e as garantias são direitos de autonomia, de manifestação, de individualização que repercutem diretamente na própria essência do

ser humano, que demandam uma posição de respeito pelo Estado e pelas demais entidades públicas e, em certa medida, até mesmo dos demais componentes da sociedade, isto é, traduzem-se em limitações ao poder público. (MIRANDA, 2010, p.121).

Os direitos sociais constituem-se em direitos de necessidade e, ao mesmo tempo, de comunicação: referem-se às condições de existência da própria pessoa, exigem a prestação de bens e de serviços, dependem de uma atuação modificadora das estruturas econômicas, sociais e culturais. (MIRANDA, 2010, p.122).

Importa salientar aos pesquisadores de direitos fundamentais e direitos sociais dentro do direito comparado, que a Constituição Portuguesa optou por uma via intermediária de distinção de regime jurídico. Esta via se traduz na máxima de que o regime a ser instrumentalizado frente aos direitos econômicos, sociais e culturais como direitos fundamentais, para que então gozem do regime jurídico da fundamentalidade, dependem do grau em que repercutem diretamente ou reflexivamente nos direitos de liberdade e garantia, isto é, tanto no tocante à inconstitucionalidade como no tocante a revisão constitucional. Portanto, na medida em que os direitos sociais influem nas liberdades e garantias clássicas, são postas a verificação caso a caso.

A adoção do sistema de mista fundamentalidade dos direitos sociais pela Constituição Portuguesa de 1979, exige que o pesquisador de Direito Comparado analise cada caso concreto, juntamente com a sua evolução dentro do tribunal, para que percorra todas as fases em que o Direito Social se desenvolveu ou retrocedeu na sua fundamentalidade.

Ingo Wolfgang Sarlet (2017, p. 597) realiza uma análise comparativa sobre os direitos sociais determinando que a Constituição Federal de 1988 se encontra em uma posição de vanguarda na matéria ao consagrar em seu texto os direitos sociais como direitos fundamentais, o que garante uma supremacia normativa, gerando a aplicação do mesmo regime jurídico pertinente aos direitos fundamentais clássicos, observando as peculiaridades que cabem a cada direito protegido.

A aplicação do regime jurídico concernente à fundamentalidade aos direitos sociais se distancia bastante do quadro normativo vigente em outros países, em que quando são previstos constitucionalmente, tais direitos são vistos com uma força normativa de reduzida eficácia e, em alguns casos, chega-se a negar o atributo da

fundamentalidade ou mesmo apenas reconhecem que se trata de normas impositivas de fins e deveres estatais. Essa limitação decorre do fato de que nesses países há um reconhecimento de uma densidade normativa mais baixa frente aos direitos sociais - o que demanda uma atuação do Poder Legiferante para imprimir a sua eficácia, especialmente com relação às posições jurídicas subjetivas exigíveis em face do Estado. (SARLET, 2017, p. 597).

Continua o autor, países como Alemanha, França, Portugal, Espanha e Itália, em regra, têm sido barradas a aplicabilidade imediata e direta dos direitos sociais, o que os torna exigíveis como direitos subjetivos na forma e nos limites impostos pela legislação infraconstitucional. (SARLET, 2017, p. 597).

A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (de 1949) não incorporou nenhum ordenamento sistemático dos direitos sociais da “segunda geração” (dos trabalhadores, educação, saúde, assistência), fato que se deve às más experiências com a Carta anterior de Weimar. Essa Constituição de 1919 é tida, no mundo inteiro, como uma das primeiras Cartas que incorporaram os direitos sociais a prestações estatais no seu texto. No entanto, para a doutrina constitucional alemã pós-guerra, ela serve como modelo de uma Carta “fracassada” que, inclusive, contribuiu para a radicalização da política desse país nos anos 20 e a tomada do poder pelos nazistas em 1933. Os seus modernos artigos sobre direitos sociais foram “ridicularizados” por parte dos integrantes da extrema direita e esquerda política, como “promessas vazias do Estado burguês” e “contos de lenda”. Como consequência, o legislador fundamental de 1949 renunciou deliberadamente à formulação de normas que conferem direitos subjetivos a prestações. Os direitos sociais, cuja eficácia sempre depende de vários fatores econômicos e políticos, ficaram de fora. A maioria dos autores alemães se dirige contra direitos fundamentais sociais na constituição, porque estes seriam, na sua maioria, não-realizáveis atualidade por parte do Estado, provocando a impressão do cidadão de que todo o texto constitucional seria nada mais do que uma “construção de frases” ou um “catecismo popular, cheio de utopias” que resultaria na perda da normatividade da Carta e da sua força de estabelecer valores. Por outro lado, quase todas as constituições dos 16 Estados federados alemães (Länder) contêm direitos sociais. Houve uma discussão acirrada sobre a necessidade da inclusão desses direitos da “segunda geração” (especialmente a emprego e habitação) no texto da Carta Federal no contexto da unificação das Alemanhas em 1990, prevalecendo a linha que não quis “mexer” nas bases estruturais de um texto que, durante 40 anos, garantiu estabilidade, bem-estar e liberdade. (KRELL, 1999, p. 244).

As principais funções atribuídas aos Direitos Sociais no Direito Comparado são:

estabelecer limites aos demais direitos - fundamentais ou não, ou seja, que afetam o âmbito de proteção de outros direitos, demarcando concretamente a eficácia deles, e atuando, dessa forma, em um sentido essencialmente negativo; incidirem como parâmetro de constitucionalidade de atos normativos, pois estabelecem um mínimo a ser observado pela legislação infraconstitucional, isto é, possuem uma eficácia dirigente que vincula e limita, a discricionariedade do legislador ou mesmo da própria administração pública. (SARLET, 2017, p. 599)

Parte da doutrina compreende que não se trata propriamente de Direito Comparado, tendo em vista a ausência do requisito da cientificidade que deve ser aplicado com recursos metodológicos próprios, no entanto, consiste em uma exigência que redundaria o Direito Comparado quase que, exclusivamente, ao campo acadêmico, quase de inexpressiva aplicabilidade prática, já que as mudanças que atingem a sociedade dentro da pós-modernidade estão cada vez mais fluídas e de exigências momentâneas, que se alternam e se reconfiguram a partir de cada conquista ou derrota social.

No próximo tópico da dissertação, apresenta-se como a doutrina nacional trabalha com os direitos sociais, e como as teorias adotadas - tanto pelo poder judiciário como pela academia - são provenientes de fontes jurídicas não nacionais (principalmente do direito alemão), em que houve o transplante jurídico para o país receptor, sem o devido trato comparativo formalista, mas que não impediu o seu livre desenvolvimento dentro do ordenamento jurídico nacional, resultando em uma construção jurisprudencial firme na proteção dos direitos sociais e na busca pela materialização do princípio da igualdade. Como na transformação e renovação de institutos jurídicos que se mostravam estanques frente às crescentes demandas sociais que de forma exponencial se apresentam.

2.2 O Direito Comparado, reserva do possível, proibição de retrocesso social e o mínimo vital

A expressão “reserva do possível” foi utilizada pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão na decisão BVerfGE 3 33, 303 (numerus clausus) em que se analisou a constitucionalidade, em controle concreto, de normas de direito estadual

que regulamentavam a admissão aos cursos superiores de medicina nas universidades de Hamburgo e da Baviera nos anos de 1969 e 1970. Em razão do exaurimento da capacidade de ensino dos cursos de medicina, foram estabelecidas limitações absolutas de admissão (*numerus clausus*).

O caso *Numerus Clausus* trata-se do direito ao acesso a uma vaga no curso de medicina humana. Em razão da limitação de vagas, os candidatos não aceitos nas Universidades de Hamburgo e Baviera (anos 1969 e 1970), entraram com recurso, solicitando ao Poder Judiciário o acesso ao curso, baseados no artigo 12 da Lei Fundamental Alemã que dispõe “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”. Sob a alegação de que só é possível solicitar ao Estado aquilo que se pode esperar, o pedido foi negado, uma vez que o entendimento foi a não razoabilidade em oferecer vagas ilimitadas ao curso de medicina pelo Estado. É fundamental atender-se ao quesito coletividade, melhorando a estrutura da universidade, uma vez que, não é possível prover ao candidato à vaga desejada, vista a quantidade de candidatos à vaga de medicina. Um *Numerus Clausus* absoluto somente será constitucional se atender inúmeras condições, como prescrição dos limites necessários e critérios racionais de atendimento ao local.

Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha pelo legislador em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração de seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando, conforme a prescrição expressa do Art. 109 II GG, as exigências da harmonização econômica geral. A ele compete também a decisão sobre a extensão e as prioridades da expansão do ensino superior, devendo se atentar para o fato de que ampliação e novas construções de instituições de ensino superior fazem parte, consoante o Art. 91a GG, das tarefas em prol da coletividade a serem cumpridas em atuação conjunta da União e dos Estados-membros. (SCHWABE, 2005, p. 652).

De acordo com a decisão ora exposta, a teoria da reserva do possível possui sua origem no Tribunal Constitucional Alemão, ela estabelece de forma cristalina que a

efetivação dos direitos fundamentais não é absoluta, mas sim que admite a inserção de limites.

O professor Thiago Lopes Matsushita realiza profunda análise da decisão alemã enumerando os seus fundamentos decisórios. Cumpre observar, a discussão do caso se dá sobre o art. 12 da *Grundgesetz*, que estabelece em sua redação, no item 1, que todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o de aprendizagem.

Matsushita elenca os quatros principais fundamentos proferidos pela Corte alemã na decisão que criou e/ou reconheceu o princípio da reserva do possível: a) o exercício de uma profissão pressupõe a necessidade da conclusão de uma determinada formação, sendo assim, as limitações ao livre acesso à formação prescrita, devem ser tão rigidamente avaliadas, como os próprios pressupostos de admissão para a profissão; b) o fortalecimento da seguridade social e do fomento cultural dos cidadãos, mais aparece, no contexto da relação entre cidadãos e Estado, a exigência complementar pela outorga de direito fundamental da participação (*grundrechtliche Verbürgung der Teilhabe*) em prestações estatais, ao lado do postulado original da garantia de direito fundamental da liberdade em face do Estado; c) com o advento do Estado de Direito Social de liberdade não se admite mais confiar à livre decisão dos órgãos estatais delimitar, sem qualquer fundamento, o círculo dos privilegiados e excluir uma parte dos cidadãos. Pelo contrário, decorre aqui, do fato de o Estado oferecer prestações, um direito conferido a todo cidadão qualificado o acesso ao ensino superior e de participar, a princípio igualmente, da oportunidade oferecida; d) Como decorrência desses efeitos, não se pode negar que o *Numerus Clausus* absoluto de matrícula de candidatos se encontre à margem do constitucionalmente aceitável. (MATSUSHITA, 2022).

Conforme exposto acima no detalhamento do caso, em síntese, a decisão final da Corte Alemã foi no sentido de que não é necessário decidir sobre um direito individual do cidadão imponível judicialmente à criação de vagas de estudo para o livre exercício de uma profissão. Pois, os direitos sociais de participação em prestações estatais se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente exigir da coletividade. Em seguida, a corte fornece a dimensão econômica da decisão explicitando a existência de diversas competências estatais atinentes ao

legislador, como atender, na administração de seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, às exigências da harmonização da economia; e decidir sobre a extensão e as prioridades da expansão do ensino superior, considerando inclusive a necessidade de ampliação e o investimento em novas construções de tais instituições.

Ainda, salienta que nenhum mandamento constitucional obriga a prover a cada candidato, em qualquer momento, a vaga do ensino superior por ele desejada, o que dispenderia investimentos dependentes exclusivamente da demanda individual, frequentemente flutuante e influenciável por variados fatores, ignorando assim, em longo prazo, que a liberdade pessoal que pode resultar na redução pela procura de determinado curso superior.

Importa estabelecer o contexto histórico e social que recaía sobre a discussão que originou o processo que exigia do Estado o dever de garantir vagas para os cursos de medicina ofertados nas regiões da Baviera e Hamburg. A Alemanha, nos anos 70, estava restrita ao território ocidental e em momento histórico de difícil deslocamento regional, possuía um terreno espacial consideravelmente pequeno, além de apresentar complexidades nas áreas financeiras, políticas e culturais. Portanto, a mudança dos estudantes requerentes da ação em questão para suas formações no curso de medicina humana, assim como em outros cursos superiores, estava sujeita a um ambiente subordinado a questões específicas da conjuntura política do país. Portanto, o surgimento da definição de reserva do possível se consolidou sobre, conforme expresso na sentença, no “direito de livre escolha dos locais de formação” restrito à realidade alemã da época e à sua configuração geográfica. Determinante, então, concluir que os critérios de importação desse instituto para o direito brasileiro certamente devem, ou deveriam passar por um crivo sistematizado cientificamente conforme, ao menos, aos tópicos lógicos do direito comparado. O professor conclui que se faz necessário questionar se posteriormente à decisão alemã acima referida a jurisprudência alemã não avançou na noção de reserva do possível naquele país em tempos mais atuais, fornecendo instrumentos mais próximos da atualidade para análise e verificação de sua possível serventia ao Direito brasileiro para o uso de tal instituto, mesmo diante das evidentes discrepâncias em todos os níveis fáticos e jurídico-prescritivos que separam a Alemanha do Brasil. (MATSUSHITA, 2022).

