

O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Gilmar Ferreira Mendes¹

com a colaboração de André Rufino do Vale²

1. Introdução. 2. *Amicus curiae* e audiências públicas. 3. Pensamento de possibilidades. 4. Tempo e Constituição: a mutação constitucional. 5. Estado constitucional cooperativo. 6. Conclusões

1. Introdução

Peter Häberle é certamente um dos maiores constitucionalistas de nosso tempo e, não seria demais considerar, um dos grandes nomes da história do constitucionalismo ocidental. Essa não é, de nenhuma maneira, uma afirmação vaga ou imprecisa, e muito menos hiperbólica. A difusão transnacional de seu pensamento, quase sempre acompanhada de processos formais de institucionalização de estruturas, organismos e procedimentos voltados à implementação prática dos institutos por ele concebidos em nível doutrinário, é capaz de revelar os sólidos fundamentos que suas criações fornecem para o desenvolvimento do Estado constitucional em tempos

¹ Presidente do Supremo Tribunal Federal; Presidente do Conselho Nacional de Justiça; Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília-UnB; Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UnB (1988); Mestre em Direito pela Universidade de Münster, República Federal da Alemanha - RFA (1989); Doutor em Direito pela Universidade de Münster, República Federal da Alemanha - RFA (1990); Membro Fundador do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP; Membro do Conselho Assessor do "Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional" - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales - Madri, Espanha; Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas; Membro da Academia Internacional de Direito e Economia - AIDE.

² Assessor-Chefe da Presidência do Supremo Tribunal Federal; Mestre em Direito pela Universidade de Brasília; Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público; Membro do Conselho de Direção da Rede Iberoamericana de Assessores Constitucionais; Membro da Comissão do Programa REDIR - Rede de Promoção e Defesa de Direitos Fundamentais, do Conselho Nacional de Justiça. Editor-Chefe do Observatório da Jurisdição Constitucional - ISSN 1982 - 4564.

hodiernos³.

As duas últimas décadas têm sido marcadas pela difusão dos sistemas de jurisdição constitucional em novas democracias, principalmente na Europa oriental, Ásia e América Latina⁴, assim como pelo fortalecimento e consolidação do arcabouço institucional do Estado constitucional em diversos países, processos nos quais o pensamento de Peter Häberle tem contribuído de forma decisiva, como é possível observar em países como Peru, México e Argentina⁵. Nesse aspecto, seu especial interesse pela América Latina resultou na ideia de construção de um direito constitucional comum latinoamericano, por meio da identificação dos elementos culturais das Constituições do continente, o que contribui para o processo de integração constitucional e, dessa forma, para o fortalecimento da região como comunidade

³ O Prof. Dr. Dr.h.c.mult. Peter Häberle é professor titular aposentado de Direito Público e Filosofia do Direito da Universidade de Bayreuth, na República Federal da Alemanha, e, atualmente, desempenha as funções de diretor do Instituto de Direito Europeu e Cultura Jurídica Européia, do mesmo centro universitário. Nascido em Göppingen, Alemanha, em 1934, o Professor Peter Häberle estudou nas Universidades de Tübingen, Bonn, Montpellier (França) e Freiburg. Em sua tese de doutoramento, tratou, com brilhantismo, sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais na Lei Fundamental de Bonn. Seu trabalho como pesquisador foi objeto de numerosas distinções honrosas, entre as quais os títulos de doutor *Honoris Causa* pelas Universidades de Atenas, em 1994, pela Universidade de Granada, em 2002, e pela Pontifícia Universidade Católica do Peru, em 2004. Em 1998, foi contemplado com o prêmio de pesquisa por cooperação internacional do Max Planck Institut (Max-Planck-Forschungspreis für Internationale Kooperation). Sua obra é extensa, compondo-se de centenas de artigos e mais de vinte monografias, com aportes fundamentais para a doutrina constitucional européia e mundial, em diversas obras, como *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz* (1962) (A garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais na Lei Fundamental), *Öffentliches Interesse als juristisches Problem* (1970) (Interesse Público como problema jurídico), *Verfassungsgerichtsbarkeit* (1976) (Jurisdição Constitucional), *Verfassung als öffentlicher Prozess* (1978) (Constituição como Processo Público), *Die Verfassung des Pluralismus* (1980) (A Constituição do pluralismo), *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* (1982) (Teoria da Constituição como ciência da cultura), *Das Menschenbild im Verfassungsstaat* (1988) (O Homem no Estado Constitucional), dentre outras. Em setembro de 2005, a Universidade de Brasília – UnB concedeu-lhe o título de Doutor *Honoris Causa*, reconhecendo sua inestimável contribuição ao desenvolvimento da ciência jurídica e sua crescente influência no Brasil.

⁴ Cfr.: GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies. Constitutional Courts in Asian cases*. New York: Cambridge University Press; 2003. HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press; 2004.

⁵ Sobre a influência da doutrina de Peter Häberle no Peru, vide: LANDA ARROYO, Cesar. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima: Palestra; 2007. No México, vide: HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. Na Argentina, vide: HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Buenos Aires: Astrea; 2007. No contexto iberoamericano, há diversas traduções das obras de Peter Häberle: *Retos actuales del Estado constitucional*, IVAP, Ônati, 1996. *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997. *Libertad, igualdad y fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Madrid, Trotta, 1998. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, Tecnos, 2000. *La imagen del ser humano dentro del Estado constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001. *Pluralismo y Constitución: estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, Madrid Tecnos, 2002.

política e cultural.

No Brasil, desde a primeira tradução, para o português, da obra “*Hermenêutica Constitucional: Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição - contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*”⁶, a doutrina de Peter Häberle tem sido incorporada com evidente vivacidade, seja no âmbito acadêmico, por meio da vertiginosa produção bibliográfica ou da prática docente e discente nas faculdades de direito, seja pelos poderes constituídos, na forma de produção legislativa e na jurisprudência dos tribunais.

No âmbito legislativo, a Lei nº 9.868/99, ao institucionalizar a figura do *amicus curiae* na jurisdição constitucional brasileira, representa um eloquente exemplo da forte influência da doutrina de Häberle que propugna por uma interpretação aberta e pluralista da Constituição.

Na jurisprudência, decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em tempos recentes demonstram a inestimável contribuição de Peter Häberle ao desenvolvimento do direito constitucional no Brasil, o que será objeto das considerações a seguir, divididas em quatro tópicos temáticos centrais de seu pensamento: 1) *Amicus curiae* e audiências públicas; 2) Pensamento de possibilidades; 3) Tempo e Constituição: a mutação constitucional; 4) Estado constitucional cooperativo.

2. *Amicus curiae* e audiência públicas

O Supremo Tribunal Federal tem aperfeiçoado os mecanismos de abertura do processo constitucional a uma cada vez maior pluralidade de sujeitos. A Lei nº 9.868/99, em seu art. 7º, § 2º, permite que a Corte Constitucional admita a intervenção no processo de órgãos ou entidades, denominados *amici curiae*, para que estes possam se manifestar sobre a questão constitucional em debate.

⁶ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

Esse modelo pressupõe não só a possibilidade de o Tribunal se valer de todos os elementos técnicos disponíveis para a apreciação da legitimidade do ato questionado, mas também um amplo direito de participação por parte de terceiros interessados.

Os denominados *amici curiae* possuem, atualmente, ampla participação nas ações do controle abstrato de constitucionalidade e constituem peças fundamentais do processo de interpretação da Constituição por parte do Supremo Tribunal Federal.

Assim, é possível afirmar que a Jurisdição Constitucional no Brasil adota, hoje, um modelo procedimental que oferece alternativas e condições as quais tornam possível, de modo cada vez mais intenso, a interferência de uma pluralidade de sujeitos, argumentos e visões no processo constitucional.

Além da intervenção de *amicus curiae*, a Lei nº 9.868/99 (art. 9º) permite que o Supremo Tribunal Federal, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato, requirite informações adicionais, designe peritos ou comissão de peritos para que emitam parecer sobre a questão constitucional em debate, e realize audiências públicas destinadas a colher o depoimento de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

O Tribunal tem utilizado amplamente esses novos mecanismos de abertura procedimental, com destaque para as audiências públicas recentemente realizadas no âmbito das ações do controle abstrato de constitucionalidade.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF⁷, na qual se discutiu a constitucionalidade da pesquisa científica com células-tronco embrionárias, a audiência pública realizada no dia 20 de abril de 2007 contou com a participação de especialistas na matéria (pesquisadores, acadêmicos e médicos), além de diversas entidades da sociedade civil⁸, e produziu uma impressionante gama de informações e

⁷ STF, Pleno, ADI nº 3.510/DF, Rel. Min. Carlos Britto, julg. 29.5.2008.

