

O Supremo Tribunal Federal e o Argumento de Direito Constitucional Comparado: Uma Leitura Empírica a partir dos Casos de Liberdade de Expressão no Brasil

*The Supreme Court and the Comparative Constitutional Law's Argument: An Empirical Reading from the Cases of Freedom of Expression in Brazil**

Cecilia Caballero Lois**

Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Rio de Janeiro-RJ, Brasil

Gabriel Lima Marques***

Universidade Federal do Amapá – UNIFAP, Macapá-AP, Brasil

1. Introdução

Se no passado, conforme a lição de Weinrib¹, o uso do direito constitucional comparado esteve praticamente restrito aos processos de edição de novas cartas políticas², nos dias correntes é bem certo que a prática de se referir a experiências estrangeiras passou a também ser encontrada de

* A pesquisa que deu origem a este artigo teve financiamento da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior no âmbito do Projeto Conjunto de Cooperação em Pesquisa: Limites e Possibilidades da Eficácia da Prestação Jurisdicional no Brasil (Edital 020/2010/CAPES/CNJ).

** Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professora dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Pesquisadora de Produtividade do CNPQ. Pesquisadora do Projeto CNJ/CAPES, equipe UFRJ. E-mail: cecilialois@gmail.com.

*** Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Especialista em Direito e Saúde pela Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca – ENSP da Fundação Oswaldo Cruz – FIOCRUZ. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor (40H/DE) de Direito Constitucional da Universidade Federal do Amapá – UNIFAP. Advogado. E-mail: gabriel-marques@hotmail.com.

1 2002, pp. 3-4.

2 Isso não quer dizer que tal prática tenha encontrado seu fim, em verdade, ela continua ainda hoje sendo muito importante, bem como extremamente corriqueira. Só que somada a esta agora, chama a atenção também a rica atividade do uso do constitucionalismo comparado pelas supremas cortes (CHOUDHRY, 2006, p. 13).

modo regular nos domínios da jurisdição constitucional, seja vinculada a tradição jurídica do *common law*³, seja pertencente à família romano-germânica⁴.

Tais tribunais, através de um processo de justificação discursiva⁵, vêm se apropriando do material comparado assim como se faz com os conselhos de alguém mais experiente, para tomar decisões⁶ sobretudo em casos que envolvam questões de natureza complexa⁷. Quer dizer, quando uma corte se encontra diante de dissensos nos quais os materiais jurídico-positivos não conseguem dar conta⁸, o elemento forasteiro, durante o progresso da tarefa interpretativa, acaba funcionando, por consequência, como um importante argumento de persuasão⁹.

Considerando aí a importância da opção que é feita caso a caso pelos magistrados no sentido de se valer deste recurso, este artigo tem por objetivo justamente compreender como tal fenômeno se delinea no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Antes, porém, de darmos prosseguimento à análise dos elementos recolhidos pela pesquisa que se procurará expor na

3 Este grupo, aliás, como salienta Andrea Lollini (2012, p. 56), está até mesmo mais habituado com este tipo de atividade, já que desde o século XIX, até boa parte ainda do século XX, países hoje como Nova Zelândia, Austrália, África do Sul, Índia, Hong Kong, Canadá, e outros da região do Caribe, antigas colônias e domínios do então Império Britânico, estiveram submetidos à jurisdição do *Judicial Committee of the Privy Council of the United Kingdom*, corte final de apelação para casos da órbita do Direito privado, e que tinha como prática o uso do referencial comparado.

4 Cf. PEGORARO, 2008, pp. 406-407.

5 Por este tipo de processo, leia-se, o ato de juízes se utilizarem argumentativamente das experiências estrangeiras, discutindo-as, analisando-as, distinguindo-as, ou ainda as tomando emprestado, de modo a justificarem uma posição por eles adotada (HARDING, 2003, p. 425).

6 Cf. BRUDNER, 2004, p. VIII.

7 Também conhecidos como *hard cases*, o que segundo David Fontana (2001, p. 558) significa “[...] os casos nos quais um novo problema é apresentado a corte, e onde ainda que as fontes apontem em uma determinada direção, não houve ainda nenhuma experiência prática de como uma decisão em uma direção ou em outra vai funcionar [...]”.

8 Cf. TUSHNET, 1999, pp. 1230-1231; CHOUDHRY, 2006, p. 4.

9 Aqui é importante destacar, à luz do que pontua Christopher McCrudden (2000, p. 502), a diferença que existe entre argumento de autoridade e argumento persuasivo. Enquanto em relação ao primeiro, o juiz deve aplicar e seguir, sendo por ele, até mesmo, limitado, o argumento persuasivo por outro lado, não o vincula. É o que, aliás, também aponta Frederick Schauer (2008, pp. 1931-1936), com a diferença, porém, de que o argumento persuasivo para o autor seria chamado de “razão substantiva”, enquanto que o argumento de autoridade, nomeado de “razão independente de conteúdo”. No que toca a “razão substantiva”, esta seria como o fato das pessoas olharem para os dois lados, antes de atravessarem as ruas, em razão de não quererem ser atropeladas. A segurança é uma razão substantiva. Já, quanto a “razão independente de conteúdo”, esta em contraste, seria semelhante a uma criança que obedece seu pai ou sua mãe que lhe diz, “por que eu disse” não por que compreende as razões substantivas de tal determinação, mas sim por que seus pais assim lhe ordenaram.

sequência, revela-se apropriado em uma primeira oportunidade apresentar sucintamente o porquê de serem utilizados aqui os casos de liberdade de expressão, enquanto pano de fundo para se perceber de que forma o Supremo Tribunal Federal, através de seus ministros, se porta quando estes se utilizam do constitucionalismo comparado para a resolução das questões que lhes são colocadas.

Assim, embora se mostre possível a abertura de diversas e numerosas frentes de investigação, sendo a liberdade de expressão, na linha pontuada por Waldron,¹⁰ um direito que se encontra incorporado ao rol do grupo de questões a que ele nomeia como sendo de controvérsias políticas substantivas¹¹, a mesma por consequência vem se desvelando enquanto um espaço propício e fértil para a presença de desacordos¹².

Em tais situações, onde no geral o texto constitucional, as teorias existentes, e os precedentes jurisprudenciais, não conseguem dar conta do litígio posto, a utilização de referências estrangeiras de natureza constitucional tem figurado enquanto uma ferramenta de uso recorrente adotada pelos mais variados tribunais ao redor do mundo¹³, razão pela qual se entendeu aqui ser oportuna a realização de um recorte temático em seus contornos¹⁴.

Acontece que, posicionada esta consideração de caráter propedêutico, na sequência, o questionamento que se imputa a ser perseguido passa por outro lado, pela necessidade de se revelar como fora conduzida a pesquisa

10 1999, pp. 227-228.

11 Leia-se, problemas de natureza complexa nos quais normalmente há uma divergência razoável entre os cidadãos. Tais questões envolvem, dúvidas, por exemplo, a respeito dos limites da liberdade de expressão, tais como a natureza das restrições, o escopo e a extensão das mesmas, bem como, sobre a sua duração.

12 Cf. CHOUDHRY, 1999, p. 941.

13 Apenas para que se tenha uma visão panorâmica desta afirmação, em três importantes textos que se esmeram por refletir à respeito do uso do material estrangeiro no âmbito da interpretação do Texto Magno, quais sejam, o “*The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation*” (2012), do jurista Gabor Halmai, o “*Refined Comparativism in Constitutional Law*” (2001), da autoria de David Fontana, além do “*Globalization in Search of Justification*” (1999), escrito por Sujit Choudhry, em todos, inúmeros foram os casos citados da jurisprudência norte-americana, canadense, israelense, e alemã, onde a matéria em discussão era justamente a liberdade de expressão.

14 Ora, além de todas as democracias constitucionais terem virtualmente como objetivo a proteção da liberdade de expressão, as mesmas acabam enfrentando semelhantes conflitos quando a liberdade de expressão se choca com outros valores constitucionais, incluindo aqui, por exemplo, a igualdade, a dignidade da pessoa humana, e a intimidade. Desta forma, considerações sobre como outras nações reconciliaram esses concorrentes – e conflitantes – valores, acabam nestes domínios sendo vistos pelos juízes enquanto capazes de fornecer importantes *insights* para o regime constitucional doméstico da liberdade de expressão, no qual os mesmos se encontram insertos (KROTOSZYNSKI, 2006, p. XIV).

que aqui se intenta relatar seus resultados. Neste sentido, pode-se dizer que inquietações como: o conceito de liberdade de expressão, os procedimentos de busca e seleção adotados nesta pesquisa, bem como as ponderações acerca das singularidades que particularizam o uso do material alienígena pelos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) serão questões a serem respondidas, a fim de organizar os próximos itens para uma compreensão global do estudo.

2. Desenvolvimento da pesquisa e primeiras observações

A presente investigação se deu a partir da seleção, leitura e compilação de acórdãos do Supremo Tribunal Federal (STF), nos quais constasse o tema da liberdade de expressão enquanto matéria em debate. Como não há uma definição unívoca¹⁵ do significado e da abrangência deste direito fundamental¹⁶, vale destacar, para que fosse alcançado êxito no curso da pesquisa a que se propôs aqui desenvolver acabou se mostrando necessária a adoção de uma metodologia que permitisse a condução do estudo de modo, tanto mais completo, como também o mais racional possível.

Desta forma, levando-se em conta ao mesmo tempo os núcleos do artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁷, e dos artigos 5º, inciso IV¹⁸, e 220¹⁹, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²⁰, foram consultadas no sítio do STF constante da internet e a partir da aba jurisprudência, as seguintes palavras-chave: “liberdade de manifestação de pensamento”, “liberdade de expressão”, “liberdade de opi-

15 Não é a toa que Jonas Machado (2002, p. 370) emprega a este direito a expressão “direito-mãe”, já que abrange em seu conteúdo inúmeros tipos de liberdades comunicativas.