O professor Thiago Lopes Matsushita demonstra no seu estudo que a importação da teoria da reserva do possível para o ordenamento jurídico brasileiro ocorreu sem qualquer preocupação metodológica comparativa, além do que a referida teoria foi construída dentro da realidade alemã da época dividida pelo muro de Berlim. No entanto, a doutrina e a jurisprudência brasileira, ao tratar da reserva do possível vêm aplicando juntamente com a garantia da dignidade da pessoa humana, ou do mínimo existencial. Visualiza-se, assim, que a reserva do possível vêm sendo relativizada diante da necessidade de garantir os primados de uma sobrevivência digna.

Alonso Freire apresenta uma crítica sobre o transplante de fontes jurídicas estrangeiras sem o devido trato metodológico comparativo, no entanto, pondera que não se pode exigir um consenso unificado frente a discussões que envolvam direitos fundamentais. O autor explica que o transplante se constitui num evidente problema a ausência de critérios para a invocação voluntária do direito estrangeiro, tendo em vista que produz o receio do seu uso de formas eletiva e direcionada. Contudo, essa falta de critérios nem sempre se qualifica como prejudicial, pois a recomendação de que os juízes se restrinjam a um suposto consenso, também se mostra problemática. Já que as cortes têm decidido questões de direitos fundamentais de diferentes formas ao redor do mundo, levando em conta as particularidades de suas sociedades, pois adesão a um suposto consenso jurídico encerra o risco de subordinação do Direito Constitucional nacional a projetos particulares de outros sistemas, ou de um conjunto deles. (FREIRE, 2016, p. 21).

Impõe-se frisar, que o direito comparado não pode ser utilizado como mecanismo para a atuação judicial direcionada e pontuada por escolhas preordenadas do caminho que a decisão deve trilhar. A importação de fontes jurídicas estrangeiras deve buscar a realização da justiça no desenvolvimento do direito, como poder-se-á visualizar a incorporação de teses jurídicas que possibilitem alavancar o aperfeiçoamento dos direitos .

A contribuição do direito comparado na construção de uma teoria que viabilize a efetividade dos direitos sociais na sociedade brasileira mostra-se imprescindível. A migração de teses do Tribunal Constitucional Alemão permitiu à academia jurídica brasileira compreender que o Estado Constitucional pode e deve buscar a justiça social

e a efetividade dos direitos sociais, mas deve existir uma ponderação do quanto é capaz de suprir essa demanda social, para que não venha repercutir nas demais obrigações estatais.

Trata-se de um exemplo da aplicação do método dialógico empregado no transplante de fontes jurídicas estrangeiras. O método dialógico possibilita que a fonte transportada passe por um debate frente às condições sociais e econômicas do país receptor, isto é, admite-se uma adequação nas razões que fundamentaram a produção, criação ou reconhecimento da fonte na sua matriz original para que atenda as peculiaridades do país receptor. Ressalta-se, a exigência da aplicação dos métodos comparativos clássicos pelo direito comparado na importação de teses jurídicas, em determinadas situações, configuram-se como de imposição estéril, pois não podem servir como obstáculos ao livre desenvolvimento da ciência jurídica, pois toda construção histórica do direito foi permeada pelo debate de teses. Ressalta-se, como exemplo, que a ciência jurídica moderna estaria estanque e estática sem os embates jurídicos entre Dworkin e Hart.

Andreas Krell salienta que a dogmática jurídica alemã se apresenta em diversos casos transponível ou adaptável ao ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que muitos dos preceitos e formulações das Constituições de 1988 e anteriores foram inspirados pela Lei Fundamental Alemã. No entanto, convém ressaltar que a estrutura do texto constitucional de 1988, bem como os da Espanha e de Portugal, (os quais também sofreram a marca alemã), difere bastante daquela concatenada na Lei Fundamental de Bonn, já que naquelas predomina um alto número de normas programáticas, mandamentos, diretivas, fixação de metas e conferem um menor peso a uma normatividade estrita, à obrigatoriedade e justiciabilidade. Cumpre ainda destacar, que a Lei Fundamental da República Federal de 1949 optou por rejeitar a incorporação de uma sistematização dos direitos sociais (direitos dos trabalhadores, direito à educação, direito à saúde, direito à assistência) em sua estrutura normativa, fato ensejado devido às más experiências constituídas durante a vigência da Carta anterior de Weimar. (KRELL,2016, p.224)

Importa precisar, que para os países do Sul global, as experiências do Norte com o uso dos tribunais como instrumentos de mudança social podem ser construtivas na

evolução do direito local. Pode ser que os estudiosos do Sul vejam a possibilidade de ação judicial como mais positiva e promissora do que a literatura norte-americana sobre determinado assunto. Como exemplo, aponta-se o dispositivo alemão de escrutinar a metodologia orçamentária como sendo uma ferramenta interessante para algumas jurisdições do Sul, não necessariamente para adotar a abordagem bastante rígida e não-problemática da Alemanha no atacado, mas sim como um ângulo potencial a ser explorado ao desafiar as omissões governamentais para fornecer bens ou serviços (HAILBRONNER, 2006, p. 261).

Rodrigo de Oliveira Kaufmann salienta que a importação de modelos jurídicos estrangeiros nunca foi uma exceção no Brasil, mas ao contrário sempre foi compreendida como uma marca de maturidade no campo institucional e sinal de erudição e competência acadêmica. O autor lembra que o Brasil pré-constituição de 1988 apresentava um severo grau de déficit constitucional e democrático, isto é, existia um vácuo institucional que produzia um vácuo discursivo no direito constitucional que se socorria do direito civil para a produção do direito público. Seguindo a tradição do caminho empreendidos nos estudos em direito privado que tinha um forte apelo no direito comparado, autores estrangeiros vieram para preencher esse vácuo acadêmico passando a impactar e pautar os discursos e os debates em direito público no Brasil. É notória a influência do direito público francês, alemão e italiano nos livros de direito constitucional produzidos no país. Foram e são especialmente lidos, não como fonte histórica que já se produziu no campo do direito público, mas como celebrada fonte doutrinária atual de direito constitucional: os franceses Prélot, /duguit, Malberg e Hauriou; os alemães Laband, Anschütz, Heller, Kelsen, Schmitte e Jellinek; e os italianos Santi Romano, Biscaretti di Ruffia, Ranelletti, Mortari, Crisafulli e Virga. (KAUFMANN, 2011, p. 164).

Após a definição dos fundamentos originais da “reserva do possível”, apresenta-se a teoria da reserva do possível sob o ângulo que a doutrina e a jurisprudência brasileira elegeram como o mais adequado para a realidade e as dificuldades enfrentadas pelo Brasil no campo da efetivação dos direitos sociais, isto é, em uma perspectiva majoritariamente econômica.

A teoria da reserva do possível parte da premissa relacionada ao custo financeiro e material gerado pelo direito social pleiteado, em que as prestações decorrentes com a

implementação desses direitos por parte do Estado dependem dos recursos públicos disponíveis e da devida aprovação determinada anteriormente. Consubstancialmente, a teoria da reserva do possível busca manutenção da saúde financeira estatal, no intuito de preservar e resguardar o poder financeiro e material nas demais obrigações estatais, isto é, a atuação do Estado deve ser condicionada de forma diligente no cumprimento e concretização dos direitos sociais. Frise-se, não se trata de uma simples limitação ou da preterida cláusula de barreira que, em análise política social venham a conter os avanços alcançados pelo fortalecimento cada vez mais incisivo que o provimento de direitos sociais proporciona, mas, sim, da adoção de um regime sustentável que fornece segurança e equilíbrio para o desenvolvimento dos direitos sociais enquanto sistema forte e tendente a completude.

A teoria da reserva do possível tem uma finalidade de salvaguardar ao poder público a capacidade de recusar a efetivação de um direito social quando provado e fundamentada a impossibilidade de recursos e os prejuízos que podem ser causados com a exigência excessiva.

Observa-se que a finalidade é de resguardar ao poder público o dever de prestar apenas o que lhe é possível e sendo ultrapassados os limites, a prestação de outros direitos pode ser colocada em risco, motivo pelo qual poderá rejeitar a efetivação do direito social pleiteado.

Com o desenvolvimento da sociedade impulsionado pelas conquistas pulsantes dos direitos fundamentais como núcleo essencial para satisfazer os requisitos que colaborem por uma vida digna do ser humano surge uma nova visão da dogmática jurídica também com relação aos direitos sociais. A expressão “mínimo existencial” veio como uma pedra fundante para uma nova Teoria dos Direitos Sociais, em que se deve observar um mínimo de garantia, um mínimo de atuação, um mínimo de proteção que venha possibilitar que o ser humano se desenvolva de forma adequadamente digna dentro da sociedade e retirando, assim, o Estado de uma posição quase letárgica para uma atuação ativa democrática, isto é, todos os componentes de dada sociedade possuem o direito ao livre desenvolvimento digno.

A previsão constitucional da garantia do núcleo essencial no artigo 19, §2º da lei fundamental alemã observa que os direitos fundamentais podem ser restringidos desde

que não venha a ser afetado o seu conteúdo essencial, isto é, o seu núcleo intangível de proteção. (OLSEN, 2011, p. 149).

A questão econômica passa a ser o coração dos direitos sociais, entretanto grande parte da doutrina não concorda com a afirmação de que a reserva do possível se tornou elemento dos direitos fundamentais, uma vez que isso deflagra os preceitos constitucionais violando os direitos dos cidadãos, ainda mais sobre o prisma de que o Estado utiliza este argumento para se eximir de sua responsabilidade prestacional.

Sarlet (2007 p. 191) relata: O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção estatal e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social.

Assim, o cidadão está à mercê da disposição financeira do Estado para realização de seus direitos, mas, em contrapartida, ao menos na teoria, esta afirmação não retira do Estado a responsabilidade de se organizar e promover a vida digna de sua sociedade. Significa dizer de forma mais ponderada que, a efetividade dos direitos sociais depende da soma de dois aspectos, quais sejam, recursos financeiros e uma boa atuação do poder público.

Assim, o Estado deve estar voltado a realizar o máximo possível, mas esse máximo será definido pelo próprio ente dentro de seu planejamento. No caso de uma demanda judicial, o Poder Público deve comprovar a insuficiência de recursos e que tal encargo acarretará mais danos do que vantagens, justificando fundamentadamente o motivo para não efetivação do direito social, cabendo ao juiz a decisão mais acertada.

Nesse diapasão, Olsen (2011 p. 188) relata sobre a definição da norma a partir do critério disponibilidade e escassez de recursos: A reserva do possível diria respeito justamente à apreciação desta escassez como condição de possibilidade de reconhecimento do direito; se for possível deduzir a viabilidade prática do âmbito normativo do direito, então se pode falar em direito subjetivo exigível do Estado; se não for possível fazê-lo, a pretensão não estaria dentro do âmbito normativo e, por esta razão, não gozaria de proteção jurídica.

A Teoria da Reserva do Possível dispõe sobre a necessidade de recursos financeiros disponíveis e aprovados por lei orçamentária para efetivação dos direitos

sociais, e em contrapartida, a Teoria do Mínimo Vital institui um núcleo intangível de direitos sociais básicos e necessários para a sobrevivência do indivíduo.

Nunes Junior (2009, p; 175) discorre sobre a aplicação da Teoria da Reserva do Possível sobre a observância de três requisitos: primeiro, a de que o mínimo vital esteja satisfeito (acesso à saúde, educação básica etc.); segundo, a de que o Estado comprove gestões significativas para a realização do direito social reclamado e terceiro, a avaliação de razoabilidade da demanda.

É importante frisar que o Estado deve, necessariamente, atender ao princípio da eficiência em toda prestação de serviço, buscando alcançar assim o melhor resultado possível realizado de forma célere, almejando a perfeição e saldos positivos, coibindo o desperdício de dinheiro, a indolência e a falta de qualidade.

Já a proibição do retrocesso social consiste em uma construção da doutrina alemã, que importa inicialmente apontar que a efetividade do direito social está vinculada a um comportamento positivo do poder público em obediência aos ditames do texto constitucional, voltado à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Marcelo Casseb Continentino (2015), explica que o princípio da proibição de retrocesso social possui a sua origem na doutrina Alemã, no período em que a Alemanha enfrentava grandes dificuldades econômicas, especialmente agravada pelo agigantamento do Estado Social no decorrer da década de 1970, o que repercutiu decisivamente na discussão sobre a legitimidade da restrição e/ou supressão dos benefícios sociais assegurados aos cidadãos. O debate sobre a possibilidade de restrição ou mesmo supressão dos deveres sociais estatais frente a sociedade alemã foi intensificado, essencialmente pelo motivo dos direitos sociais não possuírem previsão constitucional, isto é, não estão elencados expressamente na Lei de Bonn, diferentemente do que ocorre em outros ordenamentos jurídicos.

A garantia e a promoção dos direitos sociais na Alemanha fundamentam-se no princípio do Estado Social que possui previsão na Lei de Bonn, aliado a produção infraconstitucional que cria, regulamenta e conduz o exercício dos benefícios sociais em prol do desenvolvimento socioeconômico da sociedade.

No Brasil, os direitos sociais possuem expressa previsão constitucional, dentro do título referente aos direitos fundamentais, o que atrai o regime aplicado aos direitos

fundamentais clássicos. Portanto, os direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro são dotados de resistência frente as investidas do Poder Legislativo quanto à reversibilidade de leis concessivas de benefícios sociais.

Por outro lado, aponta Continentino, o debate sobre a vedação do retrocesso social necessita transcender a exclusividade da arena acadêmica, para ingressar nos campos judiciais em que são travadas as discussões sobre a legitimidade das restrições e/ou supressões que venham atingir os avanços conquistados na seara da implementação dos direitos sociais. No Brasil o Supremo Tribunal Federal posicionou-se definitivamente sobre a existência e o reconhecimento do princípio da proibição de retrocesso social, sobretudo por conta das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 5.246 e 5.230. (CONTINENTINO, 2015).

Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal trabalhou a vedação do retrocesso social na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.105 (rel. Min. Cezar Peluso, j. 18/08/2004), considerou constitucional a Emenda 41, que autorizou a instituição de contribuição previdenciária sobre os proventos dos servidores inativos, o ministro Celso de Mello analisou o âmbito de incidência do princípio da proibição de retrocesso, e fundamentado nele votou pela inconstitucionalidade da tributação: a conquista de não mais contribuir para o regime previdenciário com o ato de aposentação não poderia ser cumprida para obrigar os aposentados e pensionistas. (CONTINENTINO, 2015).

Mas foi com as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 5.246 e 5.230, conforme acima exposto, que a proibição de retrocesso social figurou como argumento central. Em ambas as ações os requerentes fundamentaram a pretensão de inconstitucionalidade nesse princípio e se apoiaram no voto do ministro Celso de Mello proferido na Ação de Inconstitucionalidade 3.105. (CONTINENTINO, 2015).

Continentino (2015), explica que o argumento comparativista utilizado pelo ministro Celso de Mello parece não se justificar mais nos dias atuais, seja porque a doutrina do Professor Gomes Canotilho referendada no argumento de inconstitucionalidade, alterou-se de posição em relação à eficácia normativa do princípio de proibição de retrocesso social, seja porque também mudou de orientação o Tribunal Constitucional de Portugal frente a grave crise econômica e financeira enfrentada em Portugal nos anos de 2010 e 2011. O Tribunal Constitucional de Portugal ao desenvolver

a denominada “jurisprudência da crise” evoluiu substancialmente em seus julgados, de forma que vem com certa cautela tolerando restrições a benefícios conquistados anteriormente em face da crise econômica e financeira.

A crise econômica e social que atingiu Portugal acirrou e trouxe à tona os debates sobre o tema dos direitos sociais. No acórdão n. 474/02 o Tribunal Constitucional Português declarou inconstitucional a omissão de medidas legislativas necessárias à exequibilidade da garantia constitucional da assistência material à generalidade dos trabalhadores da administração pública em situação de desemprego involuntário (art. 59, n. 1, e, da Constituição Portuguesa). Já no acórdão n. 39/84 considerou inconstitucional o diploma que revogava parte substancial da lei do Serviço Nacional de Saúde, o Tribunal trabalhou com a teoria da proibição de retrocesso social, contudo explicitando que existem normas constitucionais de natureza programáticas e normas constitucionais imediatamente exigíveis, e estabelecendo que quando o parâmetro de constitucionalidade recair sobre norma constitucional imediatamente exigível, o Tribunal fixou que a lei nova não pode retroceder em relação à lei anterior. (NOVAIS, 2015, p. 191 e 192).

Registra o autor que apesar do Tribunal Constitucional de Portugal ter fixado tal entendimento, acabou por adotar uma postura de condescendência com as políticas de austeridade promovida pelo Governo Português, como ocorreu nos acórdãos n. 330/89 e n. 148/94 (NOVAES, 2015, p.193).

Novaes trabalha com a tese dos direitos como trunfos que implica que para o Estado violar valores constitucionais centrais faz-se necessário ter a seu favor valores ainda mais relevantes. Essa tese opera-se dentro da noção de ponderação, isto é, os direitos não podem ser tidos como absolutos, tendo em vista que se exige que uma certa quantia em dinheiro público seja entregue a tempo para que as autoridades sejam capazes de garanti-los. Os limites financeiros por si só excluem a possibilidade de todos os direitos básicos sejam garantidos com o mesmo vigor e ao mesmo tempo. E os gastos serão determinados por considerações políticas. (NOVAES, 2015, p.193).

Embora a conceituação dos direitos como algo absoluto seja teoricamente incorreta, no entanto, produz um importante efeito psicológico e retórico (chama a atenção para os cidadãos e seus representantes para que tratem com atenção e respeito

esses direitos). Todavia, o exagero pode fazer com que alguns direitos sejam superprotegidos em detrimento de outros, e sendo a atenção política um recurso escasso, quanto mais tempo as autoridades se dedicarem a um determinado direito, menos tempo dedicarão aos demais.

Conclui o autor, que além dos custos há também a questão do inadequado uso do direito que tornam os direitos passíveis de limitação, inclusive os direitos constitucionais. Os direitos precisam ser limitados para impedir que sejam explorados para fins injustos ou abusivos, isto é, os direitos nunca se qualificam como inegociáveis quando o suposto violador apresenta fundamentos legítimos e suficientemente importantes para não os observar. Portanto, um direito constitucional deve prevalecer quando não se conseguem encontrar justificativas aceitáveis pelo Poder Público ou pelo judiciário para que tal direito sofra restrição (NOVAES, 2015, p.169).

Importa ressaltar, além de todos os aspectos que devem se atentar quando se trata de direitos sociais, nestes inclusos a teoria da reserva do possível, a proteção do “núcleo essencial”, a escassez de recursos e o *modus operandi* do poder público, exige-se também a obediência ao princípio da vedação ao retrocesso social, que visa impedir a atuação do legislador de modo a destituir de maneira prejudicial àquilo já sedimentado no ordenamento, ou seja, transformar uma previsão normativa de modo que seu conteúdo perca os benefícios já sedimentados pela antiga redação.

Em consequência desse princípio, uma vez reconhecido pelo Estado determinado direito social, este é obrigado a mantê-lo e preservá-lo sob pena de violação à Constituição, bem como, de transmitir a sua sociedade uma cena de insegurança jurídica.

Desse modo, o princípio da vedação ao retrocesso social é um aliado do cidadão, resguardando os direitos adquiridos no decorrer do tempo e que lhe garantem benefícios, motivo pelo qual, não podem regredir.

Sarlet (2010, p. 98) leciona: Com efeito, partindo do pressuposto de que as prestações estatais básicas destinadas à garantia de uma vida digna para cada pessoa constituem, inclusive, parâmetro necessário para justiciabilidade dos direitos sociais prestacionais, no sentido de direitos subjetivos definitivos que prevalecem até mesmo em face de outros princípios constitucionais (como é o caso da “Reserva do Possível”...), resulta evidente que este conjunto de prestações básicas não poderá ser suprimido ou

reduzido (para aquém do seu conteúdo em dignidade da pessoa) nem mesmo mediante ressalva dos direitos adquiridos, já que afetar o cerne material da dignidade da pessoa continuará sempre sendo uma violação injustificável do valor máximo da ordem jurídica e social.

Ademais, no âmbito da proibição do retrocesso social temos implícito o princípio da segurança jurídica, importante instrumento que denota autenticidade ao Estado Democrático de Direito, onde a sociedade exerce sua cidadania de forma estável, sem surpresas na atuação da administração pública que resultem em prejuízo para a própria sociedade.

Para a doutrina, a segurança jurídica é consagrada como direito fundamental da ordem jurídica estatal. Além disso, a segurança é um anseio da sociedade diante das instabilidades e incertezas transmitidas pela maneira que atua a administração pública.

Sarlet (2010, p. 105) tece explicações sobre a segurança jurídica no âmbito da proibição do retrocesso social: Para além do exposto e tendo em conta que a dignidade da pessoa humana e a correlatada noção de mínimo existencial, a despeito de sua transcendental e decisiva relevância, não são os únicos critérios a serem considerados no âmbito da aplicação do princípio da proibição do retrocesso social, importa lembrar as noções de segurança jurídica e proteção da confiança (...). Assim, mesmo que não se pretenda desenvolver esses aspectos, é certo que, também, na esfera da proibição de retrocesso social tal como versada, a noção de segurança jurídica pressupõe a confiança na estabilidade de uma situação legal atual. Como efeito, a partir do princípio da proteção da confiança, eventual intervenção restritiva no âmbito de posições jurídicas sociais exige, portanto, uma ponderação (hierarquização) entre a agressão (dano) provocada pela lei restritiva à confiança individual e importância do objetivo almejado pelo legislador para o bem da coletividade.

Canotilho (2010, p. 97) leciona sobre a proibição do retrocesso no que tange a teoria do núcleo essencial dos direitos: O núcleo essencial dos direitos sociais que foi realizado e efetivado pelo legislador encontra-se constitucionalmente garantido contra medidas estatais que, na prática, resultem na anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial, de tal sorte que a liberdade de conformação do legislador e a inerente auto-reversibilidade encontram limitação no núcleo essencial já

realizado. O legislador não pode, portanto, uma vez concretizado determinado direito social no plano da legislação infraconstitucional, mesmo com efeitos meramente prospectivos, voltar atrás e mediante uma supressão ou mesmo relativização (no sentido de uma restrição), afetar o núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social constitucionalmente assegurado.

Sarlet (2010, p. 102) descreve sobre a função limitadora e, ao mesmo tempo, protetora, que o mínimo existencial exerce: Em primeiro lugar, se tem sido geralmente admitido que, na esfera da garantia do mínimo existencial, há um direito subjetivo definitivo às prestações que lhe são inerentes, ou seja, que eventual obstáculo de ordem financeira e orçamentária deverá ceder ou ser removido, inclusive mediante a realocação de recursos, fixação de prioridades ou mesmo outras medidas, também – e, neste caso, com mais razão ainda – não se poderá pretender suprimir ou esvaziar, pelo menos não aquém do mínimo existencial, a concretização já levada a efeito dos direitos sociais.

O mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana funcionam tanto como fundamentos para coibir a ineficiência e a aplicação desmedida da teoria da reserva do possível, bem como, se revelam guardiões da dignidade, pois são uma espécie de marco a ser respeitado pelas medidas restritivas.

Com efeito, se o mínimo existencial é aquilo que o Estado, em todo o caso, deve assegurar positivamente, também é aquilo que o Estado deve respeitar por força de um dever de não intervenção (SARLET, 2010, p. 103).

Sarlet (2010, p. 106) quando afirma que “o princípio da proibição do retrocesso atua como relevante fator assecuratório também de um padrão mínimo de continuidade do ordenamento jurídico (...)”. Assim, o retrocesso que prejudica a sociedade também atinge e prejudica o ordenamento atual.

Desse modo, volta-se a frisar a importância do princípio da proibição ao retrocesso social como instrumento combatente às medidas do Poder Público que venham reduzir os direitos de modo a ofender a dignidade da pessoa humana e as esferas já concretizadas nessa matéria.

Pelas razões descritas, pode-se afirmar que o princípio da proibição do retrocesso social é resultado de uma atuação do Poder Judiciário com a utilização de empréstimo

de fontes jurídicas não nacionais na busca pelo aperfeiçoamento dos direitos sociais que, quando no exercício de sua função jurisdicional, busca trazer maior efetividade social e equilíbrio com os demais deveres estatais, especialmente no cenário de uma administração ineficiente.

Portanto, os impactos e desafios do direito comparado consistem em realizar uma incursão do significado que permeia a importância do empréstimo de fontes estrangeiras que buscam fazer justiça social, especialmente com relação aos direitos sociais, pois somente foram conquistadas com o desenvolvimento e o aprimoramento que a promoção desses direitos passou de eminentemente formalista para o plano material, como por exemplo a consolidação da teoria do mínimo vital, da teoria do reserva do possível, a aplicação dos direitos fundamentais imbuídas pela efetividade e não apenas como vetores a serem seguidos pelo poder estatal. E o direito comparado com o transplantes de normas jurídicas permitiu que os avanços alcançados na matéria social emergissem em diferentes partes do globo, em diferentes culturas, em diferentes realidades, possibilitando o compartilhamento das experiências de materialização de justiça social. O intercâmbio legislativo e de teorias sobre direitos sociais repercutiu dentro do Estado Constitucional, em que o Poder Judiciário com o seu protagonismo vem alterando a realidade social e concedendo efetividade a um grande número de direitos que até então estavam quase que camuflados, de forma letárgica dentro do texto constitucional.

3. TRIBUNAIS, GLOBALIZAÇÃO E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O DIREITO COMPARADO

3.1 Tribunais e a Globalização Jurídica

Discute-se atualmente se estar-se-á diante de um momento de crise da ciência jurídica, em que os Tribunais Constitucionais invocam teorias de direito estrangeiro para fundamentar suas decisões sem o devido trato comparativo, fundamentado em meras impressões pessoais, projeções distorcidas que não traduz o conhecimento real daquele instituto jurídico empregado, no qual as cortes superiores, no ímpeto de se adequar à globalização jurídica, estão cada vez mais produzindo um falacioso emprego de Direito Comparado, em que consiste vislumbrar somente a partir de perspectivas limitadas do direito praticado em outros países e ausente de maiores reflexões. Ou, por outro lado, vivencia-se com o aparelhamento do Direito Comparado das decisões das Cortes Constitucionais uma busca de uma maior integração mundial das experiências jurídicas e, conseqüentemente, gerando o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional nacional.

O uso do direito comparado nas decisões proferidas por Tribunais consiste em uma prática que perdura por séculos e que, nos últimos anos, ganhou especial atenção da comunidade jurídica, com a proliferação de um verdadeiro boom de artigos científicos que se utilizam de palavras como “diálogos”, “comparativo”, “transnacional”, “global”, “comunidade”, “nova ordem”, “ascender”, e assim por diante sob diferentes títulos. Estes artigos jurídicos rotineiramente retomam alguns casos, normalmente na área dos direitos humanos, e com referência frequentemente ornamentais a casos estrangeiros contidas nestas decisões concluem que os Tribunais estão debatendo ou dialogando uns com os outros. Também postulam que a utilização do direito estrangeiro pelos Tribunais trata-se de um fenômeno novo e inédito e que o número de referências ao direito estrangeiro consiste em uma prática em constante ascensão. (BOBEK, 2014, p. 1).