⁸ Cfr.: MARTINS, Tahinah Albuquerque. *Audiência Pública na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510/DF: Breves Considerações*. Observatório da Jurisdição Constitucional, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, ano 1, out. 2007.

dados que permitiram ao Tribunal, no julgamento definitivo da ação (em 29.5.2008), realizar um efetivo controle e revisão de fatos e prognoses legislativos e apreciar o tema em suas diversas conotações jurídicas, científicas e éticas. O resultado foi a declaração de constitucionalidade do art. 5º da Lei 11.105/2005, mas por uma maioria de 6 votos contra outros 5 votos que continham dispositivos diversificados fundados em distintos aspectos dessa complexa questão constitucional, alguns deles representando verdadeiras sentenças aditivas com conteúdo manipulativo dos sentidos normativos da lei impugnada⁹. O que ficou marcado nesse julgamento, de toda forma, foi a ampla participação de múltiplos segmentos da sociedade, o que fez da Corte um foro de argumentação e de reflexão com eco na coletividade e nas instituições democráticas.

Outras audiências públicas foram realizadas pelo Supremo Tribunal Federal em ações cujo julgamento ainda não foi concluído. Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101, a audiência pública realizada no dia 27 de junho de 2008 debateu o tema da importação de pneus usados e sua problemática em face dos princípios constitucionais que protegem o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, foram realizadas audiências públicas nos dias 26 e 28 de agosto e 4 de setembro de 2008 para discutir o complexo tema do aborto de fetos anencéfalos. Em ambas as ações esperam-se julgamentos repletos de discussões que reflitam os argumentos levantados por diversos segmentos da sociedade civil, o que certamente propiciará maior legitimidade democrática para as decisões que serão proferidas.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal já conta com normas que preveem as competências e o procedimento de convocação e realização das audiências públicas (Emenda Regimental nº 29, de 18 de fevereiro de 2009).

Em 5 de março de 2009, a Presidência da Corte, com fundamento nas referidas regras regimentais, convocou audiência pública para discussão de diversas

⁹ Confirmam-se os votos dos Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e Gilmar Mendes (Presidente).

questões relacionadas à saúde pública no Brasil¹⁰. As informações e os dados produzidos nessa audiência podem ser utilizados para a instrução de qualquer processo no âmbito do Tribunal que discuta matéria relativa à aplicação de normas constitucionais em tema de saúde pública.

Importante ressaltar que o art. 154 do Regimento prescreve que as audiências públicas devem ser transmitidas pela TV Justiça e pela Rádio Justiça, o que torna possível o conhecimento geral, irrestrito e imediato, por parte de toda a população, dos debates produzidos nas audiências. Assim, não há dúvida de que o STF conta, atualmente, com eficientes canais de comunicação e de participação democráticas em relação às suas atividades¹¹.

¹⁰ Despacho de Convocação de Audiência Pública, de 5 de março de 2009, do Presidente do Supremo Tribunal Federal. Entre outras, a Audiência Pública – Saúde se destina a debater as seguintes questões: 1) Responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde; 2) Obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do Sistema Único de Saúde ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública; 3) Obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes; 4) Obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; 5) Obrigação do Estado de fornecer medicamento não lícitado e não previsto nas listas do SUS; 6) Fraudes ao Sistema Único de Saúde.

¹¹ O Supremo Tribunal Federal conta com diversos mecanismos de aproximação com a sociedade, dentre os quais sobressaem a TV Justiça, a Rádio Justiça e a Central do Cidadão. A TV Justiça é um canal de televisão público de caráter institucional administrado pelo Supremo Tribunal Federal e tem como propósito ser um espaço de comunicação e aproximação entre os cidadãos e o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia. Além de preencher uma lacuna deixada pelas emissoras comerciais em relação às notícias ligadas às questões judiciais, o trabalho da emissora é desenvolvido na perspectiva de informar, esclarecer e ampliar o acesso à Justiça, buscando tornar transparentes suas ações e decisões. A emissora tem como principal objetivo conscientizar a sociedade brasileira em favor da independência do Judiciário, da justiça, da ética, da democracia e do desenvolvimento social e proporcionar às pessoas o conhecimento sobre seus direitos e deveres.

A Rádio Justiça é uma emissora pública de caráter institucional administrada pelo Supremo Tribunal Federal. As transmissões em FM começaram em 5 de maio de 2004. Além da frequência 104,7 MHz, a emissora também é sintonizada via satélite e pela internet. Ao tratar os temas jurídicos em profundidade, a Rádio Justiça busca evitar que assuntos importantes e complexos sejam abordados superficialmente. Além da produção de notícias por equipe própria, jornalistas de outros tribunais e de entidades ligadas ao Poder Judiciário são correspondentes da Rádio Justiça em todos os estados.

Atualmente, um dos principais canais de comunicação entre a sociedade e o Tribunal é a Central do Cidadão. Na forma do art. 2º da Resolução nº 361, de 21 de maio de 2008, a missão da Central do Cidadão é servir de canal de comunicação direta entre o cidadão e o Supremo Tribunal Federal, com vistas a orientar e transmitir informações sobre o funcionamento do Tribunal, promover ações que visem à melhoria contínua do atendimento das demandas, colaborar na tomada de decisão destinada a simplificar e modernizar os processos de entrega da Justiça, ampliando seu alcance, bem como elevar os padrões de transparência, presteza e segurança das atividades desenvolvidas no Tribunal. Nessa linha de atuação, compete à Central do Cidadão, de acordo com o art. 3º da referida Resolução: I – receber consultas, diligenciar junto aos setores administrativos competentes e prestar as informações e os esclarecimentos sobre atos praticados no Tribunal ou de sua responsabilidade; II – receber informações,

No caso dos *amici curiae*, a Corte já reconheceu, inclusive, o direito desses órgãos ou entidades de fazer sustentação oral nos julgamentos (ADI-QO 2.777, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. 26.11.2003; art. 131, § 3º, do Regimento Interno do STF), o que antes ficava restrito ao advogado da parte requerente, ao Advogado-Geral da União e ao Ministério Público.

Essa nova realidade enseja, além do amplo acesso e participação de sujeitos interessados no sistema de controle de constitucionalidade de normas, a possibilidade efetiva de o Tribunal Constitucional contemplar as diversas perspectivas na apreciação da legitimidade de um determinado ato questionado.

É inegável que essa abertura do processo constitucional foi fortemente influenciada, no Brasil, pela doutrina de Peter Häberle¹².

A propósito, observe-se que Peter Häberle defende a necessidade de que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais sejam ampliados, especialmente no que se refere às audiências públicas e às “intervenções de eventuais interessados”, assegurando-se novas formas de participação das potências públicas pluralistas como intérpretes em sentido amplo da Constituição.

Destarte, não há como negar a “*comunicação entre norma e fato*” (*Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt*), a qual constitui condição da própria interpretação constitucional. É que o processo de conhecimento envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos¹³.

sugestões, reclamações, denúncias, críticas e elogios sobre as atividades do Tribunal e encaminhar tais manifestações aos setores administrativos competentes, mantendo o interessado sempre informado sobre as providências adotadas; III – intermediar a interação entre as unidades internas para solução dos questionamentos recebidos; IV – sugerir ao Presidente políticas administrativas tendentes à melhoria e ao aperfeiçoamento das atividades desenvolvidas pelas unidades administrativas, com base nas informações, sugestões, reclamações, denúncias críticas e elogios recebidos; V – realizar, em parceria com outros setores do Tribunal, eventos destinados ao esclarecimento dos direitos do cidadão, incentivando a participação popular e promovendo internamente a cultura da instituição voltada para os interesses e as necessidades do cidadão; VI – manter e garantir, a pedido ou sempre que a situação exigir, o sigilo da fonte das sugestões, reclamações, denúncias, críticas e elogios; VII – encaminhar ao Presidente do Supremo Tribunal Federal relatório trimestral das atividades desenvolvidas pela Central do Cidadão.