16 Muito em razão também, de como salienta Adrienne Stone (2011, p. 406), existir uma multiplicidade de termos à que as constituições ao redor do mundo se valem para expressar esse direito, tais como “liberdade de discurso”, “liberdade de expressão”, “liberdade de comunicação”, dentre tantos outros.

17 Segundo o artigo XIX do documento adotado e proclamado pela assembleia geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, “[...] Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e de expressão, este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras [...]”.

18 “[...] é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato [...]”.

19 “[...] A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição [...]”.

20 A tentativa aqui foi de contemplar tanto o argumento humanista, quer dizer, aquele que acentua a liberdade de expressão como corolário da dignidade humana, quanto também o argumento democrático, aquele que acentua que o autogoverno postula um discurso político protegido das interferências do poder (BRANCO, 2011, p. 297).

nião”, “liberdade de ideias”, e “liberdade de informação”²¹. Em tal domínio, encontrou-se um universo de trinta e nove casos²², desde a promulgação da atual carta política²³, onde pelo menos um destes termos figurava na ementa. Do total, sete deles, o que corresponde a um montante de aproximadamente dezoito por cento, continham referências a experiências estrangeiras²⁴, já nos outros casos restantes não²⁵.

Considerando em um primeiro momento somente àqueles nos quais não houve citação de experiências alienígenas, um fator importante que vale aqui ser mencionado é o de que somente dois casos cuidavam da compatibilização abstrata entre norma infraconstitucional e a carta política²⁶. Nos demais, ou se estava diante do controle concreto de constitucionalidade, ou se estava perante o caso de competência originária ou mesmo recursal, que não extraordinária, da suprema corte²⁷. Além disso, tomando

21 Cabe observar que, o sistema constante do sítio do Supremo, faz uma varredura apenas das ementas e não das decisões como um todo. Exatamente por isso, é perfeitamente possível que inúmeras decisões tenham escapado à análise desta pesquisa.

22 A última data em que se atualizou esta pesquisa foi no dia 08/02/2014.

23 Eis aqui, portanto, o critério temporal para fins de desenvolvimento desta pesquisa.

24 ADI nº 4274 (Marcha da maconha); ADI nº 4451 MC-REF (Humor nas eleições); ADPF nº 130 (Lei de imprensa); HC nº 82.424 (Caso Ellwanger); AI nº 690.841 AgR/SP; AI nº 705.630 AgR/SC; AI nº 675.276 AgR/RJ (Críticas jornalísticas dirigidas a pessoas públicas).

25 RE nº 434.826; ARE nº 751.724; RE nº 571.151; HC nº 109.676; HC nº 106.808; ARE nº 685.520; AP nº 474; Inq nº 2.874; ARE nº 660.992; RE nº 555.320; ARE nº 638.730; RE 414.426; AO nº 1.390; RE nº 299.109; RE nº 606.451; Inq nº 2.332; AI nº 401.600; RE nº 389.096; RE nº 511.961; RE nº 554.772; Inq nº 2.297; AC nº 1.406 MC-QO; ADI nº 3.741; RE nº 327.414; HC nº 83.996; RE nº 221.239; HC nº 83125; RE nº 208.685; Inq nº 1.588; Pet nº 1.024; Pet nº 2.702 MC; ADI nº 869.

26 A referência aqui é a ADI nº 3741 no qual se alegava ofensa ao princípio da anterioridade através da lei nº 11.300 de 2006 por esta incorrer em mudança no processo eleitoral, bem como a ADI nº 869 onde se buscava a declaração de inconstitucionalidade de expressão contida no parágrafo segundo do artigo 247 da Lei nº 8.069 de 1990.

27 Exatamente por isso às questões aqui possuem uma natureza mais técnica, figurando, portanto, em um plano de debate de menor complexidade. É o que, aliás, se vê ao se agruparem os casos aqui elencados em razão da discussão principal, tal como feito na sequência. Grupo 1 – possibilidade ou não de responsabilização civil e/ou penal de parlamentar, em razão da cláusula de imunidade material (Inq nº 2.297; Inq nº 2874; RE nº 299.109; RE nº 606.451; Inq nº 2.332; AI nº 401.600; Inq nº 1.588; e Inq nº 1024); Grupo 2 – questões tipicamente processuais aqui incluídas tanto a vedação ao reexame de material fático-probatório (RE nº 571.151; ARE nº 638.730; RE nº 389.096; HC nº 109.676), quanto o não conhecimento de recurso extraordinário em razão de inconstitucionalidade reflexa ou oblíqua (ARE nº 685.520 e ARE nº 660.992), além, é claro, da impossibilidade de inovação do feito trazendo questões complementares à decisão por meio de agravo regimental (RE nº 554.772), a possibilidade ou não de antecipação de tutela através de ação cautelar em razão de recurso pendente de admissão no tribunal *a quo* (Pet nº 2.702), bem como a dúvida a respeito de se o dano moral aferido por instância ordinária revela ou não repercussão geral apta a dar seguimento a recurso extraordinário (ARE nº 751.724), e se é possível reconhecer efeito suspensivo à recurso extraordinário ainda pendente de julgamento (AC nº 1.406). Grupo 3 – significado e alcance da imunidade tributária contida no artigo 150, inciso VI, alínea

como base o mesmo montante de acórdãos, é possível também se perceber que em tal contexto, doze julgamentos, de um montante total de trinta e dois, se deram no âmbito do plenário²⁸, já, de modo diverso, nos vinte casos remanescentes a prestação jurisdicional foi oferecida em uma das duas turmas pelas quais se organiza o pretório excelso²⁹.

Na outra extremidade, isto é, levando-se em consideração os casos em que há a utilização do recurso proveniente da comparação constitucional, as aproximações passíveis de serem feitas acabam por caminhar em sentido completamente oposto. Isso por que, em primeiro lugar, em quatro dos sete casos acima mencionados, o julgamento se deu pelo plenário da corte, sendo que em três deles, a decisão foi proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade³⁰.

Já no tocante aos demais acórdãos, nestes as sentenças ao fim e ao cabo foram tomadas tanto no âmbito do controle concreto, como apenas e tão somente no contexto da segunda turma³¹. Como, porém, em todos os julgados realizados pelo órgão fracionado, cuidava-se, sem exceção, do mesmo assunto, qual seja, matéria jornalística que expunha fatos e veiculava opiniões em tom de crítica, se estava diante da relatoria de idêntico ministro, no caso, Celso de Mello, bem como, as citações proferidas foram exatamente as mesmas, torna-se até mesmo redundante dizer que tais idiosincrasias retiram destes julgados um pouco de representatividade, afinal, é nítido que a menção ao arcabouço alienígena dá-se aqui em razão da utilização aparente de um modelo, e não por conta da complexidade da causa³².

d da Constituição de 1988 (RE nº 434.826; RE nº 327.414; e RE nº 221.239). Grupo 5 – o *quantum*, a existência e a inexistência de dano moral (AO nº 1.390; RE nº 208.685). Grupo 6 – configuração ou não de tipo penal ou penal militar (AP nº 474; HC nº 106.808; HC nº 83.996; HC nº 83.125) e por último, Grupo 7 – a manutenção da jurisprudência da corte (RE nº 511.961; RE nº 555.320; e RE nº 414.426).

28 São eles: AP nº 474; Inq nº 2.874; RE 414.426; AO nº 1.390; Inq nº 2.332; RE nº 51.1961; Inq nº 2.297; ADI nº 3.741; Inq nº 1.588; Inq nº 1.024; Pet nº 2.702 MC; e ADI nº 869.

29 RE nº 434.826; ARE nº 751.724; RE nº 571.151; HC nº 109.676; HC nº 106.808; ARE nº 685.520; ARE nº 660.992; RE nº 555.320; ARE nº 638.730; RE nº 299.109; RE nº 606.451; AI nº 401.600; RE nº 389.096; RE nº 554.772; AC nº 1.406 MC-QO; RE nº 327414; HC nº 83.996; RE nº 221.239; HC nº 83.125; RE nº 208.685.

30 Constituem as ações de controle abstrato citados a ADI nº 4274; a ADI nº 4451 MC-REF; e a ADPF nº 130. Já o caso no qual se socorreu do material forasteiro no âmbito da competência recursal do STF foi o HC nº 82.424.

31 Trata-se do AI nº 690.841 AgR/SP; do AI nº 705.630 AgR/SC; e do AI nº 675.276 AgR/RJ.

32 Em tais casos, a citação foi *ipsis litteris*, a mesma em todos eles. Ver AI nº 690.841 AgR/SP, pp. 418-419; AI nº 705.630 AgR/SC, pp. 315-316; e AI nº 675.276 AgR/RJ, pp. 306-307.

De posse de tais informações, é possível afirmar, portanto, que, regra geral, quando do socorro ao aparato não-nacional para a resolução dos casos de liberdade de expressão que se lhes apresentam, os ministros que compõe a mais alta corte do País, tanto se acham presentes no pleno, quanto estão a realizar juízos em tese.

Acontece que como o objetivo perquirido por este trabalho é obter um perfil mais robusto das peculiaridades desta atividade, tal estratégia demanda a saída do plano das percepções de cunho mais generalista, para que se chegue até aquele no qual se concentram os pormenores. Neste patamar, a existência de uma verdadeira multiplicidade de informações é posta as claras, ocasião em que se percebeu novamente ser necessária a elaboração de um mecanismo que conferisse sistematicidade a pesquisa.