Michal Bobek esclarece como a doutrina de forma geral vêm identificando o uso de fontes jurídicas estrangeiras no seio de decisões judiciais como uma prática inédita e recente, pertencente a um campo de atuação quase que distante dos fundamentos do direito comparado. Convém ressaltar que o intercâmbio de fontes jurídicas externas à ordem jurídica interna fazem parte da própria construção e consolidação da ciência jurídica.

Virgílio Afonso da Silva aponta que o debate sobre empréstimos constitucionais, não se constitui em uma novidade da ciência jurídica, mas vêm recebendo cada vez mais a atenção dos constitucionalistas. Ressalta que não há, até agora, um conceito unívoco de empréstimo no âmbito constitucional, o que gera uma disseminação de novos conceitos tidos como inéditos. Em um sentido mais estrito, empréstimos constitucionais envolvem a importação de regras da constituição de um país para a constituição de outro. Nesse sentido, empréstimo constitucional seria o equivalente àquilo que Alan Watson, há mais de três décadas, chamou de transplante legal. Nesse sentido mais estrito, empréstimos constitucionais seriam o mesmo que os transplantes legais sempre foram para o direito privado comparado em geral. Ainda que essa idéia de empréstimo (como transplante) possa ter algum interesse para a discussão sobre integração, esse interesse é muito limitado. (SILVA, 2010, p. 510).

Com efeito, decisões judiciais apoiadas em jurisprudência alienígena, muitas vezes, percorrem o mesmo caminho desvirtuado que inúmeras pesquisas jurídicas trilham ao almejar um pretense prestígio acadêmico, que, no entanto, verifica-se desprovida do elemento principal da comparação jurídica, qual seja a cientificidade. A falta de entendimento sobre o Direito Comparado enquanto ciência dotada de cientificidade aliada ao rigor metodológico causa distorções relevantes na ordem interna da nação receptora.

Nos Estados Unidos da América ganhou força a acusação de que o empréstimo de fontes estrangeiras se trata de uma prática antidemocrática. A Suprema Corte Americana passou a discutir qual seria o papel das sentenças estrangeiras na interpretação do direito americano frente a preocupação com o uso crescente do direito comparado e internacional em suas decisões constitucionais ao longo dos últimos tempos. Breyer e Scalia foram os principais representantes deste embate jurisprudencial, diante de uma Corte já dividida pelas linhas ideológicas que polarizavam sua produção jurisprudencial. (CHOUDHRY, 2006, p. 1).

Sujit Choudhry analisa a obra de Alexander Bickel apontando que em democracias que optaram por constituições escritas aplicadas por Tribunais não eleitos, o poder de revisão judicial constitui uma forma de poder político que não pode ser legitimado por meio de responsabilidade e controle democráticos. Os tribunais legitimam

seu poder utilizando-se de dois processos pelos quais determinam as questões que chegam às instâncias superiores e as razões de seus julgamentos, distinguindo o julgamento pela Corte Superior de outras formas de tomada de decisão política. São características liberais essenciais do raciocínio jurídico que definem e constituem a identidade institucional única dos tribunais. A própria legitimidade dos tribunais depende de uma metodologia própria interpretativa, isto é, devem explicar por que o direito comparado se faz necessário dentro dos seus julgamentos. E se não o fizerem, a revisão judicial está aberta à acusação de simplesmente ser por política por outros meios, camuflada em linguagem jurídica, e sujeita a um controle democrático atenuado. (CHOUDHRY, 2006, p. 3)

Vislumbra-se, assim, que o autor trabalha a relação da formação da identidade de um Tribunal com as consequências exercidas pelo emprego de produções jurisprudenciais estrangeiras. Portanto, o empréstimo de jurisprudência enfrenta o desafio de superar o pensamento ortodoxo da formação única e nacional de identidade dos tribunais contra uma construção plural que se relacione com os mais diversos atores em efervescência no mundo jurídico e cada vez mais globalizado.

Registre-se que o Direito Comparado não se reduz à mera importação de elementos jurídicos extra ordem jurídica local, portanto não há que se falar em profanação da identidade de um tribunal quando da utilização de jurisprudência alienígena. O empréstimo de fontes estrangeiras demanda uma atuação crítica do julgador, isto é, uma análise comparatista em que imprimirá os fundamentos das razões e dos motivos pela seleção de determinada jurisprudência e como ela pode contribuir com o debate ao qual está inserida.

No atual estágio do desenvolvimento econômico e tecnológico experimentado pela sociedade mundial nas últimas décadas fatores como distância, comunicabilidade e localismo, cada vez mais cedem seu poder de influência outrora exercida nas relações sociais para a globalização que se manifesta de forma progressiva consistindo em um movimento em escala mundial que não reconhece fronteiras, atuando independentemente do espírito da voluntariedade, da escolha e da concordância.

O significado transmitido pela concepção da globalização é o do caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais e a ausência de

centro de controle. A globalização não se trata do que todas ou a maioria das pessoas desejam ou esperam fazer, mas, sim, ao que está acontecendo a todos os indivíduos. Portanto, a globalização atua além do alcance da capacidade do desígnio e ação de quem quer que seja (BAUMAN, 2014, p. 66 e 67).

Vírgilio Afonso da Silva (2010, p. 522), esclarece que o transplante de fontes jurídicas estrangeiras contribuem para a integração jurídica das diferentes cortes constitucionais:

A integração mediante a migração de critérios interpretativos. Há muito tempo, a ideia de proporcionalidade (com seus testes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) tem sido um critério adotado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão. Mas essa ideia - esse critério interpretativo - migrou para outros países e outros tribunais nacionais. O exemplo inglês talvez seja o mais emblemático. Durante décadas, os tribunais ingleses aplicaram o critério da irrazoabilidade, desenvolvido na decisão *Wednesbury*, de 1948. Nos últimos anos, contudo, cada vez mais a proporcionalidade tem sido aplicada também pelos juízes ingleses. A migração, nesse caso, foi indireta, já que intermediada pela jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos. A proporcionalidade primeiro migrou da Alemanha para a Corte Européia e, após a entrada em vigor do Human Rights Act na Inglaterra, continuou seu caminho em direção à jurisprudência dos tribunais ingleses. Se é possível afirmar que, em uma dada região, quanto mais os tribunais constitucionais empregam os mesmos critérios interpretativos, tanto maior será a integração jurídica entre eles - e parece-me que é possível afirmar isso - então a migração de ideias constitucionais pode ter um papel importantíssimo na integração jurídica dessa região, porque, mesmo que não haja muita legislação comum ou instituições comuns, os tribunais (e os ordenamentos jurídicos como um todo) aproximam-se por meio de uma aproximação no discurso jurídico. A mim me parece ser possível afirmar que isso é integração, uma integração por meio daquilo que alguns autores chamam de "discurso entre tribunais", ou seja, de uma "conversação ou um diálogo entre tribunais"

Ralf Michaels esclarece que os desafios da globalização jurídica se assemelham aos formulados anteriormente para o pluralismo jurídico, isto é, os desafios que o pluralismo jurídico enfrentou diante do pensamento jurídico tradicional reaparecem em esfera global. Já que não há uma posição hierarquicamente superior que transcenda as diferenças, tendo em vista a constatação que hodiernamente existe uma prevalência para uma irreduzível pluralidade de ordens jurídicas como também para a coexistência do direito interno estatal com outras ordens jurídicas (MICHAELS, 2009, p. 01).

O fenômeno da globalização jurídica requer um discurso de conciliação que o Direito Comparado operado com devido rigor científico e método é capaz de ofertar. O pesquisador de Direito Comparado deve recusar as amarras sistêmicas que refutam o conhecimento do Direito em sua completude, para atuar como fenômeno jurídico plural e conectado.

Duve expõe que a inadequação dos sistemas jurídicos para enfrentar os desafios da transnacionalização levou alguns comparativistas a sugerirem a complementação das fontes legais nacionais por meio da herança legal como fonte do direito. Os tribunais transnacionais e às vezes até os nacionais parecem cada vez mais dispostos a utilizar o raciocínio jurídico comparativo em suas decisões, baseando-se nas tradições estrangeiras e, ao fazê-lo, estabelecem linhas de comunicação transjudicial. (DUVE, 2018, p. 18).

A globalização jurídica impõe uma nova forma de se pensar o direito, o pesquisador jurídico comprometido com o viés comparatista deve enfrentar as dificuldades e sofrimentos que se apresentem libertando-se das correntes dogmáticas nacionalistas e ortodoxas. O pesquisador no decorrer do seu desenvolvimento intelectual compreenderá como a pluralidade jurídica encontra-se cada vez mais conectada dentro da pós-modernidade. E se questionará se o conhecimento adquirido deve ser desfrutado solitariamente ou se deve dar sentido a ele, compartilhando e transformando a sua ordem jurídica local.

Os sistemas jurídicos e suas respectivas culturas no mundo não existem isolados uns dos outros, isto é, as intensas e difundidas comunicações de hoje geraram fronteiras cada vez mais permeáveis dos sistemas jurídicos, em que há uma intensa contribuição entre eles através da troca de informações, ideias e modelos. (MOUSOURAKIS, 2019, p. 11).

O fenômeno da globalização está ligado ao interesse atual em questões de unificação e harmonização jurídica, trata-se de um movimento precipitado pelo rápido crescimento do direito transnacional, da crescente interdependência dos sistemas jurídicos nacionais e do surgimento de extensa prática jurídica transnacional. Com a crescente globalização renasce a necessidade do surgimento de uma jurisprudência geral concomitantemente com um repensar do Direito Comparado a partir de uma

perspectiva global. (MOUSOURAKIS, 2019, p.09).

Portanto, faz-se necessário privilegiar e enaltecer a diversidade cultural em um mundo que está apresentando tendências para a busca de um direito global, tendo em vista que o efeito preponderante da globalização sobre o direito se traduz no rompimento das fronteiras legais, sendo assim, aumentando o seu campo de fundamentação para além do pensamento jurídico tradicional e encampando a multidisciplinariedade com fator de harmonização jurídico social para abranger a diversidade. Explanar a tendência a um direito global não significa que a globalização busca a formação de um único direito para todos os Estados, mas, sim, um direito que seja capaz de transitar pelas mais diversas ordens jurídicas em prol da crescente conectividade das questões sociais e jurídicas em uma relação harmônica.

O caminho de retorno que o pesquisador comparatista empreende para a sua ordem jurídica original incidirá em tantas dificuldades e rejeições como fora o da sua libertação. Sofrerá com retaliações e censuras dos seus colegas da academia que não conseguem se libertar do tradicionalismo e compreender o funcionamento do Direito Comparado. Contudo, com o esforço e a dedicação do pesquisador comparatista será possível integrar o Direito Comparado operado da forma correta, transformando o direito local e adequando à crescente globalização jurídica.

Esin Ocuero ensina que os sistemas jurídicos quando buscam realizar reformas legislativas estão cada vez mais se voltando uns para os outros. Geralmente é uma lei ou mesmo uma instituição jurídica que se move em direção a um país receptor e, às vezes, os próprios sistemas jurídicos mudam suas posições em bloco, especialmente nas recepções globais, ou seja, é toda uma cultura jurídica que se move. (OCURO, 2012, p. 372).

Duve leciona que o projeto taxonômico foi desenvolvido a partir da perspectiva dos Estados-Nação, em que o pensamento jurídico com a era das codificações do século XIX engendrava uma monopolização das normas jurídicas em modelo político ideológico e fixo sobre a legislação nacional de forma estática e essencialmente apartado de todos os outros modos de normatividade transversal, isto é, baseado em uma lógica binária que se utilizava de categorias disfuncionais e rígidas, consagrando uma visão positivista, de uma tradição particular - a ocidental, fundada em uma suposta oposição entre os Estados

que compartilhavam o seu fechamento sistêmico contra os outros sistemas dos Estados Nação, como um fato natural. No entanto, a taxonomia falhou como projeto já que não desenvolveu um raciocínio jurídico que fosse capaz de abarcar o hoje e o amanhã, isto é, uma ordem jurídica aberta para um mundo conectado e de mobilidade acelerada com intensa propagação de direitos transnacionais e cada vez mais aderente às relações conflituosas de diferentes identidades (DUVE, 2018, p. 28).

Ocuro explicita que o empréstimo de fontes estrangeiras não ocorre como uma questão de escolha, mas como uma questão de acaso, se não de necessidade e urgência. (OCURO, 2012, p. 373).

Pierre Legrand defende que a análise comparativa em uma era de globalização deve se pautar na compreensão de como as comunidades jurídicas estrangeiras frente as questões locais, aos padrões transnacionais e as múltiplas aparências locais. E como essas sociedades pensam e se expressam sobre o direito, e por que elas pensam sobre o direito como tal, por que elas achariam desafiante pensar sobre o direito de outras maneiras que aquela praticada, e como seus pensamentos diferem em relação a outras configurações do jurídico. (LEGRAND, 2021, p. 47).

O pesquisador comparativo não pode se abster de investigar todas as nuances de como é formado o pensamento jurídico de determinada comunidade jurídica que está sendo objeto de estudo, mesmo diante do fenômeno da globalização, cuja força imprimida tende a sobrepujar as ordens jurídicas locais.