¹² Häberle, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

¹³ MARENHOLZ, Ernst Gottfried, *Verfassungsinterpretation aus praktischer Sicht*, in: *Verfassungsrecht*

Se no processo de controle de constitucionalidade é inevitável a verificação de fatos e prognoses legislativos, é possível constatar a necessidade de adoção de um modelo procedimental que outorgue ao Tribunal as condições suficientes para proceder a essa aferição.

Assim, é certo que, ao cumprir as funções de Corte Constitucional, o Tribunal não pode deixar de exercer a sua competência, especialmente no que se refere à defesa dos direitos fundamentais em face de uma decisão legislativa, sob a alegação de que não dispõe dos mecanismos probatórios adequados para examinar a matéria.

Evidente, assim, que essa fórmula procedimental aberta constitui um excelente instrumento de informação para a Corte Suprema.

Não há dúvida de que a participação de diferentes grupos em processos judiciais de grande significado para toda a sociedade cumpre uma função de integração extremamente relevante no Estado de Direito.

Ao ter acesso a essa pluralidade de visões em permanente diálogo, o Supremo Tribunal Federal passa a contar com os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica que possam vir a ser apresentados pelos “amigos da Corte”.

Essa inovação institucional, além de contribuir para a qualidade da prestação jurisdicional, garante novas possibilidades de legitimação dos julgamentos do Tribunal no âmbito de sua tarefa precípua de guarda da Constituição.

Enfim, a admissão de *amicus curiae* confere ao processo constitucional um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto, fundamental para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias constitucionais no Estado Democrático de Direito.

3. O pensamento de possibilidades

zwischen Wissenschaft und Richterkunst, Homenagem aos 70 anos de Konrad Hesse, Heidelberg, 1990, p. 53 (54).

A Constituição não é uma norma fechada, mas sim um projeto em contínuo desenvolvimento, representativo de conquistas e experiências e ao mesmo tempo aberto à evolução e à utopia. No Estado Constitucional, a interpretação da Constituição, portanto, não deve ser realizada segundo a lógica do “um ou outro” (*Entweder-oder*), mas de acordo com um pensamento permanentemente aberto a múltiplas alternativas e possibilidades.

Peter Häberle é o mais expressivo defensor dessa forma de pensar o direito constitucional nos tempos hodiernos, entendendo ser o “pensamento jurídico do possível” expressão, consequência, pressuposto e limite de uma interpretação constitucional aberta¹⁴.

Nessa medida, e essa parece ser uma das importantes consequências da orientação perfilhada por Häberle, “uma teoria constitucional das alternativas” pode converter-se numa “teoria constitucional da tolerância”¹⁵. Daí perceber-se também que a “alternativa como pensamento possível afigura-se relevante, especialmente no evento interpretativo: na escolha do método, tal como verificado na controvérsia sobre a tópica como força produtiva de interpretação”¹⁶.

A propósito, anota Häberle:

“O pensamento do possível é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto para terceiras ou quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento do possível é pensamento indagativo (*fragendes Denken*). Na *res publica* existe um *ethos* jurídico específico do pensamento em alternativa, que contempla a realidade e a necessidade, sem se deixar dominar por elas. O pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para “novas” realidades, para o fato de que a realidade de hoje pode corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor”¹⁷.

¹⁴ Häberle, Peter. *Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken*, in: *Die Verfassung des Pluralismus*, Königstein/TS, 1980, p. 9.

¹⁵ Häberle, Peter. *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 6.

¹⁶ Häberle, Peter. *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 7.

¹⁷ Häberle, Peter. *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 3.

Nessa linha, observa Häberle que “para o estado de liberdade da *res publica* afigura-se decisivo que a liberdade de alternativa seja reconhecida por aqueles que defendem determinadas alternativas”. Daí ensinar que “não existem apenas alternativas em relação à realidade, existem também alternativas em relação a essas alternativas”¹⁸.

O pensamento do possível tem uma dupla relação com a realidade. Uma é de caráter negativo: “o pensamento do possível” indaga sobre o também possível, sobre alternativas em relação à realidade, sobre aquilo que ainda não é real. “O pensamento do possível” depende também da realidade em outro sentido: possível é apenas aquilo que pode ser real no futuro (*Möglich ist nur was in Zukunft wirklich sein kann*). É a perspectiva da realidade (futura) que permite separar o impossível do possível¹⁹.

Segundo a lição de Scheuner, citada por Häberle, a Constituição, para ter preservada sua força regulatória em uma sociedade pluralista, não pode ser vista como texto acabado ou definitivo, mas sim como “*projeto*” (“*Entwurf*”) em desenvolvimento contínuo²⁰.

O pensamento de possibilidades como pressuposto e expressão de uma interpretação constitucional aberta tem sido adotado pelo Supremo Tribunal Federal na solução de questões constitucionais diversas.

A análise da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 1.289²¹ mostra, de forma evidente, a adoção, na espécie, de um “pensamento do possível”, tal como concebido no pensamento de Peter Häberle. A ementa do julgado assim deixou consignado o resumo da decisão do Tribunal:

EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Embargos Infringentes. Cabimento, na hipótese de recurso interposto antes da vigência da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. 3. Cargos vagos de juízes do TRT. Composição de lista. 4. Requisitos dos arts. 94 e 115 da Constituição: quinto constitucional e lista sêxtupla. 5. Ato normativo que menos se distancia do sistema

¹⁸ Häberle, Peter. *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 6.

¹⁹ Häberle, Peter. *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p.10.

²⁰ Häberle, Peter. *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 4.

²¹ STF, Pleno, ADI-EI nº 1.289-4/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 3.4.2003.

constitucional, ao assegurar aos órgãos participantes do processo a margem de escolha necessária. 6. Salvaguarda simultânea de princípios constitucionais em lugar da prevalência de um sobre outro. 7. **Interpretação constitucional aberta que tem como pressuposto e limite o chamado “pensamento jurídico do possível”**. 8. Lacuna constitucional. 9. Embargos acolhidos para que seja reformado o acórdão e julgada improcedente a ADI 1.289, declarando-se a constitucionalidade da norma impugnada. (grifado)

A Constituição brasileira, em seu art. 94, prescreve que um quinto dos lugares nos Tribunais Regionais e Estaduais será composto de membros do Ministério Público e de advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes. No caso, o Supremo Tribunal enfrentou a questão de saber se, ante a inexistência temporária de membros do Ministério Público com mais de dez anos de carreira, poderiam concorrer a vagas em Tribunal Regional do Trabalho outros membros que não cumprissem o mencionado requisito constitucional.

O Tribunal procurou adotar solução que propiciasse, na maior medida possível, a realização dos princípios constitucionais em questão, permitindo a participação de membros do Ministério Público na composição do Tribunal trabalhista. Ao assentar que um dos valores constitucionais para a composição de órgãos judiciais era a observância do denominado “quinto constitucional”, o Tribunal chamou a atenção para um elemento que assume valor ímpar nas sociedades pluralistas: a composição plural dos órgãos judiciais.

No Brasil, o princípio do quinto constitucional rende notória homenagem a esse valor, permitindo que as Cortes tenham, necessariamente, uma composição diversificada. A não-satisfação do princípio do quinto constitucional configura, portanto, um desvalor que, certamente, não encontra respaldo na estrutura constitucional brasileira, tal como anotado na decisão do STF.

Ademais, cumpre observar que, ao consagrar o critério da lista sêxtupla composta por procuradores que ainda não preenchiam o requisito temporal, no caso de falta de membros habilitados, atendeu-se a outro valor, igualmente importante para o texto constitucional: o respeito à liberdade de escolha por parte do Tribunal e do próprio Poder Executivo. Do contrário, restaria prejudicado o equilíbrio que o texto

constitucional pretendeu formular para o sistema de escolha: participação da classe na formação da lista sêxtupla; participação do Tribunal na escolha da lista tríplice e participação do Executivo na escolha de um dos nomes. A formação incompleta da lista sêxtupla ou até mesmo o envio de um ou dois nomes que preenchessem todos os requisitos constitucionais acabaria por afetar o modelo original concebido pelo constituinte, reduzindo ou eliminando a participação do Tribunal e do Executivo no processo de escolha.