Assim sendo, buscou-se organizar este estudo por meio de questionamentos, a fim de facilitar os resultados obtidos, e assim agrupar os dados encontrados em duas categorias distintas: *quantitativa e qualitativa*. Abaixo, pode-se perceber como se estruturou tais blocos:

A – Análise das variáveis quantitativas discretas³³:

- 1º Questão – Qual fonte foi a mais citada? Texto constitucional, precedente jurisprudencial ou doutrina?
- 2º Questão – Qual foi o número de citação por ministros?
- 3º Questão – Quantas foram as fontes citadas por país?

B – Análise das variáveis qualitativas nominais³⁴:

- 1º Questão – Foram apresentadas justificativas do porquê serem utilizadas as referências empregadas, bem como o porquê de se ter dado preferência a um e não a outro registro? Se sim, quais foram estas?
- 2º Questão – De que forma foi manejado o material comparatista?
- 3º Questão – Enxergou-se, de algum modo, uma preocupação em se contextualizar o material importado?

33 Segundo Sérgio Carvalho e Weber Campos (2008, p. 10) “[...] variável discreta é a variável quantitativa que não pode assumir qualquer valor, dentro de um intervalo de resultados possíveis. É aquela obtida por meio de uma contagem, ou seja: a variável discreta nós contamos. Exemplos: quantas pessoas moram na sua casa? Quantos livros você tem em sua estante? Quantos carros importados você tem em sua garagem? [...]”.

34 Segundo Carvalho e Campos (2008, p. 11), “[...] se a variável qualitativa é de tal forma que não possamos verificar uma ordem, uma hierarquia, então diremos que a variável é nominal. Por exemplo, uma pesquisa para saber a religião de um grupo de pessoas. As respostas não são numéricas, logo a variável é qualitativa, e entre estas respostas não se pode estabelecer qualquer hierarquia [...]”.

- 4º Questão – Houve a indicação, ou pôde ser percebido algum cuidado metodológico nesta prática?
- 5º Questão – Foi direcionada alguma crítica por algum outro ministro? Se sim, qual?

3. Análise das variáveis quantitativas discretas

No tocante a primeira das três variáveis quantitativas, a que cuida de saber qual é a soma que corresponde a cada um dos diferentes tipos de fonte estrangeira utilizados pelos magistrados nos casos em exame, pôde se contabilizar, excluindo-se, por óbvio, às vezes em que no mesmo voto se faz menção à idêntica referência³⁵, um universo absoluto e expressivo de noventa e um registros.

Diante disso, observou-se com surpresa em virtude de nossa vinculação à tradição jurídica do *Civil Law*³⁶, que setenta deles eram formados por precedentes jurisprudenciais. Em tal grupo, trinta casos foram citados uma única vez³⁷, já outros quatorze julgados, quais sejam, *New York Times v. Sullivan* (376 US 254, 1964), *Abrams v. United States* (250 US 616, 1919), *Whitney v. California* (274 US 357, 1927), *Schenk v. United States* (249 US 47, 1919), *Hustler Magazine v. Falwell* (485 US 46, 1988), *Shaare Tefila Congregation v. Coob* (481 US 615, 1987), *Mandela and another v. Dowell Lee and another* (UKHL 7, 1982), Sentenças nº 6 de 1981, nº 12 de 1982,

35 Trata-se de prática muito comum entre os magistrados, rememorar a todo momento uma referência alienígena anteriormente citada em seu voto.

36 Embora, de uma maneira geral, isso não tenha causado tanta estranheza, já que como alerta Ken Kersch (2005, p. 377), nas últimas duas décadas, os juízes cada vez mais vêm congregando e compartilhando ideias institucionais e jurisprudenciais entre si.

37 Quais sejam: 1) *Patterson v. Colorado* (205 US 454, 1907); 2) *United States v. Williams* (553 US 285, 2008); 3) *Virginia v. Black et al.* (538 US 343, 2003); 4) *Pierce v. United States* (252 US 239, 1920); 5) *Gitlow v. New York* (268 US 652, 1925); 6) *Rosenblatt v. Baer* (383 US 75, 1966); 7) *Curtis Publishing Co. v. Butts* (388 US 130, 1967); 8) *Associated Press v. Walker* (389 US 28, 1967); 9) *Rosenbloom v. Metromedia* (403 US 29, 1971); 10) *Miller v. California* (413 US 15, 1973); 11) *Terminiello v. Chicago* (337 US 1, 1949); 12) *R.A.V. v. City of St. Paul* (505 US 377, 1992); 13) *Texas v. Johnson* (491 US 397, 1989); 14) *Hague v. Committee for Industrial Organization* (307 US 496, 1939); 15) *Iorfida v. Macintyre* (93 CCC 3d 395, 1994); 16) Sentença nº 214 de 1999 do Tribunal Constitucional Espanhol; 17-20) Decisões de 10 e 11 de outubro de 1984, 18 de setembro de 1986 e 27 de julho de 2000, do Conselho Constitucional Francês; 21) Caso *Lebach* (BVerfGE 35, 202, 1973); 22) Caso *Spiegel* (BVerfGE 20, 62, 1966); 23) Caso *Klaus Mann* (BVerfGE 30, 173, 1971); 24) Caso do Romance Pornográfico (BVerfGE 83, 130, 1990); 25) Caso do Livro sobre a Guerra (BVerfGE 90, 1, 1994); 26) Caso *Schmid-Spiegel* (BVerfGE 12, 113, 1961); 27) Caso *Blinkfuer* (BVerfGE 25, 256, 1969); 28) Caso *Solidaritätsadresse* (BVerfGE 44, 197, 1977); 29) *United States v. Lemrick Nelson* (68 F.3d 583, 2d Cir.1995) e 30) *Reynolds v. Sims* (377 US 533, 1964).

nº 104 de 1986, nº 171 de 1990 e nº 176 de 1995 do Tribunal Constitucional Espanhol, Caso *Lüth* (BVerfGE 7, 198, 1958), e Caso dos Soldados Assassinos (BVerfGE 93, 266, 1995)³⁸, demonstrando eles fruírem de uma maior receptividade entre os ministros, foram lembrados repetidamente em mais de uma ocasião.

No universo dos registros remanescentes, é interessante destacar que em dez deles a menção se deu direta ou indiretamente a uma Doutrina estrangeira, isto é, a uma referência bibliográfica alienígena na qual encontram-se comentários à respeito de um texto constitucional que não o brasileiro, ou de uma jurisprudência pertencente a outro ordenamento. Em tal domínio, e funcionando cada uma destas citações enquanto um suporte às opiniões desenvolvidas pelos magistrados nos seus votos, foram encontradas alusões tanto a autores norte-americanos como Cass Sunstein³⁹, Owen Fiss⁴⁰, Ronald Dworkin⁴¹ e Alexander Meiklejohn⁴², como também a juristas espanhóis e alemães, caso de Sérgio Fernando Moro⁴³, Pablo Salvador Coderch⁴⁴, Ingo Richter, Gunnar Schuppert⁴⁵ e Göran Rollnert Liern⁴⁶.

No âmbito, por outro lado, dos onze últimos registros, estes associados cada qual à menção expressa de um texto básico, viu-se que nestas paragens a citação fora feita tanto aos artigos 1º e 5º da lei fundamental de *Bonn*⁴⁷, quanto também foram citados um trecho da redação da primeira

38 Tratando de saber a quantidade das repetições de cada um destes precedentes, pode se sublinhar aqui que *New York Times v. Sullivan*, um *leading case* no qual a *Supreme Court* decidiu que só poderia haver condenação de alguém por atentado contra a honra caso fosse constatada um *reckless disregard*, isto é, um dolo ou uma negligência grave na publicação de notícias falsas, foi citado quatro vezes. Também as Sentenças nº 6 de 1981, nº 12 de 1982, nº 104 de 1986, e nº 171 de 1990, todas do Tribunal Constitucional Espanhol, foram citadas quatro vezes só que pelo mesmo ministro, Celso de Mello, em casos diferentes. Por último, tanto os casos *Shaare Tefila Congregation v. Coob* e *Schenk v. United States* foram lembrados três vezes, quanto os casos *Abrams v. United States*, *Whitney v. California*, *Hustler Magazine v. Falwell*, *Mandela and another v. Dowell Lee and another*, a Sentença nº 176 de 1995 do Tribunal Constitucional Espanhol, o Caso *Lüth*, e o Caso dos Soldados Assassinos, foram eles mencionados duas vezes cada um.

39 Ver ADPF nº 130, Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 215.

40 Ver ADPF nº 130, Voto do Ministro Menezes Direito, p. 89.

41 Ver ADPF nº 130, Voto do Ministro Menezes Direito, pp. 93-95.

42 Ver ADPF nº 130, Voto do Ministro Gilmar Mendes, pp. 216-217.

43 Ver ADPF nº 130, Voto do Ministro Celso de Mello, p. 157.

44 Ver HC nº 82424, Aditamento do Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 970.

45 Ver HC nº 82424, Voto do Ministro Gilmar Mendes, pp. 660-661.

46 Ver HC nº 82424, Aditamento de Voto do Ministro Gilmar Mendes, pp. 967-969.

47 A menção tanto ao artigo 1º quanto ao 5º foi feita na ADPF de nº 130 pelo ministro Gilmar Mendes (ADPF nº 130, Voto do Ministro Gilmar Mendes, pp. 228-232). Já citação ao artigo 5º, por outro lado, foi desempenhada também pelo ministro Dias Toffoli no curso do julgamento da ADI nº 4451. (ADI nº 4.451 MC-REF, Voto do Ministro Dias Toffoli, p. 64).

emenda à carta magna dos Estados Unidos⁴⁸, e um elenco de vários artigos pertencentes às constituições de alguns estados que compõem a Federação Norte-Americana⁴⁹.