O avanço da globalização incide de forma determinante na escolha de quais fontes jurídicas estrangeiras serão recepcionadas, isto é, como fenômeno multifacetário, inevitavelmente o empréstimo legal perpassa, inclusive, pela seara econômica. Isto é, o transplante responsável deve ponderar também sobre os impactos financeiros que podem gerar.

A globalização impõe uma nova forma de se fazer e pensar o direito. No estudo crítico do transplante de fontes jurídicas estrangeiras se faz necessário uma emancipação do pensamento comparativo incutido de ingenuidade presente em discursos idealizados, em que resta definido como uma verdade absoluta e ética que o empréstimo de normas legais estrangeiras deve recair sobre aquela que apresente o melhor modelo a ser adotado no país receptor ou que reúne os melhores potenciais

efeitos na regulação de determinada questão jurídica diante da estrutura sociopolítica receptora.

Qual será o papel exercido pela fonte jurídica estrangeira na atuação do Poder Judiciário? A fonte vai desempenhar um papel determinante na decisão judicial ou apenas consolidará os fundamentos da decisão a ser tomada?

O impacto do uso e empréstimo de fontes jurídicas alienígenas, se encontra no centro das discussões com relação ao dever do Estado em prover a sociedade com a administração da justiça e a demanda crescente que a pós-modernidade exige do Poder Judiciário em fazer justiça social.

Com efeito, a supervalorização das funções do Poder Judiciário aflora debates doutrinários e jurisprudenciais quanto ao limite e a legitimidade de sua atuação no Brasil. Dentro dessa pesquisa, apontam-se os embates entre as correntes que reconhecem e legitimam decisões que exploram o uso do Direito Comparado em suas decisões, como os que o condenam e repudiam.

Dentro dessa perspectiva, pontua-se a importância da análise proposta, visto que reverbera em uma área de atuação sensível do Poder Judiciário, que deve equacionar o uso de fontes jurídicas tradicionais nacionais com o de fontes jurídicas não nacionais no contexto do Estado Constitucional.

Importa frisar, que na seara do direito processual, deve-se atentar a respeito da discussão atual que envolve as intervenções judiciais, muitas vezes imotivadas e momentâneas, na seara das políticas públicas em que se recorre ao uso do Direito Comparado na tentativa de camuflar e justificar decisões judiciais anteriormente tomadas e/ou contrárias ao direito nacional em vigor.

A corrente tradicionalista do pensamento dogmático refuta qualquer intromissão de fontes jurídicas estrangeiras na ordem jurídica nacional que não seja implementada pelos meios ordinários, isto é, tratados e convenções internacionais respeitando o seu devido processo legislativo. Já a corrente progressista compreende que as fontes jurídicas devem circular em busca do aprimoramento da própria ciência jurídica, principalmente em tempos de globalização jurídica.

Com relação ao uso da fonte alienígena como fonte voluntária destaca-se os estudos de Jeremy Waldron que defende essa prática na interpretação de direitos

fundamentais, definida como a formação de um consenso mundial de opiniões sobre determinada questão, com base em dois argumentos. Os argumentos normativos utilizados pelo autor são: o primeiro possui natureza pragmática, em que, ao recorrer-se de fontes externas resulta em um aprendizado relevante de outras jurisdições nas quais outros tribunais tenham resolvido casos semelhantes, resultando no aprimoramento e refinamento jurídico da ordem doméstica; o segundo tem um núcleo principiológico, que deriva da máxima do dever de tratar casos iguais de forma igual, isto é, consistem no dever de julgar casos iguais da mesma forma (WALDRON, 2010, p. 7).

Ressalta-se, o inegável aprendizado apreendido com a contribuição do trânsito de jurisprudências no contexto da ordem jurídica mundial e cada vez mais globalizada, em que se verifica o fomento gradativo da atuação de diversos tribunais e cortes constitucionais ou supremas na busca por experiências externas às suas ordens jurídicas internas na análise de casos controversos de direitos fundamentais.

Waldron estabelece interessante analogia a título de explanação: a ideia de que o juiz ou um tribunal em determinado país pode aprender com outras jurisdições é bastante parecida como o que um cientista em um laboratório pode aprender com os resultados científicos alcançados por outros cientistas até o momento. O autor se baseia no compartilhamento do conhecimento como forma de atingir o aprimoramento da ciência jurídica, em que o consenso existente e reconhecido está disponível como uma fonte de conhecimento ou como um ponto de partida para o esforço científico de outros pesquisadores ao redor do mundo. (WALDRON, 2010, p. 12).

Assevera Waldron, mesmo que juízes e juristas reconheçam que aspectos culturais ou políticos de seus sistemas devam ser levados em consideração ao analisarem os casos que devem julgar, ainda assim seria insensato desconsiderar ou resistir a investigar se há alguma espécie de consenso jurídico sobre o caso em questão. Waldron institui quanto ao segundo argumento um modo de assegurar a coerência no mundo, no sentido de tratar casos iguais de forma igual. Trata-se de uma configuração equivalente a busca pela harmonização interpretativa entre diferentes países como requisito fundamental para alcançar o ideal de justiça (WALDRON, 2010, p. 15).

Alonso Freire registra duas críticas em seu estudo relacionado à invocação voluntária ou não do direito estrangeiro por tribunais e juízes nacionais. A primeira refere-

se à ausência de metodologia ou de critérios a serem empregados. Essa crítica surge do uso inapropriado de precedentes estrangeiros e internacionais de forma direcionada por tribunais e juízes que de forma seletiva e estratégica escolhem a invocação de tais precedentes para legitimar uma opinião já formada, com intuito apenas de referendar e ornamentar suas decisões já concluídas. (FREIRE, 2014, p.8).

A ausência do rigor do método científico na seleção de jurisprudência por juízes e tribunais evidencia como a ciência comparativa é compreendida de modo raso e superficial pelos operadores do direito. O rigor metodológico consiste em uma regra matriz para atingir a cientificidade exigida pelo estudo comparativo.

A cientificidade comparativa expõe-se no uso de determinada jurisprudência estrangeira ou internacional com o rigor metodológico na seleção aliada à especificação dos motivos, das motivações, das razões e dos porquês levaram seja o juiz ou os tribunais a escolher tal precedente alienígena diante daquele caso concreto. Questionamentos que fundamentalmente possuem a capacidade de afastar tanto escolhas de jurisprudências aleatórias quanto das direcionadas, como também de legitimar a intromissão de uma produção judicial externa na ordem nacional.

A segunda crítica é a de que, mesmo nos casos em que os juízes ou tribunais invoquem de boa-fé fontes estrangeiras nas suas decisões, eles falham em identificar quais materiais comparativos comportam-se adequadamente, devido ao fato de eles não compreenderem apropriadamente os contextos sociais e os sistemas jurídicos dos países dos quais os materiais comparativos são invocados. Waldron sugere, reconhecendo o risco do uso inapropriado das fontes estrangeiras, que a invocação voluntária deve ter como critério um suposto consenso na comunidade jurídica global, mesmo que um consenso de menos de 100%. (WALDRON, 2010, p. 14).

Com efeito, um suposto consenso pode ocultar uma espécie de dominação jurídica e cultural, o que determina o risco da invocação baseada em um consenso gerando disfunções nas ordens jurídicas das nações receptoras.

Verifica-se, que juízes e tribunais alimentam-se, muitas vezes, de fontes não domésticas apenas com a finalidade de demonstrar o quanto apresentam-se similares ou mesmo diferentes suas ordens jurídicas como um todo e, até mesmo, da sociedade a ser referenciada. Como também, frequentemente, a invocação é realizada com o intuito de

clarificar a compreensão de valores encartados em seus próprios textos constitucionais, ou seja, nem sempre se recorre a fontes estrangeiras como autoridades persuasivas para tomar ou deixar de tomar determinada decisão. Muitas vezes, seu uso representa apenas uma elucidação, sem nenhum propósito além dos de ilustrar e de tentar melhor compreender os valores constitucionais, em que no final se busca uma fonte de um país diferente no auxílio a esclarecer a natureza dos direitos fundamentais domésticos a serem aplicados pela Corte.

Ocorre o uso funcional das fontes estrangeiras como autoridade persuasiva quando ela tem alguma força argumentativa que oriente um tribunal a tomar uma determinada decisão, isto é, ensina algo que os tribunais desconhecem ou os ajudam a enxergar o problema sob um novo ponto de vista, resultando na tomada de decisões melhores e mais refletidas. Já a fonte estrangeira de modalidade de autoridade persuasiva negativa serve de argumento para que o tribunal ou juiz evite tomar determinada decisão, seja pelo seu conteúdo, seja pelos seus efeitos. Todavia, em ambos os casos, a fonte estrangeira serve como auxílio argumentativo na determinação da decisão a ser tomada.

Alonso Freire leciona que o uso funcional das fontes estrangeiras exige a observância de certos critérios, uma vez que nem todas as nações serão capazes de fornecer, adequadamente, fontes para a utilização em determinado país. Portanto, deve haver alguma seleção, separando as nações adequadas das não adequadas. (FREIRE, 2014, p. 9).

O primeiro critério é o que se mostra mais consensual, qual seja o regime político. Sendo assim, a fonte legal que se busca é democrática, já que a democracia representa um valor fundante na determinação dos exemplos a serem seguidos, assim como aliados ao respeito aos direitos liberais ao Estado de direito. (FREIRE, 2014, p. 9).

O segundo critério a ser analisado são as características da sociedade, pois as nações a serem selecionadas podem, muitas vezes, serem democráticas e liberais, mas suas respectivas sociedades e culturas não serem semelhantes ao país receptor. Salienta-se que o foco excessivo na cultura pode resultar numa comparação arbitrária e subjetiva, deste modo, recomenda-se que o foco seja direcionado a alguns aspectos das sociedades envolvidas na comparação, das quais várias culturas podem fazer parte.

(FREIRE, 2014, p. 9).

O terceiro critério trata-se dos aspectos situacionais que justificaram a decisão judicial que estabeleceu o precedente invocado, ou seja, a utilização de fontes estrangeiras deve considerar o contexto específico e os aspectos situacionais relevantes, nos quais foram originalmente produzidas, bem como as situações contempladas pela argumentação do tribunal de origem e pelos legisladores, sob pena de desnaturar a fonte emprestada, cujas consequências são imprevisíveis. (FREIRE, 2014, p. 9).

A construção normativa, desde os tempos da antiguidade grega, emana de um processo de investigação e comparação das mais diversas ordens jurídicas para que seja possível encontrar o melhor direito, as melhores proposições jurídicas para determinada comunidade. Contudo, com o desenvolvimento, tanto da ciência do direito quanto da própria ciência comparativa, reivindica-se uma nova postura frente aos desafios na construção e circulação dos institutos jurídicos.

Convém demonstrar, nesse momento da pesquisa, como tem sido operada a atuação do Supremo Tribunal Federal Brasileiro com a prática de empréstimos de fontes estrangeiras nas ações constitucionais. Busca-se realizar uma análise analítica quanto a forma e finalidades que os ministros da corte constitucional têm utilizado de fontes doutrinárias e jurisprudências estrangeiras para fundamentar a prestação jurisdicional.

A pesquisa foi desenvolvida no ano de 2021 pelo grupo de pesquisa do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado Acadêmico da Uninter (PPGD-UNINTER) da Professora Doutora Estefânia Barboza, em que foi constatado que um grande número de decisões de jurisdições estrangeiras foram utilizadas em julgados do Supremo Tribunal Federal, em especial o uso de direito comparado e de precedentes do Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Alemão), principalmente nos casos referentes a restrições à liberdade de expressão. A Weimarer Verfassung (Constituição de Weimar) é citada em um total de 23 acórdãos. Já o BVerfGE (Precedente) 70, 288-293, computa 29 ocorrências. O Bundesverfassungsgericht, foi utilizado via direito comparado por 20 ministros, os quais, e na ordem de: Min. Gilmar Mendes (47)*, Min. Luiz Fux (7), Min. Marco Aurélio (6), Min. Eros Grau (5), Min. Celso de Mello (4), Min. Joaquim Barbosa (4), Min. Cezar Peluso (3), Min. Maurício Corrêa (3), Min. Ricardo Lewandowski (3), Min. Carlos Britto (2), Min. Carlos Velloso (2), Min. Cármen Lúcia (2),

Min. Dias Toffoli (2), Min. Moreira Alves (2), Min. Nelson Jobim (2), Min. Sepúlveda Pertence (2), Min. Ellen Gracie (1), Min. Menezes Direito (1), Min. Rosa Weber (1), Min. Teori Zavascki (1).

A pesquisa revelou que, em se tratando do Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Alemão), o uso de Direito Comparado e de precedente pelo STF, é notadamente mais utilizado pelo Ministro Gilmar Mendes. Dos 100 acórdãos documentados, reportados na pesquisa de jurisprudência, 47 tiveram o Ministro como relator. Soma-se a estes um total de sete, dos quais, o relator oficial foi voto vencido. Em seus votos, o ministro faz argumentações consistentes cumulando o uso de BVerfG (precedente), doutrina e da Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha).

O caso Lebach, (BVerfGe 35 - citado em três ocorrências STF) - decidido pelo Tribunal Constitucional Alemão em 1973, em que se discutiu se uma rede de televisão poderia ser proibida de incluir em sua programação um documentário sobre a história de um criminoso que estava a poucos dias de deixar a prisão. A decisão do caso Lebach vetou a divulgação do programa, pois entendeu-se que a restrição à liberdade de expressão não implicaria uma limitação na divulgação de informações. O caso é citado pelos ministros Menezes Direito, Gilmar Mendes e Carlos Britto, sustentando que a restrição à liberdade de imprensa e expressão podem estar presentes em uma democracia.