Portanto, entre as interpretações cogitáveis, aquela que mais se aproxima desse “pensamento do possível”, na espécie, é exatamente a perfilhada na decisão do STF, que, como se vê, logra realizar os princípios em eventual tensão dialética sem comprometer aspectos fundamentais da complexa decisão constitucional, ou seja, respeita-se o princípio do quinto constitucional e a cláusula da lista sêxtupla, que, menos do que a revelação de um número cabalístico, contém uma definição em favor da liberdade relativa de escolha por parte do Tribunal e do Poder Executivo.

Muito mais distante da vontade constitucional seria a composição do Tribunal sem a participação dos integrantes do Ministério Público, significa dizer, sem a observância do princípio do quinto constitucional. Da mesma forma, haveria de revelar-se distante do texto constitucional a composição da lista com número inferior ao estabelecido constitucionalmente, afetando o modelo já restrito de liberdade de escolha. Não há dúvida, pois, de que, entre os caminhos possíveis de serem trilhados, adotou-se aquele que mais se aproximava da integridade da decisão constitucional, respeitando o princípio do quinto constitucional e a liberdade de escolha dos órgãos dos Poderes Judiciário e Executivo.

Não é difícil encontrar outros exemplos do pensamento do possível na rica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não raras vezes assentada na eventual configuração de uma omissão ou lacuna constitucional. São exemplos notórios desse pensamento as decisões do Tribunal que reconheceram a existência de uma “*situação jurídica ainda constitucional*” relativamente a algumas normas aplicáveis às defensorias públicas.

De certa forma, o precedente firmado no Recurso Extraordinário nº

135.328²² e consolidado no Recurso Extraordinário nº 147.776²³ parece aquele que melhor expressa a ideia de omissão ou lacuna constitucional apta a justificar a interpretação compreensiva do texto constitucional e das situações jurídicas pré-constitucionais.

A ementa do acórdão no RE nº 147.776 revela, por si só, o significado da decisão para a versão brasileira do “pensamento constitucional do possível”:

Ementa: Ministério Público: Legitimação para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, pobre o titular do direito à reparação: C. Pr. Pen., art. 68, ainda constitucional (cf. RE 135.328): processo de inconstitucionalização das leis.

1. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia *ex tunc* faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da constituição — ainda quanto teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada — subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem.

2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68, C. Pr. Penal — constituindo modalidade de assistência judiciária — deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que — na União ou em cada Estado considerado —, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68, C. Pr. Pen será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135.328 (RECrIm 147.776-8, Rel. Sepúlveda Pertence, Lex-JSTF, 238, p. 390).

Também aqui se identificou uma lacuna no texto constitucional, que, ao outorgar a atribuição de assistência judiciária às defensorias públicas, não ressaltou as situações jurídicas reguladas de maneira diversa no direito pré-constitucional – ausência de cláusula transitória –, especialmente naquelas unidades federadas que ainda não haviam instituído os órgãos próprios de defensoria. Destarte, a justificativa para a manutenção do direito pré-constitucional fez-se com base numa disposição transitória

²² STF, Pleno, RE nº 135.328-7/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 29.6.1994.

²³ STF, Pleno, RE nº 147.776-8/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 19.5.1998.

implícita, que autorizava a aplicação do modelo legal pré-constitucional até a completa implementação do novo sistema previsto na Constituição.

Assim, também na citada decisão na ADI 1.289, pareceu legítimo ao Tribunal admitir que a regra constitucional continha uma lacuna: a não-regulação das situações excepcionais existentes na fase inicial de implementação do novo modelo constitucional. Não tendo a matéria sido regulada em disposição transitória, parece adequado que o próprio intérprete possa fazê-lo em consonância com o sistema constitucional. E, tal como demonstrado, a aplicação que menos se distancia do sistema formulado pelo constituinte parece ser aquela que admite a composição da lista com procuradores do trabalho que ainda não preenchiam o requisito concernente ao tempo de serviço. Assegurou-se aos órgãos participantes do processo a margem de escolha necessária dentre procuradores com tempo de serviço inferior a 10 anos, na hipótese de inexistência de candidatos que preenchessem o requisito temporal fixado.

Outros exemplos de aplicação do pensamento do possível são encontrados na jurisprudência do STF.

Na Suspensão de Segurança nº 3.154²⁴, entendeu-se que, num quadro fático extraordinário, em que as finanças do Estado-membro estejam em colapso, a interpretação da garantia do pagamento em dia da remuneração dos servidores públicos estaduais, segundo um pensamento de possibilidades, enseja a alternativa de prorrogação excepcional e momentânea, por alguns dias, de parte do efetivo pagamento da remuneração. Isso porque a eficácia plena da norma constitucional dependeria de um estado de normalidade das finanças estaduais. Entendeu-se, assim, que, sem desbordar dos parâmetros constitucionais de razoabilidade e proporcionalidade, pode o Estado, sem reduzir o valor específico da remuneração, prorrogar por alguns dias parte do pagamento, ante absoluta impossibilidade financeira.

No Mandado de Segurança nº 26.690²⁵, o Tribunal mais uma vez se deparou com a ausência de regras de transição destinadas a solucionar situações não

²⁴ STF, Presidência, SS nº 3.154-6/RS, Rel. Min. Presidente, julg. 28.3.2007.

²⁵ STF, Pleno, MS nº 26.690/DF, Rel. Min. Eros Grau, julg. 3.9.2008.

abrangidas por novos preceitos constitucionais. No caso, questionava-se a possibilidade de que membro do Ministério Público estadual pudesse participar de concurso público para cargo no Ministério Público Federal, sem preencher o requisito constitucional de três anos de atividade jurídica. Na hipótese, o novo requisito constitucional de três anos de atividade jurídica havia sido implementado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, após a aprovação da candidata no concurso de Promotor de Justiça do Ministério Público Estadual. No entanto, quando a mesma candidata pretendeu realizar concurso público para o Ministério Público Federal, já estava vigente o novo requisito constitucional. O Tribunal encontrou-se então diante de situação singular, em que um membro do Ministério Público Estadual não poderia, em princípio, participar de certame público para preencher vaga no Ministério Público Federal. A solução encontrada foi interpretar a nova norma constitucional levando em conta a excepcionalidade da situação, ocorrida em momento de transição constitucional, o que requereria a aplicação de um típico pensamento do possível, tal como já feito pelo Tribunal no citado julgamento da ADI 1.289. Assim, entendeu o Tribunal que, diante da notória contradição fática surgida em momento de transição de regimes jurídicos, e tendo em vista o princípio da isonomia aplicável, na espécie, para igualar a situação dos membros dos Ministérios Públicos Federal e Estadual, submetidos que estão a um mesmo regime constitucional (art. 128 da Constituição), a solução mais consentânea com a ordem constitucional seria a permissão excepcional para que a candidata participasse do concurso mesmo sem preencher o requisito constitucional dos três anos de atividade jurídica.

A análise desses julgados faz transparecer a constatação de que o pensamento do possível, na medida em que permite a interpretação constitucional aberta a novas alternativas e incentiva a adaptabilidade do texto à evolução social constante de uma sociedade complexa e plural, constitui também um modo de pensar sobre a relação entre tempo e Constituição (*Zeit und Verfassung*) e, desse modo, sobre o fenômeno da mutação constitucional, cujo tratamento pela obra de Peter Häberle também tem sido incorporado pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil.

4. Tempo e Constituição: a mutação constitucional

Talvez um dos temas mais ricos da teoria do direito e da moderna teoria constitucional seja aquele relativo à evolução jurisprudencial e, especialmente, a possível mutação constitucional. Se a sua repercussão no plano material é inegável, são inúmeros os desafios no plano do processo em geral e, em especial, do processo constitucional.

Retira-se da obra de Peter Häberle a observação segundo a qual não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada (*Es gibt keine Rechtsnormen, es gibt nur interpretierte Rechtsnormen*). Interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública (*Einen Rechssatz “auslegen” bedeutet, ihn in die Zeit, d.h. in die öffentliche Wirklichkeit stellen – um seiner Wirksamkeit willen*). Por isso, Häberle introduz o conceito de *pós-compreensão* (*Nachverständnis*), entendido como o conjunto de fatores temporalmente condicionados com base nos quais se compreende “supervenientemente” uma dada norma. A *pós-compreensão* nada mais seria, para Häberle, do que a *pré-compreensão do futuro*, isto é, o elemento dialético correspondente da idéia de *pré-compreensão*²⁶.