Posto isso, a leitura do gráfico abaixo permite uma visualização mais coerente das informações levantadas:

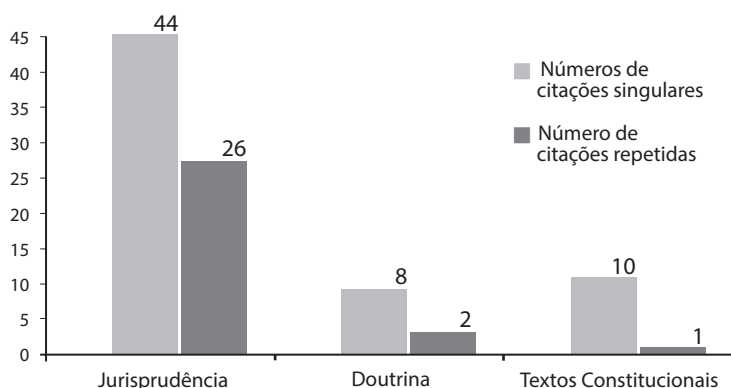


Figura 01 – Tipologia e quantidade do material citado nos casos sob estudo.

A partir das informações trazidas, surgem duas outras relevantes indagações de caráter quantitativo, uma comprometida a identificar qual foi o ministro que mais se utilizou das referências estrangeiras catalogadas, e outra destinada a saber de onde essas mesmas provêm. No que se refere à primeira delas, pode se observar que do total de registros contabilizados, em não menos do que trinta e sete vezes, número que corresponde a aproximadamente quarenta e quatro por cento deste montante, a menção a algum aparato alienígena foi realizada pelo ministro Gilmar Mendes.

Já em outras em vinte e uma oportunidades, a alusão feita ficou a cargo do ministro Celso de Mello. Em onze e dez oportunidades cada qual, as citações foram conduzidas respectivamente pelos juízes Menezes Direito e Marco Aurélio. E por fim, em três vezes cada, o arcabouço forasteiro foi lembrado pelos ministros Maurício Correa e Dias Toffoli, e em outras duas

48 Ver ADPF nº 130, Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 209.

49 Art. XII, New Hampshire; Art. XLIII, Carolina do Sul; Art. 1º, Sec. 5, Delaware; art. XII, Pennsylvania; Art. XXXVIII, Maryland; Art. IV, sec. 3, Geórgia; e art. XVI, Massachusetts. (ADPF nº 130, Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 209).

oportunidades, também cada, pelos ministros Moreira Alves, Ayres Britto e Cezar Peluso. Desta verificação, embora se possa diagnosticar um acentuado relevo da mencionada prática no corpo das manifestações do ministro Gilmar Mendes, mediante a figura abaixo, é possível constatar também, o fato de que boa parte dos magistrados, mesmo em número comparativamente mais reduzido, recorreu igualmente ao uso do argumento de direito constitucional comparado em seus votos.

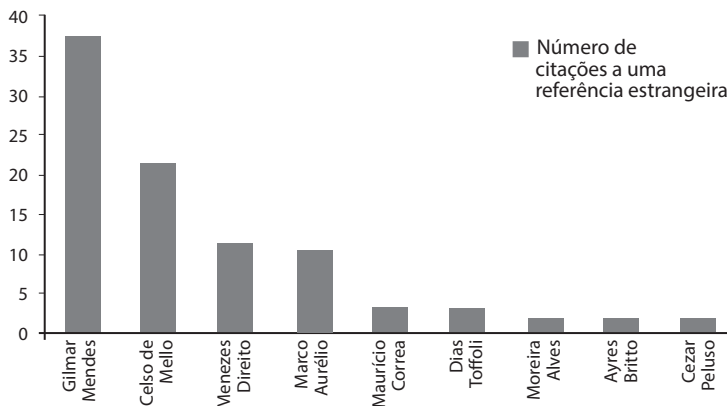


Figura 02 – Número de citações a uma referência estrangeira por ministro.

Na sequência destas notas, e tratando-se enfim de apontar os resultados concernentes ao último questionamento deste item, perceber-se que do montante de quarenta e quatro precedentes jurisprudenciais mencionados, pondo-se de lado agora as repetições, vinte e dois deles eram de procedência Norte-Americana⁵⁰, dez, contudo, tinham origem alemã⁵¹, seis

50 *Patterson v. Colorado* (205 US 454, 1907); *Abrams v. United States* (250 US 616, 1919); *Whitney v. California* (274 US 357, 1927); *United States v. Williams* (553 US 285, 2008); *New York Times v. Sullivan* (376 US 254, 1964); *Schenk v. United States* (249 US 47, 1919); *Virginia v. Black et al.* (538 US 343, 2003); *Pierce v. United States* (252 US 239, 1920); *Gitlow v. New York* (268 US 652, 1925); *Rosenblatt v. Baer* (383 US 75, 1966); *Curtis Publishing Co. v. Butts* (388 US 130, 1967); *Associated Press v. Walker* (389 US 28, 1967); *Rosenbloom v. Metromedia* (403 US 29, 1971); *Miller v. California* (413 US 15, 1973); *Hustler Magazine v. Falwell* (485 US 46, 1988); *Terminiello v. Chicago* (337 US 1, 1949); *R.A.V. v. City of St. Paul* (505 US 377, 1992); *Texas v. Johnson* (491 US 397, 1989); *Hague v. Committee for Industrial Organization* (307 US 496, 1939); *Shaare Tefila Congregation v. Cobb* (481 US 615, 1987); *United States v. Lemrick Nelson* (68 F.3d 583, 2d Cir.1995); *Reynolds v. Sims* (377 US 533, 1964).

51 Caso *Lüth* (BVerfGE 7, 198, 1958); Caso *Lebach* (BVerfGE 35, 202, 1973); Caso *Spiegel* (BVerfGE 20, 62, 1966); Caso *Klaus Mann* (BVerfGE 30, 173, 1971); 33); Caso do Romance Pornográfico (BVerfGE 83, 130, 1990); Caso dos Soldados Assassinos (BVerfGE 93, 266, 1995); Caso do Livro sobre a Guerra (BVerfGE 90, 1, 1994); Caso *Schmid-Spiegel* (BVerfGE 12, 113, 1961); Caso *Blinkfüer* (BVerfGE 25, 256, 1969); Caso *Solidaritätsadresse* (BVerfGE 44, 197, 1977).

derivavam da Espanha⁵², quatro eram de proveniência francesa⁵³, um era oriundo do Canadá⁵⁴ e o outro restante tinha natureza britânica⁵⁵. De outra monta, considerando-se somente a Doutrina alienígena explicitada, viu-se em tal âmbito que quatro dos trabalhos que foram lembrados eram de autores de nacionalidade estadunidense, dois, porém, de escritores espanhóis, e outros dois ainda de juristas germânicos⁵⁶. Por último, no que toca às referências de ordem textual, vale também o registro de que neste composto, oito dos materiais citados tinham origem *ianque*, e os dois últimos possuíam natureza alemã⁵⁷.

A partir de uma leitura simples destes dados, percebe-se claramente que em contraste com o arcabouço oriundo de outras nações, existe um especial relevo conferido àqueles procedentes dos Estados Unidos. Para se compreender o porquê desta realidade que, aliás, não causa tanta surpresa, já que se trata de uma tendência estatística comum também em outros contextos⁵⁸, duas são as explicações que se revelam possíveis e que podem aqui ser ventiladas: uma de cunho histórico específico e outra associada à *expertise*.

Quanto à interpretação de caráter histórico, esta instala suas raízes no Decreto nº 848 de 1890. Editado ainda durante o governo provisório, e sob a influência de Campos Salles, o referido diploma criado com a finalidade de organizar toda a justiça federal, chama à atenção pela abertura contida em seu artigo 386. De acordo com o dispositivo “[...] os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de *common law* e *equity* [...]” seriam subsidiários da jurisprudência federal.

52 Sentenças 6 de 1981, 12 de 1982, 104 de 1986, 171 de 1990, 176 de 1995 e 214 de 1999 do Tribunal Constitucional Espanhol.

53 Decisões de 10 e 11 de outubro de 1984, 18 de setembro de 1986 e 27 de julho de 2000, do Conselho Constitucional Francês.

54 *Torfida v. Macintyre* (93 CCC 3d 395, 1994).

55 *Mandela and another v. Dowell Lee and another* (UKHL 7, 1982).

56 Como já dito anteriormente os autores citados foram, os norte-americanos Cass Sunstein, Owen Fiss, Ronald Dworkin, e Alexander Meiklejohn, os espanhóis Sérgio Fernando Moro e Pablo Salvador Coderch, e os alemães, Ingo Richter em trabalho escrito com Gunnar Schuppert, e Göran Rollnert Liern.

57 A referência mais uma vez aqui é ao artigo 1º e 5º da Lei Básica da Alemanha de 1949, a primeira emenda à constituição dos Estados Unidos da América de 1791, bem como aos artigos XII, XLIII, 1º, Sec. 5, XII, XXXVIII, IV, Sec. 3, e XVI respectivamente das constituições dos estados norte-americanos de New Hampshire Carolina do Sul, Delaware, Pennsylvania, Maryland, Georgia, e Massachusetts.

58 Cf. RAUTENBACH, 2013, p. 198; SAUNDERS; STONE, 2013, p. 33.

Tal enunciado, unido a implantação logo em seguida de uma jurisdição constitucional por aqui nos moldes do modelo *ianque*⁵⁹, transformou-se na porta de entrada para o estabelecimento de uma cultura que mesmo com o passar dos anos e com as alterações legislativas subsequentes, continua viva ainda hoje entre os ministros do Supremo, qual seja, a de observar preferencialmente o que é produzido no contexto jurídico estadunidense. A essa visão, e de forma a complementá-la, a leitura que por outro lado atribui ênfase a *expertise*, tende ainda a indicar, na linha do que aponta Christopher McCrudden⁶⁰, que a inclinação para o material de origem estadunidense pode estar associada também ao nível de experimentação de um direito, o que se tratando de liberdade de expressão, sabe-se ser bem avançado por lá⁶¹.