Caso Luth (BVerfGe 7, 198-230 - citado em três ocorrências STF) – Em resumo, provocação a decisão proferida pelo Tribunal, originado no recurso interposto por Erich Luth, que se opunha à condenação por ter diversas vezes se manifestado convocando um boicote aos filmes de Veit Harlan, e pelo suposto passado nazista. O caso tornou-se referência, vez que à luz do Direito Constitucional, a ordem jurídica deveria interpretar os direitos fundamentais, mesmo em casos de relações jurídicas entre particulares.

Exemplifica-se, com o RE 197917/SP, em que não há no voto do relator, qualquer menção à Corte Alemã. Mas a Constituição de Weimar de 1919 - arts. 13 e 17 - estão na fundamentação do Min. Gilmar Mendes, os precedentes tragos por este, tem subsunção com o caso em tela. (Proporcionalidade: População x Vereadores). [...] Há a presença do direito comparado ainda com a corte americana. Min. Gilmar Mendes, acompanha o

relator. (Inconstitucionalidade da Lei Orgânica que alterava o número de vereadores).

Emílio Peluso Neder Meyer em seu artigo “Repensando o Direito Constitucional Comparado” trabalha a obra de Cheryl Saunders “*The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law*” extraindo a lição de que as críticas levantadas sobre a legitimidade do uso de fontes estrangeiras pelo judiciário se faz necessário referenciar que pressupõe uma análise bastante restrita do que poderíamos chamar de “judicialização comparada”, tendo em vista que primeiramente tem que realizar uma cisão quanto ao uso leve e quanto ao uso profundo. O uso leve ocorre quando há meras referências a experiências internacionais, menções a dados empíricos a respeito da prática de princípios em outras ordens jurídicas ou menção a contextos estrangeiros para direcionar uma determinada decisão da corte, mas que ao final se constrói argumentos essencialmente domésticos. Já o uso profundo se caracteriza quando são emprestados argumentos de cortes estrangeiras, isto é, recorre-se ao direito estrangeiro para embasar a interpretação de um dispositivo constitucional ou, ainda, o direito estrangeiro aparece como elemento empírico que justifica o transplante da fonte jurídica não doméstica (NEDER apud SAUDERS, 2019, p.487).

Dentro desse quadro que emerge as preocupações do estudioso comparativista: quando se utiliza do uso de fontes jurídicas estrangeiras, seja de doutrina, julgados ou atos normativos pelos magistrados como fundamento de suas decisões judiciais. O julgador deve estar atento, pois a realidade na qual foi construída a fonte estrangeira se altera de acordo com o tempo e as exigências sociais que estão cada vez mais fluídas. A importação de fontes estrangeiras deve observar métodos para que não venha a ser alicerçadas em fundamentos que não mais se justificam no país doador. Contudo, vale ressaltar que não há um método específico e de observância obrigatória no desenvolvimento do direito comparado.

Com as premissas ofertadas no desenvolvimento desse capítulo da dissertação, elege-se o método dialógico como o mais apto para instrumentalizar o uso de fontes não nacionais pelo Poder Judiciário na fundamentação ou não de suas decisões proferidas. Pois, o método dialógico consiste em um método que não está restrito dentro de preceitos essencialmente ortodoxos e estáticos, ele atua reconhecendo a existência de diferenças entre as ordens jurídicas, e como encontrar o liame que permite discutir e refletir sobre

as adaptações necessárias para que ocorra a integração da fonte estrangeira com o ordenamento receptor, produzindo os efeitos esperados.

A interpretação dialógica no julgamento constitucional é um exemplo do tipo de compromisso comparativo que objetiva usar materiais comparativos como uma folha interpretativa, para expor as suposições fáticas e normativas subjacentes à própria ordem constitucional do tribunal. Vista através da lente da interpretação dialógica, o recurso da Corte a materiais comparativos pode ser entendido como forçando a Corte a identificar e desafiar as suposições subjacentes à doutrina constitucional. (CHOUDHRY, 2006, 37)

O processo dialógico consiste, em síntese, na adoção do debate construtivo, isto é, teorias são abraçadas ou refutadas, mas é no confronto delas que o direito se aperfeiçoa e se alimenta.

Já o direito comparado pós-moderno fornece com a valorização do multiculturalismo a projeção necessária para que os países engessados pela construção normativa por meio de empréstimos, transmude a posição passiva de receptor de teorias e institutos jurídicos estrangeiros para a posição atuante de produção jurídica autêntica que compartilhe os valores culturais próprios de sua realidade. A pós-modernidade vêm trazendo uma nova forma de pensar os campos da ciência do conhecimento, inclusive no direito e como não poderia ser diferente a ciência comparatista também não se revelou alheia aos seus efeitos. Faz-se mister trabalhar em tempos de globalização o multiculturalismo privilegiando o respeito e promoção das diferenças aliado a um maior diálogo entre todos os segmentos da sociedade numa pluralidade democrática.

O direito comparado informado pela pós-modernidade caminha para ofertar criações jurídicas originais, personalizadas e de acordo com as diferenças que compõem cada sociedade. Prestigia-se as diferenças sem que signifique estar dissociado com o restante das demais ordens jurídicas mundiais. Consiste-se em avaliar os núcleos comuns das relações sociais sem desprezar a importância que a diferença exige no mundo pós moderno.

O direito comparado moderno buscava determinar as semelhanças entre os objetos analisados e como efeito residual, superficial e muitas vezes inclusive ignorado, apresentava-se as diferenças concluídas com determinado estudo. O direito comparado pós-moderno inverte a lógica da busca pelo comum, prestigia-se agora aquilo que divide

e que se posta a diferenciar os objetos de estudo perquiridos na comparação. O direito comparado moderno constituiu-se restrito a descrever um conteúdo estático e constante, acima do tempo e do espaço, das normas jurídicas. Já a pós modernidade exige do direito comparado que seus estudos repercutam prioritariamente sobre um conteúdo passageiro e atual, em que o destino histórico e permanência ainda são incertos. Com efeito, registre-se a importância da interdisciplinaridade, em que o objeto de pesquisa comparatista deveria ser a diferente reação dos sistemas de direito e dos ordenamentos jurídicos aos valores e à estrutura de pensamento pós-moderno (JAYME, 1999, p. 115).

A problemática consiste na coexistência de uma pluralidade de fontes de direito concorrentes dentro da mesma ordem jurídica, a inadequação das fontes estatais em fornecer um conjunto de direitos exaustivos, o papel da autonomia privada na escolha de regras e jurisdição. Ademais, verifica-se a impossibilidade de reduzir o espaço jurídico estatal à unidade, a natureza fragmentária e falta de coordenação em que há uma multiplicidade de órgãos regulamentadores e órgãos judiciais. (JAYME, 1999, p. 116).

O multiculturalismo e o pluralismo jurídico abriram o caminho para uma nova e diferente compreensão da jurisprudência. O pluralismo jurídico encampa diferentes abordagens referentes aos sistema de fontes, a relação entre direito e Estado, como também a coexistência de ordens normativas de diferentes graus. Portanto, repercute de forma incisiva nas escolhas que o pesquisador comparativo deve empreender no desenvolvimento da pesquisa comparativa, isto é, deve-se equacionar as peculiaridades do direito local com suas especificidades frente as diferenças e semelhanças encontradas nos outros ordenamentos jurídicos objeto do estudo. Ou seja, determinar quais perguntas serão capazes de fazer e responder dentro do estudo comparativo informado pelo marco da pós-modernidade.

O Direito Comparado pós-moderno fornece com a valorização do multiculturalismo, a projeção necessária para que os países engessados por uma produção legislativa normativa deficitária venham superá-la por meio de empréstimos, adaptando a recepção de teorias e institutos jurídicos estrangeiros de acordo os valores culturais próprios de sua realidade. Como também abre caminho para que se constitua uma rede de transplantes entre países que compartilhem valores culturais com maior proximidade, isto é, rompe-se o trânsito quase que exclusivo de países centrais para os

países periféricos para buscar um bloco de troca de fontes entre periférico e periférico. Possibilitando, assim, que em uma perspectiva futura seja possível adotar uma posição atuante na construção própria de produção jurídica autêntica e original, para que não esteja em uma dependência quase que exclusiva dos empréstimos de fontes estrangeiras.

3.2 O Direito Comparado e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)

Finaliza-se a presente pesquisa com a apresentação de uma forma contemporânea de importação coativa de julgados internacionais para serem observados pelos demais Estados-membros. Questiona-se se obrigatoriedade sem margem de adaptação aliado aos diferentes contextos sociais impede ou mesmo afeta a recepção de decisões, mesmo quando a matéria se trate de direitos humanos.

Os direitos humanos e os direitos fundamentais constituem-se em direitos que possuem, essencialmente, o mesmo conteúdo, que apenas apresentam sua consagração em planos distintos, isto é, os direitos humanos estão no âmbito do Direito Internacional, enquanto os direitos fundamentais são direitos dispostos dentro da ordem constitucional de determinado Estado, sendo, também, em alguns casos, protegidos, inclusive, pela legislação infraconstitucional. Contudo, a divisão quanto ao seu plano de proteção constitui-se em uma abordagem formalista, diferindo-se em relação ao seu conteúdo, ou seja, os direitos humanos relacionam-se com os primados da liberdade e da igualdade diante de um conceito universalizante, enquanto os direitos fundamentais constituem-se nos valores eleitos por uma dada sociedade e que merecem serem protegidos constitucionalmente.

A velocidade crescente dos empréstimos de fontes jurídicas estrangeiras, experimentada com a revolução tecnológica e a globalização - que alavancou o acesso à informação, representa, não apenas um desafio para a doutrina comparativa, mas também para os tribunais que realizam seu uso na prática da sua atuação jurisdicional. O uso do direito estrangeiro não ocorre somente diante de jurisdições nacionais, mas também entre o nível nacional e o supranacional.

As decisões no âmbito do direito internacional, especialmente referente aos direitos humanos, servem, cada vez mais, como uma fonte para ordens jurídicas nacionais por meio das prestações jurisdicionais realizadas especialmente diante da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Constitui-se em um dos desafios da ciência comparativa operar a conciliação da recepção do direito internacional no direito interno e o respeito à soberania nacional do país receptor, tanto da decisão referente diretamente ao país violador de direitos humanos, como na formação de um paradigma a ser observado pelos demais países submetidos à jurisdição da CIDH.

Inicia-se o debate com a constituição de um arcabouço teórico dos direitos humanos e os instrumentos que consagram a sua proteção; a Segunda Guerra Mundial, marcada por suas atrocidades e eventos como o Holocausto, foi o marco social que deflagrou a necessidade de proteger os direitos humanos em nível internacional instrumentalizado com a Declaração Universal dos Direitos dos Homens em 1948, pela ONU – Organização das Nações Unidas. Dessa Declaração decorrem outros documentos em alguns países, como a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais em 1950 e a Carta Social Europeia (1961) da ONU.

O compromisso dos Estados americanos com relação aos direitos humanos é realizado por meio de dois sistemas distintos de responsabilização dos Estados violadores de direitos fundamentais. O primeiro sistema é o oriundo da OEA (Organização dos Estados Americanos), que tem por base as disposições da Carta da própria OEA e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. O segundo é o proveniente do sistema da Convenção Americana de Direitos Humanos, que se fundamenta especialmente nas disposições da própria Convenção, entre outros diplomas convencionais e a aplicação subsidiária do sistema normativo da OEA.

Importa salientar, que os membros do segundo sistema necessariamente integram o primeiro, contudo, a recíproca não é verdadeira, já que apenas parte dos Estados americanos integram o sistema da Convenção Americana de Direitos Humanos. Já a Corte Interamericana de Direito Humanos é uma instituição judicial autônoma, constituindo-se no segundo órgão da Convenção Americana de Direitos Humanos. Possui o intuito de zelar pela garantia dos direitos humanos, podendo realizar

recomendações aos governos dos Estados-membros, bem como atuar como conciliadora entre governos e de apurar a responsabilidade decorrentes da violação de direitos humanos.

A Corte é competente para conhecer dos casos contenciosos quando o Estado demandado tenha reconhecido de sua jurisdição, como também para interpretar a Convenção e qualquer outro instrumento normativo de proteção a direitos humanos aplicados aos membros da OEA, por meio de petição por qualquer Estado membro da OEA. A jurisdição internacional do sistema interamericano possui uma função complementar à soberania do Estado-membro, isto é, exige-se como regra o esgotamento das instâncias judiciais domésticas, prazo decadencial de seis meses após a ciência da decisão irrecorrível interna, ausência de litispendência em matéria internacional.

A Convenção possui o mérito de positivizar no Direito Internacional um rol de direitos humanos e de instituir um sistema judicial de controle do cumprimento deles perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O Brasil ratificou a Convenção em 1992 por meio do Decreto Legislativo n. 27/1992 e do Decreto Executivo n. 678/1992. E aceitou submeter-se à jurisdição da Corte Interamericana em 1998, por meio do Decreto Legislativo n. 89/1998.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos trata-se de um órgão que integra dois sistemas de proteção: o sistema da OEA e o sistema da Convenção. A comissão é composta por sete comissários que, necessariamente, devem ser pessoas de reconhecida autoridade moral e de notório conhecimento em matéria de Direitos Humanos. A eleição é realizada na Assembleia Geral da OEA com base em uma lista de candidatos apresentados pelos governos dos Estados-membros. Cada Estado-membro pode apresentar até três candidatos, nacionais ou não. Quando apresentar lista composta por três candidatos, exige-se que, pelo menos um deles deve ser nacional de Estado diferente do proponente. Os comissários são eleitos para mandato de quatro anos, com possibilidade de uma reeleição. O exercício do mandato é incompatível com atividades que possam influir em sua independência e imparcialidade.