Tal concepção permite a Häberle afirmar que, em sentido amplo, toda lei interpretada – não apenas as chamadas leis temporárias – é uma lei com duração temporal limitada (*In einem weiteren Sinne sind alle – interpretierten – Gesetzen “Zeitgesetze” – nicht nur die zeitlich befristeten*). Em outras palavras, a norma, confrontada com novas experiências, transforma-se necessariamente em uma outra norma.

Essa reflexão e a ideia segundo a qual a atividade hermenêutica nada mais é do que um procedimento historicamente situado autorizam Häberle a realçar que uma interpretação constitucional aberta prescinde do conceito de *mutação constitucional* (*Verfassungswandel*) como categoria autônoma.

²⁶ HÄBERLE, Peter. Zeit und Verfassung. in: DREIER, Ralf; SCHWEGMANN, Friedrich. *Probleme der Verfassungsinterpretation*. Nomos, Baden-Baden, 1976, p.312-313.

Nesses casos, fica evidente que o Tribunal não poderá *fingir* que sempre pensara dessa forma. Daí a necessidade de, em tais casos, fazer-se o ajuste do resultado, adotando-se técnica de decisão que, tanto quanto possível, traduza a mudança de valoração. No plano constitucional, esses casos de mudança na concepção jurídica podem produzir uma *mutação normativa* ou a *evolução na interpretação*, permitindo que venha a ser reconhecida a inconstitucionalidade de situações anteriormente consideradas legítimas. A orientação doutrinária tradicional, marcada por uma alternativa rigorosa entre *atos legítimos* ou *ilegítimos* (*entweder als rechtmässig oder als rechtswidrig*), encontra dificuldade para identificar a consolidação de um *processo de inconstitucionalização* (*Prozess des Verfassungswidrigwerdens*). Prefere-se admitir que, embora não tivesse sido identificada, a ilegitimidade sempre existira.

Daí afirmar Häberle:

“O Direito Constitucional vive, *prima facie*, uma problemática temporal. De um lado, a dificuldade de alteração e a conseqüente duração e continuidade, confiabilidade e segurança; de outro, o tempo envolve o agora mesmo, especificamente o Direito Constitucional. É que o processo de reforma constitucional deverá ser feito de forma flexível e a partir de uma interpretação constitucional aberta. A continuidade da Constituição somente será possível se *passado e futuro* estiverem nela associados.”²⁷

Häberle então indaga:

“O que significa tempo? Objetivamente, tempo é a possibilidade de se introduzir mudança, ainda que não haja a necessidade de produzi-la.”²⁸

Tal como anota Häberle, “o tempo sinaliza ou indica uma reunião (*ensemble*) de forças sociais e ideias. (...) A ênfase ao ‘fator tempo’ não deve levar ao entendimento de que o tempo há de ser utilizado como ‘sujeito’ de transformação ou de movimento (...). A história (da comunidade) tem muitos sujeitos. O tempo nada mais é do que a dimensão na qual as mudanças se tornam possíveis e necessárias (...).”²⁹

²⁷ Häberle, Peter. *Zeit und Verfassung*, cit., p. 295-296

²⁸ Häberle, Peter. *Zeit und Verfassung*, cit., p. 300.

²⁹ Häberle, Peter. *Zeit und Verfassung*, cit., p. 300.

Não é raro que essas alterações de concepções se verifiquem, dentre outros campos, exatamente em matéria de defesa dos direitos fundamentais. Aqui talvez se mesquem as mais diversas concepções existentes na própria sociedade e o processo dialético que as envolve. E os diversos entendimentos de mundo convivem, sem que, muitas vezes, o “novo” tenha condições de superar o “velho”.

É natural também que esse tipo de situação se coloque de forma bastante evidente no quadro de uma nova ordem constitucional. Aqui, entendimentos na jurisprudência, doutrina e legislação tornam, às vezes, inevitável que a interpretação da Constituição se realize, em um primeiro momento, com base na situação jurídica pré-existente. Assim, até mesmo institutos novos poderão ser interpretados segundo entendimento consolidado na jurisprudência e na legislação pré-constitucionais. Nesse caso, é igualmente compreensível que uma nova orientação hermenêutica reclame cuidados especiais.

Alguns exemplos de mudança na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal revelam que o abandono de precedentes e a adoção de nova interpretação de textos normativos, especialmente de disposições constitucionais, devem estar baseadas em cuidadosas e bem fundamentadas razões de decidir. No Recurso Extraordinário nº 165.438³⁰, por exemplo, o Tribunal reviu posicionamento anterior – fixado nos RE nº 140.616³¹, RE nº 141.290³² e RE 141.367³³ – que consolidava o entendimento no sentido de que o art. 8º do ADCT da Constituição de 1988 (anistia) não se aplicaria às promoções por merecimento de militares. Após longo julgamento e ampla discussão, o Tribunal passou a então interpretar, de forma mais ampla, o art. 8º do ADCT da CF/88, no sentido de que, para a concessão de promoções, inclusive por merecimento, na aposentadoria ou na reserva, deve ser considerado, tão-somente, o decurso de tempo necessário para alcançar o posto na hierarquia militar, de acordo com a legislação vigente.

³⁰ STF, Pleno, RE nº 165.438-4/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 5.5.2006.

³¹ STF, Pleno, RE nº 140.616, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ 2.4.1993.

³² STF, Pleno, RE nº 141.290, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 2.4.1993.

³³ STF, Pleno, RE nº 141.367, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 6.11.1992.

Na prática do Supremo Tribunal Federal, as citadas concepções têm sido utilizadas nos casos em que a Corte produz um câmbio substancial em entendimentos jurisprudenciais anteriormente consolidados. Em hipóteses típicas de mutação constitucional ou de evolução na interpretação, em que se altera jurisprudência consolidada, a Corte tem adotado a técnica da modulação dos efeitos da decisão, com base em razões de segurança jurídica.

Assim ocorreu na decisão proferida na Questão de Ordem no Inquérito nº 687³⁴, em que o Tribunal cancelou o enunciado da Súmula nº 394 – que consolidava entendimento jurisprudencial no sentido de que a competência da Corte para julgar agentes públicos com prerrogativa de foro prevaleceria ainda que o inquérito ou a ação penal fossem iniciados após o agente ter deixado o cargo³⁵ – ressaltando os atos praticados e as decisões já proferidas que nela se basearam.

No Conflito de Competência nº 7.204³⁶, fixou-se o entendimento no sentido de que “o Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do *Magno Texto*”.

No julgamento do HC nº 82.959, o Tribunal declarou, com efeitos prospectivos, a inconstitucionalidade da vedação legal absoluta da progressão de regime penal para os crimes hediondos (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90), com radical modificação de antiga jurisprudência.

Um dos casos mais interessantes de mudança jurisprudencial está representado no julgamento dos Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604³⁷.

³⁴ STF, Pleno, INQ nº 687, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 9.11.2001.

³⁵ STF, Súmula 394: “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”.

³⁶ STF, Pleno, CC nº 7.204/MG, Rel. Min. Carlos Britto, julg. em 29.6.2005.

³⁷ STF, Pleno, MS nº 26.602, Rel. Min. Eros Grau; MS nº 26.603, Rel. Min. Celso de Mello; MS nº

Discutiu-se, nesses casos, se os partidos políticos possuem direito a manter as vagas por eles conquistadas em eleições regidas pelas regras do sistema proporcional, em caso de desfiliação dos parlamentares que as preenchem.

Após a Constituição de 1988, o tema da fidelidade partidária e a questão específica quanto à extinção do mandato do parlamentar que deixar a legenda sob a qual tenha sido eleito encontraram resposta na jurisprudência do STF, desde o julgamento do MS nº 20.927³⁸. Com base no entendimento de que a vinculação do candidato ao partido seria apenas condição de elegibilidade (art. 14, § 3º, da Constituição de 1988), o Tribunal mantinha firme posição no sentido de que, no sistema constitucional brasileiro, apesar da valorização dada à representação parlamentar dos partidos, não se exigiria qualquer modalidade de fidelidade partidária para os candidatos eleitos.