Ocorre, porém, que a par de tudo o que fora exposto, isto é, em cima somente dos resultados alcançados pelas variáveis quantitativas, não se perfaz claro ainda, como os “parâmetros constitucionais extra-sistêmicos”⁶² vêm sendo de fato integrados às manifestações dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Tais informações, embora auxiliem na composição geral do quadro, não oferecem uma visão detalhada desta prática. Por isso a importância dos dados qualitativos para a concretização deste estudo.

4. Análise das variáveis qualitativas nominais

Ao analisar os elementos categóricos desta pesquisa, a primeira das questões que neste ponto se procurará oferecer respostas, cuida de saber se quando da utilização do material comparatista de natureza constitucional nos casos estudados os ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal apresentaram alguma razão para tanto, bem como se justificaram o porquê de serem elencadas as referências de alguns países em prejuízo de outros.

Partindo dessa dúvida, mostra-se cabível apontar de uma vez, que não foram constatadas explicitamente quaisquer preocupações em tal direção, isto é, significa dizer que na fundamentação de suas decisões, os membros de corte maior brasileira se valem estrategicamente de experiências constitucionais estrangeiras, e as tomam enquanto elementos motivadores de

59 Cf. OLIVEIRA, 2008, p. 16.

60 2000, p. 517.

61 Cf. BARENDT, 1994, p. 57.

62 Cf. LOLLINI, 2007, p. 62.

seus posicionamentos, contudo, acobertados pelo princípio da livre convicção⁶³, os mesmos não têm por costume manifestar justificativas tanto sobre o que os instigou a fazer uso deste aparato, quanto sobre o que os levou a terem escolhido aqueles oriundos de um local e não os provenientes de outro⁶⁴. Neste sentido, será essa então, sempre uma opção de foro íntimo⁶⁵, que entre os cidadãos não é dado a saber⁶⁶.

Todavia, embora tal seja a regra, numa leitura mais atenta dos votos, percebeu-se em contrapartida a existência de algumas pistas, que ao menos permitem lançar luzes aqui sobre as razões que podem eventualmente ter orientado os juízes neste aspecto. Isso é perceptível, por exemplo, com a manifestação do ministro Dias Toffoli na ADI nº 4.451 MC-REF, e com o pronunciamento do ministro Marco Aurélio no HC nº 82424. Onde, em ambos os casos, reclamam a atenção os títulos a que cada um dos magistrados deu ao trecho de seus votos onde os mesmos fizeram constar o material alienígena.

No caso de Toffoli este foi: “[...] III. Casos concretos de limitação à liberdade de expressão. A experiência internacional no controle das liberdades comunicativas [...]”⁶⁷. Já no caso de Marco Aurélio a designação foi: “[...] 3. O modo pelo qual a jurisprudência comparada vem lidando com questões relativas ao princípio da liberdade de expressão [...]”⁶⁸. Ora, valendo-nos de tais colocações o que se pode deduzir das duas legendas, é que talvez uma possível causa que pode ter orientado os ministros a listarem alguns julgados constantes do *case Law* de outros países, tenha sido a possibilidade de mirando o *know how* que os mesmos traziam consigo⁶⁹, instruírem melhor seus posicionamentos.

63 A ideia de que o julgador pode utilizar qualquer fundamento que entenda necessário para resolver a causa, mesmo que não alegado pelas partes, e desde que a decisão venha suficientemente motivada, é atribuída pela doutrina ao chamado “Princípio do Livre Convencimento Motivado”, consagrado no art. 131 do Código de Processo Civil: “[...] o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento [...]”.

64 O que acaba tornando tais motivos indetectáveis (BENVENUTO, 2006, p. 2743).

65 Em certa medida isso acaba por corroborar uma das críticas ao uso do constitucionalismo comparado pelas cortes, a que defende que como até o momento não se articulou um coerente e consistente método de seleção do material estrangeiro a ser usado, tal fato resulta em uma aplicação orientada e auto-servente (BENVENUTO, 2006, p. 2739).

66 Cf. GLENSY, 2005, p. 401

67 ADI nº 4.451 MC-REF, Voto do Ministro Dias Toffoli, p. 63.

68 HC nº 82.424, Voto do Ministro Marco Aurélio, p. 902.

69 Cf. MCCRUDDEN, 2000, p. 517.

Tal fato é o que se pode inferir também de um trecho da manifestação do ministro Gilmar Mendes no âmbito do julgamento da ADPF nº 130. Na ocasião, após um extenso pronunciamento de aproximadamente vinte páginas, onde se dedicou a apresentar considerações a respeito da liberdade de expressão e de imprensa, tanto no contexto jurídico norte-americano quanto no alemão, o magistrado se posicionou nos seguintes termos:

[...] faço essas análises, buscando lições do direito comparado, para concluir que a ordem constitucional de 1988 abre espaço para uma lei de imprensa instituída para proteger outros princípios constitucionais, especialmente os direitos à honra e à privacidade, enfim, à dignidade humana, assim como para proteção da própria atividade jornalística e de comunicação em geral [...] ⁷⁰.

De modo diverso a estas aproximações, acresça-se ainda outra construída também sobre um voto do ministro Gilmar Mendes, só que dessa vez no julgamento do “Caso Ellwanger”. Na oportunidade, logo após fazer menção a dois doutrinadores que debruçados sobre a jurisprudência da suprema corte espanhola, chegavam à conclusão de que o entendimento daquele tribunal era no sentido de que a utilização da liberdade de expressão para negar a dignidade humana, estaria fora da proteção constitucional, declarou o magistrado que estava convencido de que uma concepção dos direitos fundamentais que não fosse liberal não poderia dar guarida a manifestações antisemitas tão intensas como aquelas que constavam dos autos.

Acrescentando, disse também que “[...] o indeferimento do habeas corpus na espécie, seria fundamental para a afirmação de uma concepção de exercício dos direitos fundamentais no contexto de sociedades democráticas que não se compatibilizam com a prática de intolerância militante e com ataques à dignidade de grupos ou etnias [...]” (HC nº 82424, Aditamento do voto do ministro Gilmar Mendes, p. 971). Com esta passagem, o que se pode cogitar é que o julgador assinalou indiretamente que a opção por se valer neste particular da experiência espanhola, foi importante para que se visse como uma nação de reconhecido *background* democrático vinha se posicionando neste campo, direção esta, aliás, que, de acordo com ele também, deveria ser seguida para que o Brasil se firmasse como membro que se sabe ser desta comunidade. Tal leitura, acaba, inclusive,

70 ADPF nº 130, Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 235.

por corroborar em certa medida, o primeiro dos dez fatores que segundo Christopher McCrudden⁷¹, favorecem a esta prática, o de que quanto mais próximo for o regime político, maior por consequência é o grau de relevância das soluções jurídicas externas adotadas.

Outro ponto de interesse deste item ajusta-se ainda no sentido de esclarecer como o arcabouço alienígena foi manuseado pelos togados. A título de resposta, impinge-nos destacar que no universo de casos à que se vêm analisando no curso desta pesquisa, foram encontradas três formas de se lidar com este material⁷², a transcrição, a identificação da *ratio decidendi*, esta, aplicável apenas para o caso específico de um precedente jurisprudencial, e a citação de passagem⁷³. No que tange ao ato de transcrever, observou-se tanto que raras foram às vezes em que um juiz deixou de cumprir com a tradução livre do material importado⁷⁴, quanto também que ao adotarem esta variedade, os magistrados reproduziam trechos esparsos das mais distintas referências, e ofereciam quando muito, uma opinião simplista e até mesmo forçada em relação ao conteúdo das mesmas. É o caso, por exemplo, contido na manifestação do ministro Celso de Mello na ADPF de nº 130:

[...] Se assim não fosse, os atos de caluniar, de difamar, de injuriar e de fazer apologia de fatos criminosos, por exemplo, não seriam suscetíveis de qualquer reação ou punição, porque supostamente protegidos pela cláusula da liberdade de expressão. Daí a advertência do juiz Oliver Wendell Holmes Jr., proferida em voto memorável, em 1919, no julgamento do caso *Schenk v. United States* {249 U.S 47, 52}, quando, ao pronunciar-se sobre o caráter relativo da liberdade de expressão, tal como protegida pela Primeira Emenda

71 2000, p. 516.

72 Todas elas, importante sublinhar, estão sendo utilizadas indiscriminadamente, tanto em uma perspectiva positiva, isto é, quando uma corte mira o material estrangeiro com olhares de aprovação, quanto também em um viés negativo, ou seja, quando um tribunal, a partir de uma perspectiva interna, observa as falhas de outros regimes constitucionais (FONTANA, 2001, p. 551).

73 De certa forma isso reforça o catálogo quanto à extensão da referência às fontes alienígenas, elaborado em trabalho escrito por Luiz Magno Pinto Bastos Júnior e Alini Bunn (Não Publicado, pp. 29-30).

74 As duas únicas exceções que se viu no universo dos votos estudados estão contidas na manifestação do ministro Gilmar Mendes na ADPF nº 130. Em tal ensejo, o magistrado reproduziu um comprido trecho da obra "*Political Freedom: the constitutional powers of the people*", da autoria de Alexander Meiklejohn, todo ele sem traduzi-lo para o vernáculo, bem como um médio excerto do pronunciamento do *justice* Holmes no âmbito do caso *Abrams v. United States* (250 US 616, 1919). Para mais informações ver ADPF nº 130, Voto do Ministro Gilmar Mendes, pp. 212-217.

à Constituição dos Estados Unidos da América acentuou que ‘a mais rígida proteção da liberdade de palavra não protegeria um homem que falsamente gritasse fogo num teatro e assim, causasse pânico’, concluindo, com absoluta exatidão, em lição inteiramente aplicável ao caso, que ‘a questão em cada caso é saber se as palavras foram usadas em tais circunstâncias e são de tal natureza que envolvem perigo evidente e atual de se produzirem os males gravíssimos que o Congresso tem o direito de prevenir. É uma questão de proximidade e grau’. É por tal razão que a incitação ao ódio público contra qualquer pessoa, povo ou grupo social não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão [...]’⁷⁵.