A Convenção Americana de Direitos Humanos estabeleceu um procedimento de proteção aos direitos humanos composto por duas fases. A primeira fase se processa

perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e uma eventual fase na Corte Interamericana de Direitos Humanos que somente ocorrerá em relação aos Estados-membros que se submetem à jurisdição da Corte.

A Comissão pode receber petições individuais e de Estados contendo alegações de violações de direitos humanos. O procedimento das petições individuais é de adesão obrigatória, já o de Estados não.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos somente pode ser acionada pelos Estados-membros do sistema da Convenção e pela Comissão, isto é, a vítima possui apenas o direito de peticionar perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que deverá analisar a admissibilidade e o mérito das petições, podendo arquivar as demandas, deixando de encaminhá-las à apreciação da Corte. E, uma vez arquivada pela Comissão, inexistente a possibilidade de recurso. Com relação às petições entre Estados, o procedimento prévio perante a Comissão também é exigido de forma obrigatória

A Corte Interamericana se manifesta com relação aos Estados-membros frente à necessidade de seguirem a jurisprudência da Corte, no caso *Almonacid contra o Chile*, de 26 de setembro de 2006, ao condenar o Chile por violar direitos consagrados na Convenção ao omitir-se na investigação e sanção dos culpados pela execução do senhor Almonacid, a Corte explicitou o entendimento de que todos os tribunais internos dos países signatários da convenção estão obrigados a aplicar a convenção e a jurisprudência da Corte.

“A Corte está ciente de que os juízes e os tribunais estão sujeitos ao império da lei e, portanto, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional, como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparelho do Estado, também estão sujeitos a ela, o que os obriga a garantir que os efeitos das disposições da Convenção não sejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e finalidade, que desde o início carecem de efeito jurídico. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de "controle de convencionalidade" entre as normas jurídicas nacionais aplicáveis aos casos concretos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não só o tratado, mas também a interpretação dada pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.” (MEZACASA, JUNIOR, MORI, 2020, p. 12).

Visualiza-se, uma tendência crescente da CIDH de que a sua jurisprudência seja adotada pelos Estados-membros. E, se a Corte fixar que uma decisão contra a violação dos direitos humanos frente a um determinado Estado, deve ser seguida pelos demais. Importa salientar, que as decorrências que violam os direitos humanos repercutem desde a esfera individual de proteção do ser humano até as econômicas, o contexto cultural, social.

Impõe-se adentrar na forma e motivos em que a decisão fora tomada, pois permite a aproximação do direito com uma determinada realidade, portanto, não se vislumbra uma preocupação com relação ao modo como esse transplante de jurisdição internacional será realizada para a ordem jurídica local dos países receptores, isto é, mesmo diante do discurso de que adoção da sua jurisprudência visa evitar as possíveis violações de direitos humanos e o processamento pela Corte.

A jurisprudência da CIDH deve ter compreendida a sua atuação dentro da perspectiva do Estado que foi parte da demanda. Mesmo que seja utilizada como mera e superficial fonte de aperfeiçoamento do entendimento jurisdicional de outro Estado, faz se necessária a análise do seu contexto histórico, cultural e social, incluindo as razões que levaram ao Poder Judiciário local a não ter sido eficaz no combate à violação do direito humano. O ingresso de fontes jurídicas estrangeiras não pode ser tratado como sustentáculo para alicerçar decisões já tomadas, isto é, utilizar uma decisão que foi desenvolvida para um dos Estados-membros e torná-la automaticamente determinante para os demais, sem o filtro da ciência comparativa, bem como utilizá-la como meio de aprimoramento da decisão local se ao retirá-la não se visualize alteração no raciocínio jurídico empreendido.

Mattias Kumm esclarece que o uso de decisões proferidas na seara do Direito Internacional, essencialmente as decididas diante da CIDH, resulta em uma espécie de efeito obrigatório e vinculante sobre o direito doméstico receptor. O efeito vinculante se forma sobre uma base de tudo ou nada, o que pode gerar um conflito com o direito doméstico, tendo em vista a falta de contextualização social e econômica com a realidade do país receptor (CHOULDER, 2006, p. 37).

Os oponentes do uso do Direito Internacional no julgamento doméstico apontam sérias preocupações formais relacionadas à ideia de legalidade internacional,

preocupações jurisdicionais relacionadas à subsidiariedade, preocupações processuais relacionadas à participação e responsabilidade, e preocupações substantivas relacionadas aos direitos individuais (CHOULDER, 2006, p. 53).

A aplicação direta ausente de qualquer filtro ou método comparativo repercute diretamente no grau de efetividade que a decisão poderá operar no país receptor, portanto, a aplicação automática e sem qualquer margem de adaptação, tanto com o ordenamento jurídico doméstico quanto com o contexto social e econômico acaba por dificultar uma integração na rede de proteção dos direitos no âmbito internacional, em especial dos direitos humanos.

O ex-juiz Thomas Buergenthal, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, esclarece que o pequeno tamanho da Corte contribui para o efeito interno limitado de seus julgamentos, tendo em vista que 21 países reconhecem a sua jurisdição e a Corte tem apenas sete juízes. Juízes ad hoc, podem ser nomeados em casos envolvendo Estados que não têm juízes na Corte, mas isto não leva em conta o fato de que um tribunal com sete membros, um terço dos Estados Partes tem um juiz no Tribunal. Os outros dois terços e seus juízes raramente têm a oportunidade de interagir com a Corte, exceto quando seus governos são partes em um caso (BUERGENTHAL, 2005, p. 17). Desta forma, verifica-se uma representatividade deficitária dos Estados-membros na Corte, resultando uma fragilidade das decisões para que seja adotada de forma plural pelos membros dela.

A internacionalização das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o seu transplante na ordem interna repercute na qualidade ou quantidade de soberania exercida pelo Estado receptor ou a soberania já não pode ser compreendida nos seus termos tradicionais. A expansão do Poder Judiciário com o constitucionalismo como régua de todas as questões do Estado - que, cada vez mais se instrumentaliza de fontes jurídicas estrangeiras sem o devido trato científico comparativo - vem corroendo os fundamentos da democracia, retirando dos legítimos atores sociais a possibilidade de toda a perspectiva do debate político e jurídico eminentemente do plano interno e nacional. Ou estar-se-á diante de uma nova onda de universalização dos temas caros a crescente sociedade que se reconhece cada vez mais humana e humana em um sentido que não pode ser limitada por fronteiras físicas e nem jurídicas.

O atual desenho do uso do direito comparado como única sede material dos significados dos direitos humanos, a partir da simples importação de um modelo de discurso ou da repetição de soluções jurisdicionais, renova os problemas aqui identificados, colocando o direito interno como um mero anteparo de soluções pensadas e vivenciadas para outras realidades culturais, desgarrando o debate da prática constitucional e fazendo do uso dos direitos humanos algo para poucos que conhecem a experiência estrangeira. O pior das nossas experiências constitucionais ainda nos é muito mais útil do que a melhor ou mais lúcida das decisões tomadas em outros juízos constitucionais, e autores como Oliveira Vianna e Francisco Campos nos ensinam mais acerca de democracia e Constituição, mesmo que a contrário sensu, do que Kelsen, Schmitt, Alexy ou Hesse. Não se trata, portanto, da defesa de um nacionalismo que sempre quando sugerido se torna oco, hermético, discriminador e xenofóbico. Trata-se apenas de uma visão mais contextualizada, contingente e histórica de problemas e possíveis soluções criativas para essas questões. O direito comparado se mostra como um rico caminho para o amadurecimento de experiência de concretização de direitos humanos, enquanto não afasta a centralidade da perspectiva reflexiva e contingente de experiências próprias de contextos culturais diversos. Mais importante que a própria referência do direito comparado, é o exercício de uma "imaginação política" que, com base na história vivida, consiga projetar novas possibilidades e desafios e tenha coragem de propor medidas criativas até então desconhecidas. (KAUFMANN, 2011, p. 235).

Vislumbra-se, assim, que o transplante jurídico, em uma concepção conservadora, pode exigir um estudo analítico comparativo antecedente da norma a ser importada e respeitada pelos demais Estados, revela-se como essencial para que a absorção e recepção transcorra de forma ordenada e capaz de integrar-se com o ordenamento nacional e a realidade cultural do país receptor. Todavia, deve-se ter em consideração que o trânsito de fontes estrangeiras pode decorrer da atuação do Poder Judiciário sem que exista um estudo prévio cercado da complexidade metodológica comparativa, mas sim imprimido por um movimento da sociedade na busca pelo direito que forneça maior efetividade e justiça, bem como na possibilidade de gerar uma renovação de institutos jurídicos nacionais.

Rodrigo de Oliveira Kaufmann (2011, p. 234), alerta sobre a importância do uso do Direito Comparado dimensionar as soluções para determinado contexto histórico social - para qual foi produzido ou mesmo revelado - pode não surtir os mesmos efeitos dentro de outra realidade fática, mesmo diante dos direitos humanos que possuem uma

estrutura normativa e social universalizante.

Em matéria de direitos humanos, a consideração do direito ao sofrimento e de dor são levadas em conta para uma solução, apenas se são consideradas outras experiências de abuso de poder e das respectivas soluções aventadas. Direito comparado, nesse sentido, torna-se elemento de intercâmbio de experiências culturais e políticas que podem ser analisadas para uma solução interna, como podem ser descartadas por não se pautarem nas mesmas preocupações históricas ou valorativas. A ideia de que existe algo no direito comparado que possa "nos dar uma lição", ou de que existe algo de genial na descoberta racional de algum teórico, parte de uma perspectiva equivocada de que existe algo metafísico ou transcendental no mundo que outras culturas jurídicas já alcançaram em termos de "justiça", de "democracia" ou de "constitucionalismo" e que cabe à nós apenas incorporá-lo ao nosso sistema e nos fartarmos com a "beleza" e sofisticação de um instrumento jurídico já desenvolvido.

Esin Ocuri esclarece, na globalização que permeia o mundo atualmente existe uma vantagem e uma inevitabilidade na convergência, que os valores fundamentais representados pelos padrões universais de direitos humanos devem prevalecer sobre todas as outras reivindicações de excepcionalismo, em que a diversidade social e cultural devem ser postas como o tempero da vida, devendo permanecer restrita ao meio social e cultural a qual pertencem, e não refletir no mundo jurídico quando estar-se-á tratar dos valores exigidos pelos direitos humanos que deve atuar dentro dos sistemas jurídicos de forma abrangente e integral. (OCURI, 2010, p. 97).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa buscou referenciar-se na doutrina comparativa, em que restou estabelecido que o não reconhecimento do transplante jurídico constitui-se na própria recusa da história do Direito. A construção normativa, desde os tempos da antiguidade grega, emana de um processo de investigação e comparação das mais diversas ordens jurídicas para que seja possível encontrar o melhor direito, as melhores proposições jurídicas para determinada comunidade.

A dissertação busca questionar se, com o desenvolvimento tanto da ciência do direito quanto da própria ciência comparativa exige-se uma nova postura frente aos desafios na construção e circulação dos institutos jurídicos, ou seja, quando se utiliza do direito comparado será que se faz necessário estar inserido dentro de uma estrutura extremamente técnica para que seja legítimo e produza os efeitos esperados.

Ressalta-se que os ordenamentos jurídicos modernos que realizam o chamado empréstimo legislativo foram forjados tanto na imposição como num pretense prestígio, declarando que determinado ordenamento ou instituto jurídico encontra-se capaz de fornecer o melhor resultado para um problema jurídico. Muitas das vezes, o instituto a ser transplantado sequer foi pensado nem produzido para determinada realidade social, apenas se mostra forçadamente de realidade aproximada, uma vez que não compartilha os mesmos valores culturais e sociais, os quais pertencem particularmente a cada localidade ou agrupamento de indivíduos.

Em um primeiro momento poder-se-á compreender que o resultado essencial constatado no estudo é que o transplante jurídico se realiza de forma inapropriada, desprovido do valor científico que o Direito Comparado é capaz de ofertar quando não observa os requisitos metodológicos comparativos. Os efeitos produzidos preliminarmente seriam tanto a incapacidade como a apatia na geração de conhecimento jurídico autêntico e nacional, adequados à sua realidade sociocultural e que o estudo analítico comparativo antecedente da norma a ser importada revela-se como essencial para que a absorção e recepção transcorra de forma ordenada e capaz de integrar-se com o ordenamento nacional e a realidade cultural do país receptor. Mas o que se visualiza como resultado final é que o trânsito tanto de doutrinas, decisões e teses

jurídicas estrangeiras não obedece a uma fórmula exata, imprimida pelo formalismo que impediria tanto o desenvolvimento da própria ciência comparativa como vedaria de forma quase que absoluta o seu uso pelas cortes mundo afora.

O transplante jurídico consiste na transferência total ou parcial de um instituto jurídico, de uma teoria ou de uma decisão judicial estrangeira para um ordenamento jurídico receptor.

Os ordenamentos jurídicos realizam o transplante de fontes jurídicas estrangeiras sob duas principais premissas: na imposição e no discurso da qualidade.

O discurso da qualidade é de extrema subjetividade. Como poderemos definir o que venha a ser um instituto de qualidade sem se atentar se essa qualidade se amolda ao sistema jurídico receptor. O prestígio que um sistema jurídico recebe da comunidade internacional é suficiente para justificar a sua importação?