Em Sessão de 4 de outubro de 2007, a Corte reviu esse entendimento e, baseando-se em renovada interpretação dos princípios da democracia partidária, da representação proporcional, do pluralismo político e da fidelidade partidária, produziu mudança radical em sua jurisprudência e passou a considerar que o mandato parlamentar pertence ao partido. Assim, no novo entendimento da Corte, ressalvadas situações específicas decorrentes de ruptura de compromissos programáticos por parte da agremiação, perseguição política ou outra situação de igual significado, o abandono do partido deve dar ensejo à extinção do mandato.

Na ocasião, diante da mudança que se operou em antiga jurisprudência, e com base em razões de segurança jurídica, o Tribunal entendeu que os efeitos da decisão deveriam ser modulados no tempo. Fixou então um marco temporal desde o qual tais efeitos poderiam ser efetivamente produzidos, o que deveria coincidir com a decisão do Tribunal Superior Eleitoral na Consulta nº 1.398/2007³⁹, Rel. Min. César Asfor Rocha, que ocorrera na Sessão do dia 27 de março de 2007, na qual a Corte eleitoral já havia adotado tal entendimento.

26.604, Rel. Min. Cármen Lúcia, julg. 4.10.2007.

³⁸ MS nº 20.927/DF, Rel. Min. Moreira Alves, julg. 11.10.1989, DJ 15.4.1994.

³⁹ TSE, Consulta nº 1.398/2007, Rel. Min. César Asfor Rocha.

Outro interessante caso de mutação constitucional verificada na jurisprudência do STF está no julgamento dos Recursos Extraordinários nº 349.703 e 466.343, nos quais a Corte modificou antigo entendimento a respeito do status normativo dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica interna. Como o caso também envolve considerações a respeito das lições de Peter Häberle sobre o Estado constitucional cooperativo, destinamos um tópico específico (a seguir) para analisar essa importante decisão.

Deixe-se acentuado, por fim, que a evolução jurisprudencial sempre foi uma marca de qualquer jurisdição de perfil constitucional. A afirmação da mutação constitucional não implica o reconhecimento, por parte da Corte, de erro ou equívoco interpretativo do texto constitucional em julgados pretéritos. Ela reconhece e reafirma, ao contrário, a necessidade da contínua e paulatina adaptação dos sentidos possíveis da letra da Constituição aos câmbios observados numa sociedade que, como a atual, está marcada pela complexidade e pelo pluralismo.

5. Estado constitucional cooperativo

O Supremo Tribunal Federal por muito tempo adotou a ideia de que os tratados de direitos humanos, como quaisquer outros instrumentos convencionais de caráter internacional, poderiam ser concebidos como equivalentes às leis ordinárias. Segundo essa tese, denominada de “tese da legalidade ordinária” dos tratados internacionais, tais acordos não possuiriam a devida legitimidade para confrontar, nem para complementar, o preceituado pela Constituição Federal em matéria de direitos fundamentais.

O Tribunal passou a adotar essa tese no julgamento do RE nº 80.004, julgado em 1º.6.1977⁴⁰. Na ocasião, os Ministros integrantes do Tribunal discutiram amplamente o tema das relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno. O Relator, Ministro Xavier de Albuquerque, calcado na jurisprudência anterior, votou no sentido do primado dos tratados e convenções internacionais em relação à legislação infraconstitucional. A maioria, porém, após voto-vista do Min. Cunha Peixoto, entendeu

⁴⁰ STF, Pleno, RE nº 80.004/SE, Rel. p/ o acórdão Min. Cunha Peixoto, julgado em 1º.6.1977.

que ato normativo internacional – no caso, a Convenção de Genebra, Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias – poderia ser modificado por lei nacional posterior, ficando consignado que os conflitos entre duas disposições normativas, uma de direito interno e outra de direito internacional, devem ser resolvidos pela mesma regra geral destinada a solucionar antinomias normativas num mesmo grau hierárquico: *lex posterior derogat legi priori*.

Sob a égide da Constituição de 1988, exatamente em 22 de novembro de 1995, o Plenário do STF voltou a discutir a matéria no HC nº 72.131, Red. p/ o acórdão Ministro Moreira Alves, porém agora tendo como foco o problema específico da prisão civil do devedor como depositário infiel na alienação fiduciária em garantia. Na ocasião, reafirmou-se o entendimento no sentido de que os diplomas normativos de caráter internacional adentrariam o ordenamento jurídico interno no patamar da legislação ordinária e eventuais conflitos normativos seriam resolvidos pela regra *lex posterior derogat legi priori*. Preconizaram esse entendimento também os votos vencidos dos Ministros Marco Aurélio, Francisco Rezek e Carlos Velloso. Deixou-se assentado, não obstante, seguindo-se o entendimento esposado no voto do Ministro Moreira Alves, que o art. 7º (7) do Pacto de San José da Costa Rica, por ser norma geral, não revogaria a legislação ordinária de caráter especial, como o Decreto-Lei nº 911/69, que equipara o devedor-fiduciante ao depositário infiel para fins de prisão civil.

Posteriormente, no importante julgamento da medida cautelar na ADI nº 1.480-3/DF, Rel. Min. Celso de Mello (em 4.9.1997), o Tribunal voltou a afirmar que entre os tratados internacionais e as leis internas brasileiras existiria mera relação de paridade normativa, entendendo-se as “leis internas” no sentido de simples leis ordinárias e não de leis complementares.

A tese da legalidade ordinária dos tratados internacionais foi reafirmada em julgados posteriores⁴¹ e manteve-se firme na jurisprudência do Supremo Tribunal

⁴¹ RE nº 206.482-3/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 27.5.1998, DJ 5.9.2003; HC nº 81.319-4/GO, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 24.4.2002, DJ 19.8.2005; HC nº 77.053-1/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 23.6.1998, DJ 4.9.1998; HC nº 79.870-5/SP, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 16.5.2000, DJ 20.10.2000; RE nº 282.644-8/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ o acórdão Min. Nelson Jobim, julgado em 13.2.2001, DJ 20.9.2002.

Federal até o ano de 2008, quando a Corte, ao julgar os Recursos Extraordinários nº 349.703⁴² e 466.343⁴³, constatou que, no contexto atual, em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, essa jurisprudência havia se tornado completamente defasada.

Não se pode perder de vista que, hoje, vivemos em um “Estado Constitucional Cooperativo”, identificado pelo Professor Peter Häberle como aquele que não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais⁴⁴.

Para Häberle, ainda que, numa perspectiva internacional, muitas vezes a cooperação entre os Estados ocupe o lugar de mera coordenação e de simples ordenamento para a coexistência pacífica (ou seja, de mera delimitação dos âmbitos das soberanias nacionais), no campo do direito constitucional nacional, tal fenômeno, por si só, pode induzir ao menos a tendências que apontem para um enfraquecimento dos limites entre o interno e o externo, gerando uma concepção que faz prevalecer o direito comunitário sobre o direito interno⁴⁵.

Nesse contexto, mesmo conscientes de que os motivos que conduzem à concepção de um Estado Constitucional Cooperativo são complexos, é preciso reconhecer os aspectos sociológico-econômico e ideal-moral⁴⁶ como os mais evidentes. E no que se refere ao aspecto ideal-moral, não se pode deixar de considerar a proteção aos direitos humanos como a fórmula mais concreta de que dispõe o sistema constitucional, a exigir dos atores da vida sócio-política do Estado uma contribuição

⁴² STF, Pleno, RE nº 349.703, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, julg. em 3.12.2008.

⁴³ STF, Pleno, RE nº 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. em 3.12.2008.

⁴⁴ HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 75-77.

⁴⁵ HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 74.

⁴⁶ HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 68.

positiva para a máxima eficácia das normas constitucionais que protegem a cooperação internacional amistosa como princípio vetor das relações entre os Estados Nacionais⁴⁷ e a proteção dos direitos humanos como corolário da própria garantia da dignidade da pessoa humana.

Na realidade europeia, é importante mencionar a abertura institucional a ordens supranacionais consagrada em diversos textos constitucionais [cf. v.g. Preâmbulo da Lei Fundamental de Bonn e art. 24, (I); o art. 11 da Constituição italiana⁴⁸; os arts. 8º⁴⁹ e 16º⁵⁰ da Constituição portuguesa; e, por fim, os arts. 9º (2) e 96 (1) da Constituição espanhola⁵¹; dentre outros]⁵².