Já no tocante ao esforço de assinalar os fundamentos determinantes de um julgado extra-sistêmico, o que de modo diverso chamou à atenção foi que para tanto e em regra, os magistrados valeram-se da estratégia de construir uma síntese do caso, condensando esta normalmente em curtos parágrafos ou itens sem maiores elucubrações⁷⁶. Além disso, pôde-se verificar também que outro subterfúgio muito adotado pelos ministros neste patamar, foi ainda a transcrição de frases soltas e desconexas de uma sentença estrangeira, e a indicação destas expressa ou sutilmente, como sendo informativas, segundo um juízo pessoal, das teses jurídicas que orientaram a decisão. Em tais contornos, configura-se enquanto um paradigma desta lógica, o seguinte trecho retirado do voto do ministro Dias Toffoli no âmbito da ADI nº 4451 MC-REF:

[...] É oportuno citar o famoso caso dos ‘soldados assassinos’ {*soldaten sind morder*} [...]”. “[...] Em decisões extremamente apertadas, o tribunal alemão determinou o reenvio dos casos à origem, por entender que as cortes locais não poderiam deixar de analisar a ocorrência de aparente abuso na liberdade de expressão dos que atribuíram aos militares à qualidade de assassinos. Segundo os juízes alemães ‘da mesma forma, a liberdade de expressão cede espaço, em regra, à proteção da honra no caso de expressões detrimen-
tosas, que

75 ADPF nº 130, Voto do Ministro Celso de Mello, pp. 158-159.

76 Um bom exemplo aqui se trata do voto do ministro Marco Aurélio no HC nº 82424. Em tal oportunidade, o ministro apresentou uma lista de casos em itens distintos sem, porém, se preocupar tanto em realizar qualquer reflexão mais apurada sobre eles, quanto ainda em conectar o conteúdo deles, apenas se preocupando em apresentá-los estanqueamente, como um rol de exemplos diversos onde seria possível ver como foram solucionados os conflitos entre a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais encontrados em outras jurisdições. Ver HC nº 82.424, Voto do Ministro Marco Aurélio, p. 903.

se apresentam como insulto ou difamação {BVerfGE 61, 1, 12}'. 'Desse modo, uma crítica exacerbada ou até ofensiva por si mesma não transforma a expressão em ignominiosa. Tanto mais ocorre quando, na expressão, não esteja em primeiro plano o debate do tema, mas o {intuito} de difamar a pessoa. Deve essa também revestir-se da depreciação da pessoa, além da crítica polêmica e exagerada {BVerfGE 82, 272, 283, s.}'. 'Por essa razão a crítica ignominiosa {contida} em expressões sobre um tema que toque essencialmente a opinião pública é tida como presente em caráter excepcional, e, de qualquer sorte, permanecerá limitada à denominada disputa entre particulares {cf. BGH, NJW 1974, p. 1762}'. Há vários outros julgados do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre o tema. As circunstâncias de uma decisão de natureza cautelar não me permitem estender na enumeração desses importantes precedentes da experiência constitucional estrangeira [...]⁷⁷.

Por último, levando-se em conta o manejo realizado pela mera referência, isto é, quando a citação a um material alienígena é tomada somente enquanto um reforço de jaez erudito, simples menção de passagem que nada expõe, inova, nem contribui, a não ser para ornar superficialmente a argumentação conduzida por um juiz, o que se pode constatar foi que tal fórmula, por dispensar outras diligências conexas, como seria o caso da tradução, foi justamente aquela que desfrutou de um considerável favoritismo entre os magistrados.⁷⁸ Um bom exemplo capaz igualmente de ajudar a perceber como a mesma é levada adiante está na manifestação do ministro Marco Aurélio no julgamento do HC nº 82.424:

[...] À medida que se protege o direito individual de livremente exprimir as ideias, mesmo que estas apareçam absurdas ou radicais, defende-se também a liberdade de qualquer pessoa manifestar a própria opinião, ainda que afrontosa ao pensamento oficial ou ao majoritário. É nesse sentido que, por inúmeras ocasiões, a Suprema Corte Americana, em hipóteses a evidenciar verdadeiras colisões de direitos fundamentais, optou pela primazia da liberdade de ex-

77 ADI nº 4.451 MC-REF, Voto do Ministro Dias Toffoli, pp. 64-65.

78 Para corroborar quantitativamente esta nota, mostra-se oportuno destacar que, dos noventa e um registros encontrados nesta pesquisa, nos quais havia uma referência a um aparato comparatista de natureza constitucional, e que já foram vistos mais deitadamente em um momento anterior, em nada menos do que quarenta e cinco deles, ou seja, soma que corresponde a quase cinquenta por cento desse total, a menção foi feita através da fórmula da mera referência.

pressão, mesmo quando resultasse em acinte aos valores culturais vigentes {por exemplo, pornografia, no caso *Miller v. California*} ou em desrespeito à imagem de autoridades e pessoas públicas, como no caso *Falwell v. Hustler Magazine, Inc.* [...] ⁷⁹.

Ora, de posse destes dados representativos, o que a primeira vista deles se pode inferir, é que mesmo havendo distintas formas de manusear o arcabouço comparatista de natureza constitucional, tal fato não impediu que o mesmo fosse assumido pelos magistrados somente enquanto um componente acessório e retórico ⁸⁰. Isso porque, como se deixou transparecer ilustrativamente acima, algo também observado nos demais registros, em nenhum instante se viu este material sendo investido na função de agregar fundamentos capazes de favorecer o alcance de um determinado resultado ⁸¹.

Na realidade, e como denunciam as próprias expressões responsáveis comumente por introduzi-lo nos votos, quais sejam, “cabe referir”, “é oportuno”, “veja a esse propósito” e tantas outras ⁸², sua utilidade foi sempre a de complementar com exemplos ⁸³, variando estes apenas quanto ao seu grau de exposição e conseqüentemente de convencimento ⁸⁴, as razões substanciais que guiavam o pronunciamento do ministro ⁸⁵. Exatamente

79 HC nº 82.424, Voto do Ministro Marco Aurélio, p. 875.

80 Afinal, na mesma linha do que pontua Osmar Benvenuto (2006, p. 2.752), a forma através da qual a corte lida superficial e reduzidamente com as referências estrangeiras, indica que os juízes estão pouco preocupados com os benefícios materiais que o material alienígena pode prover, e mais interessados no seu uso para fins persuasivos.

81 Cf. SMITS, 2006, p. 488.

82 De certa forma, essas podem ser consideradas as versões nacionais dos termos “útil”, “proveitoso” e “instrutivo” a que Taavi Annus (2004, pp. 315-316) chama a atenção como sendo os que determinam o fato de um tribunal não estar se valendo normativamente de referências estrangeiras.

83 Também conhecido como uso de propósito informacional. O mesmo, embora anule boa parte dos possíveis benefícios que com a prática da referência aos elementos estrangeiros, se indica poder alcançar, tem como vantagem o fato de ao alterar pouco a opinião da corte, conseqüentemente torna difícil a diminuição do controle democrático (BENVENUTO, 2006, pp. 2.753-2.754).

84 Isso porque, de acordo com Osmar Benvenuto (2006, p. 2742), ao contrário dos precedentes domésticos que são utilizados normalmente sem maiores reflexões, quanto mais o ministro refletir sobre os precedentes estrangeiros por ele citados, mais autoridade persuasiva ele terá.

85 É o que, inclusive, se pode concluir também a partir de uma rápida leitura das ementas constantes dos acórdãos à que neste trabalho se têm estudado. A título demonstrativo cabe referir neste ponto, por exemplo, o HC nº 82424. Nele, embora várias fossem as referências a uma fonte estrangeira, encontradas nas manifestações de distintos ministros, dos dezesseis tópicos constantes da ementa em somente parte de um deles foi feita menção ao uso desse material. E mesmo ali, a impressão claramente que se tem, a partir da forma como foi redigido o texto, é a de que o seu uso foi meramente ilustrativo, e nem de longe

por assim ser, abre-se espaço então para enquadrar o Supremo enquanto uma corte adepta ao uso *soft* do constitucionalismo comparado⁸⁶. Afinal, na esteira do que pontua Taavi Annus⁸⁷, esse é o rótulo aplicável quando as referências estrangeiras, o que é o caso, são admitidas pelos juízes não como argumentos normativos, mas sim enquanto elementos úteis a reiterar os objetivos por eles traçados na lavra de suas manifestações.

A essa observação pode-se acrescentar outra que responde a terceira das cinco questões que se busca solucionar com este item, qual seja, a dúvida sobre se houve, quando do manejo das referências importadas, um cuidado em se fornecer o contexto das mesmas, ou não. Para tanto, mostra-se de suma importância colocar em destaque o fato da contextualização, para os fins deste *paper*, não se confundir com o ato de explicar, ou clarificar os contornos que envolvem o cenário de um aparato que porventura esteja sendo citado. Embora essa seja uma prática muito comum entre os ministros⁸⁸, a intenção deste estudo que com ela não se confunde, é tanto por saber se os magistrados empenharam-se em situar o material comparado no ambiente normativo do qual o mesmo provinha, quanto também e mais do que isso, se tiveram a preocupação de ir adiante e localizá-lo na atmosfera fática⁸⁹ na qual o mesmo se encontrava⁹⁰.

substantivo. Vejamos, portanto: “[...] manifestações da Suprema Corte norte-americana, da câmara dos lordes da Inglaterra e da corte de apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizam a prática de racismo [...]” (HC nº 82.424, Ementa, p. 524).