O transplante jurídico empregado pela imposição decorre essencialmente dos processos de colonização pelas metrópoles europeias. Essa imposição de direitos reflete efeitos inclusive logo após os processos de descolonizações (como uma das razões que possibilitou a independência das colônias), como também a longo prazo em toda atual construção e revisão dos direitos locais que busca espelhar os ordenamentos jurídicos europeus (referencial de direito avançado é o direito das antigas metrópoles).

Portanto, a ciência do direito não é tão fechada e absoluta dentro da soberania estatal quanto pode-se imaginar, em verdade ela mostra-se aberta e relativa.

As normas jurídicas nacionais se criam, se aplicam, se interpretam, muitas das vezes com a influência, a pressão, a cópia ou imitando soluções desenvolvidas por ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Como exemplo temos os países da América Latina que são considerados de soberania aberta. Isto é: a criação e o desenvolvimento dos seus direitos sempre estiveram influenciados por doutrinas e ordenamentos jurídicos estrangeiros. Fruto do processo de descolonização das colônias europeias, que historicamente atribuíam as suas colônias seus próprios sistemas jurídicos. Consequentemente, os países latinos americanos se desenvolveram na periferia da ciência jurídica mundial, numa posição de aprendizes e receptores de ideias que se reproduz mesmo nos dias atuais.

A circulação e absorção de institutos jurídicos das potências colonizadoras gerou um estado de dependência que compromete a própria produção autêntica nacional, em que se atribui uma valorização maior para institutos que tenham como fonte jurídica estrangeira mesmo que descontextualizadas com a realidade local.

Possui certa razão a reflexão de que o transplante jurídico, exercido atualmente, encontra-se dissociado da ciência comparativa. Em regra, consiste na transferência de uma teoria ou instituto jurídico estrangeiro de forma isolada do contexto a que pertence, em que não se observa as razões que permitiram e exigiram sua criação, a função que atuava no ordenamento doador, as características sociais e culturais fundamentais em que operava. Conseqüentemente o transplante jurídico resta desnaturado na nova ordem jurídica em que deveria produzir seus efeitos, comprometendo tanto o resultado assemelhado esperado como engessando a ordem jurídica nacional com soluções estrangeiras para problemas estrangeiros, despreocupado com um sério estudo comparatista de seus efeitos.

Tradicionalmente compreende-se, com fulcro nos ditames da ciência comparativa, que o sucesso do empréstimo jurídico exige a não dissociação das diferenças culturais que informa o país receptor, isto é, transplante jurídico ausente do filtro da pesquisa comparativa, em regra tende ao fracasso. Mas o resultado observado é que o direito deve trilhar o seu próprio caminho, em que a circulação jurídica faz parte do seu próprio amadurecimento, cabendo a cada país realizar suas próprias adaptações para o seu contexto cultural.

Se a troca de experiências ao redor do fogo já era uma das razões do desenvolvimento nas sociedades primitivas, na sociedade atual informada pelos influxos da globalização em que o direito estrangeiro se encontra a mera distância de um clique virtual, mostra ainda mais razão afirmar que o aprimoramento do direito não pode ser barrado por tecnicismos que em última análise se mostram de justificativa estéril para impedir que o Estado Constitucional venha cumprir o seu papel de ofertar justiça social.

Impõe destacar que, cabe a cada país receptor - que emprega o empréstimo - realizar o seu próprio filtro comparativo do que é pertinente a sua realidade social, pois é notório - como foi explanado na segunda parte da dissertação - a contribuição que a migração de fontes colabora no desenvolvimento dos direitos sociais.

O avanço alcançado com, por exemplo, as Teorias da Reserva do Possível, do Mínimo Existencial e da Proibição de Retrocesso Social para todo o Ordenamento Jurídico, permite equilibrar a necessidade de alcançar a justiça social com os deveres com a responsabilidade estatal, para que uma dessas vertentes não venha a comprometer a outra, permitindo o aprimoramento do Estado Constitucional em fornecer a igualdade material para a sociedade alavancando a efetividade dos institutos constitucionais.

Em seguida abordou-se o seguinte questionamento: se o empréstimo de fontes legais estrangeiras nas decisões dos magistrados pode ser entendido como uma forma do poder judiciário exercer o uso do direito comparado como artifício ornamental ou se atua no aperfeiçoamento do direito local, conferindo maior debate na arena judicial.

Importante visualizar, qual será o papel exercido pela fonte estrangeira na fundamentação da decisão judicial. Deve-se distinguir o uso do direito comparado que muitas vezes pode ser destinado simplesmente para referendar direcionamentos já previamente tomados, do de construir decisões que com o auxílio do direito comparado amplie o espectro da fundamentação das decisões judiciais na busca da melhor solução possível diante das especificidades próprias de cada caso concreto.

Já com relação as tendências e provocações do Direito Comparado na Pós – modernidade, busca-se demonstrar que as cortes constitucionais não precisam se limitar a buscar fontes estrangeiras exclusivamente no direito europeu e norte americano. E que deve haver uma preocupação em buscar uma identidade própria, respeitando as suas diversidades culturais.

O direito encontra-se cada vez mais interdisciplinar. E a ciência comparativa diante da sua complexidade e com globalização jurídica que propõe diuturnamente novos debates jurídicos e exigindo rupturas com os antigos dogmas encontra na análise econômica do direito um dos aliados para compor os fundamentos que direcionam a uma escolha racional de determinado instituto jurídico estrangeiro e não outro.

Ou seja, não basta uma fonte jurídica venha se mostrar adequada para a realidade do país receptor, além disso, deve apresentar um equilíbrio entre as diferenças culturas do país doado e do país receptor.

A introdução de uma fonte jurídica estrangeira (seja para fundamentar uma

decisão judicial, seja para atuar como inspiração para criação de uma ordem local ou mesmo para ser aplicada diretamente) não será legítima se comprometer a harmonia do sistema jurídico local ou mesmo as políticas públicas do país receptor.

Em última análise, verificou-se que a imposição de observância dos julgados da Corte Interamericana de direitos humanos pode gerar conflitos com o ordenamento jurídico do país receptor. O transplante de decisões, sem qualquer amparo dos instrumentos ofertados pelo direitos comparado, e que não possuem um grau de maleabilidade para adequação dentro da realidade social dos demais países signatários, elevam o risco de se tornarem ineficazes e de pouco engajamento, mesmo quando estamos diante dos direitos humanos que possuem caráter universalizante.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ANCEL, Marc. Utilidade e Métodos do Direito Comparado. Elementos de introdução geral ao estudo comparado dos direitos. 1. ed. Porto Alegre: Fabris, 2005.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. A Revolução dos Direitos Humanos e a Expansão do Judicial Review nos Estados Contemporâneos. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, 13(13), 42–63. 2013.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2014.

BERKOWITZ, Daniel, Katharina Pistor, and Jean-Francois Richard. “The Transplant Effect.” *The American Journal of Comparative Law* 51, no. 1 (2003): 163–203.

BITTAR, C. B. Eduardo. *Introdução ao Estudo do Direito. Humanismo, democracia e justiça*. São Paulo: Saraiva, 2018.

BOBEK, Michal, *Comparative Reasoning in European Supreme Courts: An Introduction*. Oxford, 2014.

BONILLA, Daniel. Decolonization in: Rainer Grote/Frauke Lachemann/Rüdiger Wolfrum (eds.), *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, 2020.

BUERGENTHAL, Thomas. O honorável Thomas Buergenthal. Lembrando os primeiros anos da Corte Interamericana de direitos humanos. NYU School of Law New York, NY, 2005.

CANOTILHO, J.J.G; CORREIA, M.O.G; CORREIA, E.P.B. *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CHOUDHRY, Sujit, *Migration as a New Metaphor in Comparative Constitutional Law* (2006). *The Migration of Constitutional Ideas*, S. Choudhry, ed., Cambridge University Press, 2006

CHUEIRI, Vera Karam de. *Fundamentos de Direito Constitucional. Novos horizontes brasileiros*. 2 Ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

CLÈVE, Clèmerson Merlin e FREIRE, Alexandre. *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional*. 1 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. Tratado de Direito Comparado. Introdução ao Direito Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf? 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Almonacid *contra* o Chile, Mérito, Sentença de 26 de setembro de 2006, Serie C, n.º 4.

CURY, Paula Maria Nasser. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, 176-185, julho-setembro, 2014.

DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DIMOULIS, Dimitri. Objetivos e métodos do direito comparado e peculiaridades do direito constitucional comparado. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 10, n. 35, maio/ago. 2016.

DOCZEKALSKA, Agnieszka. Comparative Law and Legal Translation in the search for functional equivalents – intertwined or separate domains? Comparative Legilinguistics, 16, 63–76. 2013.

DUTRA, Déo Campos. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 61, n. 3, set./dez. 2016, p. 189 – 212

DUVE, Thomas. Legal traditions: A dialogue between comparative law and comparative legal history, 2018.

FREIRE, Alexandre Interpretação constitucional comparativa: aproximação crítica e arcabouço metodológico, Revista Publicum Rio de Janeiro, Número 2, 2016, p. 45-73.

GARGARELLA, Roberto. "Latin American Constitutionalism: Social Rights and the "Engine Room" of the Constitution," *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*. Vol. 4: Iss. 1, Article 3, 2014.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes; RIBEIRO, Gustavo Ferreira. O direito comparado: esforço de resgate historiográfico e de problemas metodológicos. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 17, n. 1, p. 24-40, 2020

GRAZIADEI, Michele. Legal Culture and Legal Transplants Italian National Report, 2008.

JAYME, Erik. Visões para uma Teoria Pós-Moderna do Direito Comparado. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Direitos Humanos, Direito Constitucional e

Neopragmatismo. São Paulo: Almedina, 2011.

KRELL, Andreas J. [Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os \(des\)caminhos de um direito constitucional comparado](#). Porto Alegre, S.A. Fabris, 2002.

LEGRAND, Pierre. The Impossibility of Legal Transplants. Maastricht: v.4, 1997.

LEGRAND, Pierre. O direito comparado. Compreendendo a compreendê-lo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

LEGRAND, Pierre. Como ler o direito estrangeiro. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018.

MARIO, Caio. Direito Comparado, Ciência Autônoma. Belo Horizonte: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, 1955.

MATSUSHITA, Thiago Lopes. Reserva do possível. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direitos Humanos. Wagner Balera, Carolina Alves de Souza Lima (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

MEDINA, Diego-Lopez. El nacimiento del Derecho Comparado Moderno como espacio geográfico y como disciplina: intrucciones básicas para su comprensión y uso desde américa latina. Bogotá: Revista Colombiana de Derecho Internacional, 2015

MENDIAZÁBAL Bermúdez, Gabriela, Derecho internacional de la seguridad social, México, Porrúa, 2020, 335 pp.. Rev. latinoam. derecho soc. 2021.

MEYER, Emílio Peluso Neder. Repensando o Direito Comparado no Brasil. Rev. Investig. Const., Curitiba, vol. 6, n. 2, p. 479 – 502, maio/ago. 2019.

MEZACASA, JUNIOR, MORI. O POSICIONAMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS FRENTE AOS DIREITOS SOCIAIS E ECONÔMICOS EM TEMPOS DE COVID-19 Revista Pensamento Jurídico – São Paulo – Vol. 14, Nº 2, Edição Especial “Covid-19”. 2020

MICHAELS, Ralf. Global Legal Pluralism, 5 Annual Review of Law & Social Science 1-35. 2009.

MIRAGEM, Bruno. Revista dos Tribunais | vol. 1000/2019 | p. 157 - 190 | Fev / 2019 DTR\2019.

MOUSOURAKIS, George. Comparative Law and Legal Traditions. Springer. Switzerland, 2019.

NOVAES, Jorge Reis, Contributo para uma Teoria do Estado de Direito. São Paulo: Almedina, 2015.

NOVAES, Jorge Reis, Direitos Fundamentais: trunfos contra maioria. São Paulo: Almedina, 2015.

NOVAES, Jorge Reis, Direitos Sociais. São Paulo: Almedina, 2015.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. A Cidadania Social na Constituição de 1988: Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

OCURO, Esin. Family Tree Approach to Legal Systems, 2012.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade Frente à Reserva do Possível. 3 Ed. Curitiba: Juruá, 2011.

OVÍDIO, Francisco. Aspectos do direito comparado. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 79, 161-180, 1984.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Direitos e Garantias Fundamentais. 1.ed. Curitiba: InterSaberes, 2021.

SACCO, Rodolfo. Introdução ao Direito Comparado. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SARLET, I. W. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. 10 ed. Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, I. W. Dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 6 Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010: 515-530.

SOMMA, Alessandro. Introducción al Derecho Comparado. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

SCHWABE, Jurgen. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer, 2005

STARCK, Christian. Ensaio Constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2020.

VALDERRAMA, Irma Johana Legal transplants and comparative law International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional, núm. 2, diciembre, 2003, pp. 361- 276 Pontificia Universidad Javeriana Bogotá, Colombia

WALDRON, Jeremy. Comparative / Legal Theory e Systems. NYC. New York, 2010.

R866i Roussenq, Fabiano Santos
Impactos e desafios do direito constitucional comparado
/ Fabiano Santos Roussenq. – Curitiba, 2023.
105 f.

Orientadora: Profa. Dra. Estefânia Maria de Queiroz
Barboza
Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro
Universitário Internacional UNINTER.

1. Direito. 2. Direito constitucional. 3. Direito comparado.
4. Brasil. Supremo Tribunal Federal. I. Título.

CDD 340

Catálogo na fonte: Vanda Fattori Dias – CRB-9/547