Ressalte-se, nesse sentido, que há disposições da Constituição brasileira de 1988 que remetem o intérprete para realidades normativas relativamente diferenciadas em face da concepção tradicional do direito internacional público. Refiro-me, especificamente, a quatro disposições que sinalizam para uma maior abertura constitucional ao direito internacional e, na visão de alguns, ao direito supranacional.

⁴⁷ HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 67.

⁴⁸ O art. 11 da Constituição italiana preceitua que a Itália “*consente, em condições de reciprocidade com outros Estados, nas limitações de soberania necessárias a uma ordem asseguradora da paz e da justiça entre as Nações*”.

⁴⁹ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 1999, p. 725-727. Dispõe o atual art. 8.º da Constituição da República Portuguesa (Quarta Revisão/1997): “Art. 8.º (direito internacional). 1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. 2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internamente o Estado Português. 3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos”.

⁵⁰ O art. 16, n.º 1 da Constituição Portuguesa preceitua que: “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”. Ademais, o art. 16, n.º 2 aduz que: “os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.”

⁵¹ A Constituição espanhola, em seu art. 9 n.º 2, afirma que: “As normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades que a Constituição reconhece se interpretarão de conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificados pela Espanha”. Ademais, no art. 96, n.º 1, dita a regra de que: “os tratados internacionais, logo que publicados oficialmente na Espanha farão parte da ordem interna espanhola”.

⁵² Cf. FROWEIN, Jochen Abr. *Die Europäisierung des Verfassungsrechts*. In: BADURA, Peter e DREIER, Horst. *Festschrift des Bundesverfassungsgerichts*. Bd. I, 2001. pp. 209-210.

A primeira cláusula consta do parágrafo único do art. 4º, que estabelece que a *“República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”*.

Em comentário a este artigo, o saudoso Professor Celso Bastos ensinava que tal dispositivo constitucional representa uma clara opção do constituinte pela integração do Brasil em organismos supranacionais⁵³.

A segunda cláusula é aquela constante do § 2º do art. 5º, a qual estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição brasileira *“não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”*.

A terceira e quarta cláusulas foram acrescentadas pela Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004, constantes dos §§ 3º e 4º do art. 5º, que rezam, respectivamente, que *“os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”*, e *“o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.”*

Lembre-se, também, que vários países latinoamericanos já avançaram no sentido de sua inserção em contextos supranacionais, reservando aos tratados internacionais de direitos humanos lugar especial no ordenamento jurídico, algumas vezes concedendo-lhes valor normativo constitucional.

⁵³ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; 1988, p. 466.

Assim, Paraguai (art. 9º da Constituição)⁵⁴ e Argentina (art. 75 inc. 24)⁵⁵, provavelmente influenciados pela institucionalização da União Européia, inseriram conceitos de *supranacionalidade* em suas Constituições. A Constituição uruguaia, por sua vez, promulgada em fevereiro de 1967, inseriu novo inciso em seu artigo 6º, em 1994, porém mais tímido que seus vizinhos argentinos e paraguaios, ao prever que "*A República procurará a integração social e econômica dos Estados latino-americanos, especialmente no que se refere à defesa comum de seus produtos e matérias primas. Assim mesmo, propenderá à efetiva complementação de seus serviços públicos.*"

Esses dados revelam uma tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção do ser humano. Por conseguinte, a partir desse universo jurídico voltado aos direitos e garantias fundamentais, as constituições não apenas apresentam maiores possibilidades de concretização de sua eficácia normativa, como também somente podem ser concebidas em uma abordagem que aproxime o Direito Internacional do Direito Constitucional.

No continente americano, o regime de responsabilidade do Estado pela violação de tratados internacionais vem apresentando uma considerável evolução desde a criação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também denominada Pacto de San José da Costa Rica, adotada por conferência interamericana especializada sobre direitos humanos, em 21 de novembro de 1969. Entretanto, na prática, a mudança da forma pela qual tais direitos são tratados pelo Estado brasileiro ainda ocorre de maneira lenta e gradual. E um dos fatores primordiais desse fato está no modo como se vinha concebendo o processo de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica interna.

⁵⁴Constituição do Paraguai, de 20.06.1992, artigo 9º: "*A República do Paraguai, em condições de igualdade com outros Estados, admite uma ordem jurídica supranacional que garanta a vigência dos direitos humanos, da paz, da justiça, da cooperação e do desenvolvimento político, econômico, social e cultural.*"

⁵⁵A Constituição da Argentina, no inciso 24 do Artigo 75, estabelece que "*Corresponde ao Congresso: aprovar tratados de integração que deleguem competências e jurisdição a organizações supraestatais em condições de reciprocidade e igualdade, e que respeitem a ordem democrática e os direitos humanos. As normas ditadas em sua consequência têm hierarquia superior às leis.*"

O Supremo Tribunal Federal, levando em consideração essa tendência hodierna de inserção do Estado constitucional brasileiro em contextos supranacionais, promoveu uma vigorosa renovação de sua jurisprudência e passou a adotar a tese da *supralegalidade* dos tratados internacionais de direitos humanos, no histórico julgamento dos Recursos Extraordinários nº 349.703 (Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes) e nº 466.343 (Relator Ministro Cezar Peluso)⁵⁶.

Não há dúvida de que, no Estado constitucional cooperativo, é mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não podem afrontar a supremacia da Constituição, mas têm lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária significa subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

Assim, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, entende-se que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

Nesse sentido, concluiu o Supremo Tribunal Federal que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito

⁵⁶ STF, Pleno, RE nº 349.703, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, julg. em 3.12.2008. STF, Pleno, RE nº 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. em 3.12.2008.

paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969⁵⁷.

Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916⁵⁸.

Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.

Com a decisão do Tribunal, o legislador constitucional não fica impedido de submeter o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, além de outros tratados de direitos humanos, ao procedimento especial de aprovação previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição, tal como definido pela EC nº 45/2004, conferindo-lhes *status* de emenda constitucional.

Na experiência do direito comparado, é válido mencionar que essa mesma qualificação dos tratados internacionais (supralegalidade) é expressamente consagrada na Constituição da Alemanha que, em seu art. 25, dispõe que “*as normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal. Elas prevalecem sobre as leis e produzem diretamente direitos e deveres para os habitantes do território nacional*”.

⁵⁷ STF, Pleno, RE nº 349.703, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, julg. em 3.12.2008. STF, Pleno, RE nº 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. em 3.12.2008.

⁵⁸ STF, Pleno, RE nº 349.703, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, julg. em 3.12.2008. STF, Pleno, RE nº 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. em 3.12.2008.

O mesmo tratamento hierárquico-normativo é dado aos tratados e convenções internacionais pela Constituição da França de 1958 (art. 55)⁵⁹ e pela Constituição da Grécia de 1975 (art. 28)⁶⁰.

No caso argentino, a Constituição traz expressa a supremacia das normas supranacionais na ordem jurídica interna (art. 75 inc. 24)⁶¹.

A jurisprudência das Cortes vem reconhecendo a superioridade normativa da ordem jurídica internacional. O Prof. Malcolm Shaw anota os seguintes ordenamentos que prevêm a prevalência dos tratados internacionais sobre as leis internas: França (caso *Café Jacques Fabre, Cour de Cassation*, 16 *Common Market Law Review*, 1975); Holanda (*Nordstern Allgemeine Versicherung AG v. Vereinigte Stinees Rheinreedereien* 74, *International Law Review - ILR*); Itália (*Canadá v. Cargnello*, Corte de Cassação Italiana, 114 *ILR*); Chipre (*Malachtou v. Armefti and Armefti*, 88 *ILR*); e Rússia (art. 5º da Lei Federal Russa sobre Tratados Internacionais, adotada em 16 de Junho de 1995)⁶².

Ressalte-se que no Reino Unido, desde 1972, assentou-se a prevalência não só das normas comunitárias, como da própria Convenção Europeia sobre Direitos Humanos sobre o ordenamento interno ordinário, confirmado pela *House of Lords* no famoso caso *Factortame Ltd. V. Secretary of State for Transport* (93 *ILR*, p. 652).