86 Trata-se da forma mais comum entre as cortes, diga-se de passagem (ANNUS, 2004, p. 315).

87 2004, p. 303.

88 Apenas a título ilustrativo, tendo em vista serem muitas às vezes que os magistrados do STF procuram esclarecer os meandros do material por eles citados, vale a pena destacar o seguinte trecho do voto do ministro Marco Aurélio no âmbito do HC nº 82.424. Na ocasião, o mesmo explica o que se deu no caso dos Soldados Assassinos (BVerfGE 93, 266) da seguinte forma: “[...] Determinadas pessoas foram acusadas e condenadas por crime de insulto à honra das forças armadas e de soldados individuais por terem escrito faixas, cartas e folhetos com afirmações de que ‘soldados são assassinos’ ou ‘soldados são assassinos em potencial’. O tribunal constitucional reconheceu não ser hipótese de crime contra a honra, e que, no caso, prevaleceria a liberdade de manifestação de opinião, esclarecendo que o fato de as declarações haverem sido formuladas de maneira polêmica não as excluem do âmbito de proteção aos direitos fundamentais. Os manifestantes teriam direito a tornar suas opiniões conhecidas, podendo até mesmo escolher as circunstâncias por meio das quais obteriam maior disseminação das ideias. O tribunal destacou ainda que a proteção à honra somente prevaleceria se as expressões utilizadas contra grupos coletivos atingissem pessoalmente a honra dos indivíduos daquela coletividade, o que não aconteceu no caso concreto [...]” (HC nº 82.424, Voto do Ministro Marco Aurélio, pp. 903-904).

89 Isto é, se procuraram relacionar o aparato estrangeiro ao seu meio sociopolítico, ou ainda se cuidaram de demonstrar as consequências empíricas de sua adoção no contexto de onde o mesmo era originário.

90 Como destaca Stephen Breyer (2003, pp. 267-268) “[...] a quantidade de informação necessária,

Neste sentido, além de se notar serem escassos os registros nos quais os juízes se dedicaram a esta atividade, o que já de pronto denota a perniciosa existência de uma baixa adesão para com ela⁹¹, percebeu-se ainda nas únicas ocasiões encontradas, que a mesma foi direcionada apenas na tentativa de alumiar pobremente, vale dizer, o contexto normativo do arcabouço não-nacional que se fez uso⁹².

Sendo assim, é possível afirmar que o uso do constitucionalismo comparado nos domínios do tribunal brasileiro maior, pelo menos no que diz respeito aos casos de liberdade de expressão, trata-se ainda de uma prática levada à cabo de maneira deficiente⁹³. Isso porque, ao negligenciarem na maior parte das vezes o entorno normativo, e em todas elas, os fatores políticos, sociais e econômicos, que como é sabido, condicionam o direito constitucional⁹⁴, os ministros com isso acabam por assimilar as referências estrangeiras de modo raso e parcial⁹⁵, dando azo, inclusive, para o emprego destas de forma distorcida⁹⁶.

Um bom e esclarecedor exemplo aqui, trata-se de um trecho do pronunciamento do ministro Marco Aurélio no HC nº 82.424. Na oportunidade, ignorando toda a discussão político-jurídica subjacente ao caso

porém, vai depender da natureza e da extensão das diferenças que existem entre o sistema interno e o estrangeiro, a forma como o material alienígena está sendo usado, e o grau de importância que a ele é dado na fundamentação do pronunciamento [...]”.

91 Afinal, de certa forma acaba por reforçar uma das principais objeções quanto ao uso do constitucionalismo comparado pelas supremas cortes, a que defende que os juízes tendem a utilizar este material com total desconsideração para com o contexto da onde os mesmos provêm (ROSENFELD, 2001, p. 68).

92 Neste âmbito, e de viés elucidativo, cabe aqui destacar uma passagem extraída do voto do ministro Celso de Mello no curso de sua análise da ADPF de nº 130. Nela, logo após o magistrado se reportar ao caso *Virginia v. Black et al* (538 US 343, 2003), e descrever a conclusão a que a *Supreme Court* norte-americana havia chegado, de que não seria incompatível com o texto da primeira emenda, uma lei penal que punisse como delito o ato de queimar uma ou várias cruzes, posicionou-se o magistrado, deixando nítida a relevância da supradita decisão em relação ao seu contexto legal, da seguinte maneira: “[...] Em tal julgamento, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América – cuja jurisprudência em torno da Primeira Emenda orienta-se no sentido de reconhecer, quase incondicionalmente, a prevalência da liberdade de expressão (adotando, por isso mesmo, o critério da *‘preferred position’*) – proclamou, não obstante, que essa proteção constitucional não é absoluta, sendo lícito ao Estado punir certas manifestações do pensamento cuja exteriorização traduza comportamentos que veiculem propósitos criminosos [...]” (ADPF nº 130, Voto do Ministro Celso de Mello, pp. 162-163).

93 Cf. MIRANDA, 1970, p. 41.

94 Cf. VERGOTTINI, 2004, p. 28.

95 Cf. MURKENS, 2008, p. 13.

96 Isso por que: “[...] a tarefa daquele que realiza a comparação não pode ser simplesmente a de encontrar regras e suas funções, mas sim e, sobretudo, analisar o contexto em que ditas regras atuam e quais são os problemas que delas derivam. Chegar a conhecer ambos os contextos, constitui uma condição necessária para se empreender qualquer atividade de comparação que seja efetiva [...]” (SCARCIGLIA, 2011, p. 111).

Texas v. Johnson (491 US 397, 1989)⁹⁷, bem como as consequências que decorreram da sentença nele proferida⁹⁸, o referido juiz limitou-se simplesmente a dizer que a *Supreme Court* estadunidense “[...] fixou o entendimento de que atear fogo à bandeira norte-americana, configurava-se como uma espécie de manifestação de pensamento, protegida pela primeira emenda à Constituição [...]” (HC nº 82.424, Voto do Ministro Marco Aurélio, p. 906).

Ora, tal como assevera Fontana⁹⁹, nem de longe esta utilização do referencial alienígena, pode ser tomada enquanto “comparativamente refinada”¹⁰⁰. Isso porque, ao omitir as demais nuances e idiosincrasias do caso, e conseqüentemente desenhar um quadro incompleto dele, o juiz acabou não deixando claro qual era o grau de sua relevância para a demanda em questão¹⁰¹, já que como se sabe, quanto mais diferenças contextuais existem, menos desejável, por consequência, um aparato estrangeiro se torna para a importação¹⁰².

Dando prosseguimento, outro ponto que também demanda interesse neste trabalho, diz respeito a saber se quando do emprego do material extra-sistêmico, houve a indicação ou pode ser percebido algum cuidado metodológico por parte dos juizes que compõem o Supremo. Nesta perspectiva, importa de uma vez destacar, que como entre nós, à luz do que já

97 A discussão central e que desde muito se encontra no cenário político norte-americano, dizia respeito a saber se outros atos como este de queimar a bandeira, estariam abrigados ou não pela primeira emenda, já que esta expressamente apenas fala sobre o discurso falado e escrito. Ora, apesar de vencida a tese de que a profanação do símbolo nacional constituía sim um ato de expressão, reiterando assim a corte, sua jurisprudência não restritiva neste âmbito, faz-se importante destacar que o tema nem de longe pode se considerar pacífico, basta ver que o resultado final foi proclamado com o placar de cinco votos a favor e quatro dissidentes.

98 Dos cinquenta estados da federação estadunidense, quarenta e oito deles à época, também possuíam leis semelhantes ao do estado do Texas, proibindo o desrespeito para com símbolos nacionais. Como, porém, partir da decisão, todas elas foram declaradas inconstitucionais, tal fato acabou provocando grande comoção social na sequência. Apenas para que se tenha uma ideia, vale destacar que capitaneadas principalmente pelos republicanos, mas não apenas, várias foram as tentativas nos anos seguintes, de se aprovar no Congresso uma emenda à constituição, que permitisse ao parlamento a elaboração de uma lei a nível nacional, no sentido de se proibir a queima de bandeiras.

99 2001, p. 617.

100 Uma corte “refinada comparativamente”, olha para o seu contexto e o compara com o contexto da fonte que pretende importar, para decidir se as diferenças são ou não significativas o suficiente para que seu uso seja evitado (FONTANA, 2001, p. 602).

101 Cf. FONTANA, 2001, p. 556; SAUNDERS, 2006, p. 67

102 Afinal, entendendo o contexto no qual uma referência se encontra, abre-se caminho para que se saiba quando se deve utilizá-la e quando não (SAUNDERS; STONE, 2013, p. 23).

fora visto nos vários registros transcritos acima, este recurso é costumeiramente empregado sem qualquer preocupação com o detalhamento de etapas ou passos percorridos¹⁰³, além do que, ou é de igual modo, utilizado por meio de subterfúgios muito díspares que variam aleatória, e incoerentemente, caso a caso, ministro a ministro, e até mesmo fonte a fonte, a identificação de um padrão, de uma uniformidade, que nos permitisse apontar circunstancialmente, para a presença de uma dinâmica procedimental regular e própria em nossa corte maior, mostrou-se por isso como sendo de difícil alcance.

No entanto, a despeito deste impasse, o mesmo não nos impediu de enxergar em algumas passagens, ainda que poucas, certos traços de semelhança com alguns dos métodos oferecidos por Tushnet e Choudry. Ainda que, por óbvio, isso não signifique dizer que estes tenham sido, de fato, adotados pelos juízes, até porque, seria contraproducente fazer tal afirmação, já que ausentes em seus votos elementos o bastante para sustentá-la.