Assim, também o Reino Unido vem dando mostras de uma verdadeira revisão de conceitos. O Parlamento já não mais se mostra um soberano absoluto. O

⁵⁹ Art. 55 da Constituição da França de 1958: “*Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.*”

⁶⁰ Art. 28 da Constituição da Grécia de 1975: “*The generally recognized rules of international law and the international conventions after their ratification by law and their having been put into effect in accordance with their respective terms, shall constitute an integral part of Greek law and override any law provision to the contrary.*”

⁶¹ A Constituição da Argentina, no inciso 24 do Artigo 75, estabelece que “*Corresponde ao Congresso: aprovar tratados de integração que deleguem competências e jurisdição a organizações supraestatais em condições de reciprocidade e igualdade, e que respeitem a ordem democrática e os direitos humanos. As normas ditadas em sua consequência têm hierarquia superior às leis.*”

⁶² SHAW, Malcolm N. *International Law*. 5ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. pp. 151-162.

“*European Communities Act*”, de 1972, atribuiu ao direito comunitário europeu hierarquia superior em face de leis formais aprovadas pelo Parlamento⁶³.

Nos Estados Unidos Mexicanos, apesar de a Constituição não trazer norma expressa nesse sentido, a Suprema Corte de Justicia de la Nación vem interpretando o art. 133 do texto constitucional no sentido de que os tratados internacionais se situam abaixo da Constituição, porém acima das leis federais e locais⁶⁴.

Ressalte-se, ainda, que em diversos países os tratados internacionais são utilizados como parâmetro de controle de leis internas. Nesse sentido, o Prof. Christian Tomuschat relata a experiência singular da Bélgica, Luxemburgo e Holanda que admitiam o controle de leis ordinárias internas pelo disposto na Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) antes de possibilitar o próprio controle de constitucionalidade.

Interessante notar que, até hoje, a Finlândia não possui uma Corte Constitucional, nem os juízes estão autorizados a realizar o controle de constitucionalidade das leis, mas a CEDH pode obstar a aplicação das leis internas⁶⁵.

⁶³ TOMUSCHAT, Christian. *Das Bundesverfassungsgericht im Kreise anderer nationaler Verfassungsgerichte*, in Peter Badura e Horst Dreier (org.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, 2001, Tübingen, Mohr-Siebeck, v. 1, p. 249.

⁶⁴ “Localización: Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXV, Abril de 2007, p. 6, tesis P. IX/2007, aislada, Constitucional.

Rubro: TRATADOS INTERNACIONALES SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.

La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente debajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario ‘pacta sunt servanda’, contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional”.

⁶⁵ TOMUSCHAT, Christian. “Das Bundesverfassungsgericht im Kreise anderer nationaler Verfassungsgerichte” in BADURA & DREIER. *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*. 1º vol.

Na Grécia e na Áustria, a Convenção Europeia de Direito Humanos tem *status* constitucional, enquanto na Alemanha esse tratado possui, na prática, prioridade em face do direito interno (*faktischen Vorrang der EMRK vor deutschen Recht*)⁶⁶.

Enfim, o Supremo Tribunal Federal proferiu uma decisão histórica⁶⁷. O Brasil adere agora ao entendimento já adotado em diversos países no sentido da *supralegalidade* dos tratados internacionais sobre direitos humanos na ordem jurídica interna.

Se tivermos em mente que o Estado constitucional contemporâneo é também um Estado cooperativo – identificado pelo Professor Peter Häberle como aquele que não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais⁶⁸ –, se levarmos isso em consideração, podemos concluir que acabamos de dar um importante passo na proteção dos direitos humanos em nosso país e em nossa comunidade latinoamericana.

Não podemos nos esquecer que o Brasil está inserido nesse contexto latinoamericano, no qual estamos todos submetidos a uma ordem comunitária em matéria de direitos humanos; uma ordem positiva expressada na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), cuja proteção jurídica segue avançando a passos largos pelo profícuo trabalho realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos⁶⁹.

Devemos caminhar juntos na construção de um direito constitucional latinoamericano, no qual a proteção dos direitos seja um dever indeclinável de todos e

Tübingen: Mohr Siebeck, 2001. p. 247-249.

⁶⁶ STREINZ, Rudolf. *Europarecht*. 7ª ed. Heidelberg: Muller Verlag, 2005. Rn 73-75 p. 29-30.

⁶⁷ STF, Pleno, RE nº 349.703, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, julg. em 3.12.2008.

⁶⁸ STF, Pleno, RE nº 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. em 3.12.2008.

⁶⁹ HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 75-77.

⁶⁹ Cfr.: LANDA ARROYO, César (comp.). *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: Palestra; 2005.

cada um dos Estados. São as lições que podemos retirar da obra desse magnífico constitucionalista que é Peter Häberle⁷⁰.

6. Conclusões

Ao término dessas análises, pode-se constatar a forte presença do pensamento de Peter Häberle na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal.

A citação de doutrina e de precedentes estrangeiros pelos Tribunais Supremos e Cortes Constitucionais constitui um dos principais focos do debate atual em tema de jurisdição constitucional⁷¹.

O Supremo Tribunal Federal tem utilizado o direito comparado como parâmetro para suas decisões, ainda que isso não seja decisivo na formação de sua jurisprudência. Não há um regramento legal ou regimental para o exercício dessa atividade pelo Tribunal, fato que não tem representado qualquer obstáculo a uma ordenada utilização de precedentes desenvolvidos em outros países.

Tanto a doutrina como a jurisprudência do direito comparado são invocadas nos votos proferidos pelos Ministros da Corte, que o fazem como forma de qualificação do debate e de aprofundamento das análises e argumentações desenvolvidas nos julgamentos. O resultado pode ser observado em decisões extremamente bem fundamentadas, com o conseqüente aperfeiçoamento da jurisprudência do Tribunal.

É inegável que o direito comparado exerce forte influência na jurisprudência dos Tribunais Constitucionais na atualidade. Há que se levar em conta, nesse sentido, que a comparação de direitos fundamentais pode ser qualificada, como

⁷⁰ HÄBERLE, Peter. Mexico y los contornos de un derecho constitucional común americano: un *ius commune americanum*. In: HABERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, Trad. Héctor Fix-Fierro. Mexico : Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, pp. 21-23.

⁷¹ Cfr.: SLAUGHTER, Anne-Marie. *A typology of transjudicial communication*. In: HeinOnline -- 29 U. Rich. L. Rev. 138 1994-1995. *Idem*. *Judicial globalization*. In: HeinOnline -- 40 Va. J. Int'l L. 1103 1999-2000. *Idem*. *A global community of Courts*. In: HeinOnline -- 44 Harv. Int'l L.J. 191 2003.

assim o faz Peter Häberle, como o quinto método da interpretação constitucional, ao lado dos clássicos métodos desenvolvidos por Savigny⁷².

Seguindo essa tendência, o Supremo Tribunal Federal permanece aberto à produção doutrinária e jurisprudencial desenvolvida no direito comparado. Esse processo se intensifica diante da perspectiva de um crescimento cada vez maior dos processos de intercâmbio entre as Cortes, Tribunais e Salas Constitucionais dos diversos países. A cooperação entre órgãos de jurisdição constitucional inegavelmente favorece o intercâmbio de informações entre os Tribunais⁷³.

É nesse contexto que a doutrina de Peter Häberle vem sendo incorporada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Não se pode negar, dessa forma, que há uma tendência atual de que o intercâmbio de conhecimentos entre os diversos órgãos de jurisdição constitucional, principalmente em nosso ambiente latinoamericano, seja decisivo na construção, ainda que paulatina, de um direito constitucional comum na região. A difusão do pensamento de Häberle em países latinoamericanos certamente pode constituir a causa, e ao mesmo tempo ser a consequência, desse importante processo de formação de um direito constitucional comum latinoamericano.

⁷² HÄBERLE, Peter. *El concepto de los derechos fundamentales*. In: *Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado - B.O.E; 1994, p. 109.

⁷³ Cfr.: VALE, André Rufino do. *Intercâmbio e cooperação internacional entre órgãos de Jurisdição Constitucional*. Observatório da Jurisdição Constitucional Ano 2008/2009 – IDP – ISSN 1982-4564, www.idp.edu.br.