Na realidade, o que se procurou deixar ceido, é o fato de existirem em algumas ocasiões, vestígios de que ou um dos modelos foi abraçado só que não expressamente, ou ainda um deles foi seguido só que involuntariamente. Um paradigma, aliás, que auxilia a corroborar tal percepção, pode ser encontrado no pronunciamento do ministro Gilmar Mendes na ADPF de nº 130. Em um dos muitos trechos de seu voto, transcrito logo abaixo, é difícil não notar, principalmente quando da última frase ali contida, uma correspondência entre o que o magistrado informa ter por objetivo realizar, e aquilo a que Tushnet denomina como o método do universalismo normativo, ou ao que Choudry nomeia como sendo o método universalista simplesmente.

Isso porque, como ambos partem de idêntico pressuposto, qual seja, o de que o constitucionalismo implica na adoção de inúmeros princípios, tais como, o da participação política, o de igual tratamento abaixo da Lei, o de liberdade de consciência, o de liberdade expressão e tantos outros, por consequência, o que se espera dos magistrados, quando estes se propõem a desempenhar uma pesquisa optando por qualquer um dos dois métodos,

103 Muito em conta talvez, por que como desconfia Ferraz Júnior (2013, p. 293), no processo decisório “[...] embora formalmente primeiro apareça a regra, depois a descrição do caso e por fim a conclusão, na verdade, o decisor tenderia a construir a decisão por um procedimento inverso, intuindo primeiro a conclusão a que se deve chegar, para então buscar regressivamente suas premissas [...]”, dentre elas, o material alienígena.

é a de que os mesmos efetuem uma comparação entre as distintas versões de como um idêntico postulado é trabalhado em outros locais, para que a partir deste exercício se possa melhor entendê-lo¹⁰⁴. Como se pode perceber na sequência é exatamente isso o que o ministro Gilmar Mendes se projeta a realizar:

[...] No debate permanente entre a liberdade absoluta e a liberdade restrita a jurisprudência das cortes produziu duas vertentes ou duas concepções sobre o significado ou o conteúdo da liberdade de imprensa. Nos Estados Unidos da América, formaram-se duas tradições ou dois modelos de interpretação da 1º Emenda: a primeira, uma concepção liberal, enfatiza o bom funcionamento do ‘mercado das ideias’ e remonta ao voto dissidente de Oliver W. Holmes no famoso caso *Abrams*; a segunda, uma concepção cívica ou republicana, resalta a importância da deliberação pública e democrática e tem origem, além dos fundamentos lançados por James Madison, no voto de Louis D. Brandeis no caso *Whitney v. California*, culminando no famoso caso *New York Times Co. v. Sullivan*. [...] Na Alemanha, o Tribunal Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*), por meio de uma jurisprudência constante que possui marco inicial no famoso caso *Lüth*, construiu o conceito de dupla dimensão, duplo caráter ou dupla face dos direitos fundamentais, enfatizando, por um lado, o aspecto subjetivo ou individual, e por outro, a noção objetiva ou o caráter institucional das liberdades de expressão e de imprensa. Analisemos cada uma dessas tradições jurisprudenciais, que revelam o significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático [...]¹⁰⁵.

De acordo com o exposto, a mesma situação pode ser vista na manifestação do ministro Menezes Direito, por ocasião de idêntico julgamento. Em tal oportunidade, e logo após fazer menção à precedentes da Suprema Corte norte-americana e do Conselho Constitucional francês, o magistrado concluiu se expressando da seguinte forma: “[...] vê-se, portanto, que, do ponto de vista científico, a liberdade de expressão integra, necessariamente, o conceito de democracia política, porquanto significa uma plataforma de acesso ao pensamento e à livre circulação das ideias [...]” (ADPF nº 130, Voto do Ministro Menezes Direito, p. 90).

104 Cf. TUSHNET, 2008, pp. 05-06; CHOUDRY, 1999, p. 833.

105 ADPF nº 130, Voto do Ministro Gilmar Mendes, pp. 210-211.

Ora, o que se pode entender do excerto é que as referências estrangeiras não foram utilizadas pelo togado com o fito, por exemplo, de se compreender somente um cenário jurídico externo e qualquer, mas sim e em idêntica linha ao que como visto, é proposto tanto pelo método universalista, quanto pelo seu equivalente, o método do universalismo normativo, enquanto exemplos capazes de auxiliar o juiz na tarefa de desenvolver uma compreensão geral e mais robusta do princípio em análise, na situação específica, a liberdade de expressão¹⁰⁶.

Contudo, ocorre que a exceção de ambos os casos, nenhum outro com características que também pudessem indicar uma simetria com um dos métodos apresentados por Tushnet e Choudry pôde ser encontrado. Talvez, em relação ao funcionalista, por que como sublinha o próprio professor de Harvard¹⁰⁷, este é um tipo que tem por foco a comparação entre estruturas institucionais no plano positivo. Da mesma forma, com relação ao método contextualista, este, como já visto, contextualizar não é uma preocupação à que nossos ministros procuram se colocar. Além disso, quanto o da *bricolage*, este possivelmente por que o mesmo implica em incertezas e riscos bastante consideráveis¹⁰⁸. Já no que tange ao genealógico, como assume Choudry¹⁰⁹, este é restrito a um pequeno conjunto de países que possuem entre si uma relação normativa familiar. Quanto ao dialógico, a razão pode estar contida no fato de sê-lo complexo demais, já que demanda serem perseguidas três etapas para o seu sucesso¹¹⁰. E por último, e mais provável, é possível que a causa seja ainda, tanto o desconhecimento, quanto o desprezo por estas estratégias.

Seja como for, e mesmo que não sejam qualquer uma destas suposições, certo é que a ausência de mais exemplos apenas reforça que o uso do material estrangeiro, pelos juízes que compõem o Supremo, constitui-se,

106 É o que também sublinha Mark Tushnet (2008, p. 08), segundo o qual “[...] para os universalistas, princípios gerais tais como liberdade de expressão e o da dignidade humana, entram em conflito quando alguém realiza um discurso castigando um grupo racial ou religioso de uma nação. Examinando como outras nações acomodaram esses princípios, pode ser um exercício útil no desenvolvimento dos contornos de como qualquer nação deve lidar com o discurso do ódio [...]”.

107 Cf. TUSHNET, 2008, p. 08.

108 Segundo Günter Frankenberg (2012, p. 187) como ao se adotar este método, o magistrado se agarra a qualquer solução estrangeira sem conhecê-la suficientemente bem, o risco que se corre é o de que a importação seja rejeitada pelo poder das elites ou da sociedade civil, ou não seja adaptável a cultura constitucional existente e ao arranjo institucional.

109 1999, p. 907.

110 Cf. CHOUDRY, 1999, pp. 857-858.

de fato, e ao menos explicitamente, como uma prática metodologicamente precária.

Por derradeiro, a questão que se impõe ainda a saber é se os ministros em suas manifestações procuraram desempenhar alguma crítica quanto a isso, e quanto a qualquer outro aspecto controverso desta prática, ou se ao oposto se abstiveram de participar de maiores discussões neste curso. Em resposta a esta dúvida, e diversamente do que ocorre, sobretudo, no contexto norte-americano, onde, como se sabe, há um intenso debate protagonizado na maior parte das vezes pelos *Justices* Antonin Scalia e Stephen Breyer¹¹¹, sempre sobre importantes questões relacionadas ao uso do material de direito constitucional comparado pela *Supreme Court*, o que se viu entre nós, a partir da observação dos pronunciamentos dos juízes, contidos nos casos à que aqui se têm estudado, foi que qualquer opinião mais elaborada ou debate mais intenso, que se amoldasse no sentido de se colocar contra ou de se refletir a respeito deste exercício, foi inexistente.

Assim, quando feita alguma objeção ou colocação, e somente duas foram às oportunidades em que isso se deu, as mesmas foram realizadas apenas tímida e superficialmente, sem que delas se seguisse qualquer polêmica¹¹². Um primeiro destes exemplos está contido na declaração perpetrada pelo ministro Moreira Alves no HC nº 82424. Na ocasião, malgrado o juiz tenha na sequência feito uso do arcabouço comparatista, o mesmo expôs suas reservas quanto a esta prática, pondo foco, conforme se pode ver abaixo, no aspecto cultural:

[...] prosseguindo, Sr. Presidente, quero fazer algumas considerações sobre os precedentes colhidos no direito comparado, tendo eu reservas quanto à interpretação do direito nacional com base no direito estrangeiro, porquanto as

111 Na linha do que salienta Gábor Halmai (2012, p. 1332): “[...] os diferentes argumentos normativos a respeito da relevância do material estrangeiro para a resolução de casos constitucionais, especialmente na prática da Suprema Corte norte-americana, podem ser extraídos de uma conversa entre o *Justice* Antonin Scalia e o *Justice* Stephen Breyer. Ambos concordam que o uso do direito comparado não possui autoridade, isto é, não possui a força de um precedente. Contudo, para Scalia, tal aparato não é nem legítimo, nem útil, enquanto para Breyer, o mesmo é tanto útil quanto legítimo, desde que seja considerado apenas e tão somente enquanto um elemento importante para o seu conhecimento e não como uma referência que possui autoridade [...]”.

112 Isso por que é costume no Supremo, o fato de que ao ser pronunciado algo controvertido, algum magistrado que queira com isso discordar ou ratificar, peça ao colega um aparte, ainda que interrompa a leitura do voto. Como não fora feita a transcrição de nenhum debate oral neste momento, isso nos leva a crer, portanto, que as únicas colocações feitas não chamaram nem de longe a atenção dos outros juízes.

tradições jurídicas, o raciocínio jurídico, o sistema jurídico e o ordenamento jurídico estão estreitamente vinculados com os aspectos culturais de um povo [...] (HC nº 82424, Voto do Ministro Moreira Alves, p. 608).

Já uma segunda vez, fica ainda pelo pronunciamento do ministro Marco Aurélio, emitido no curso do mesmo julgamento. Nele, e como se pode ver no trecho reproduzido logo a seguir, o togado em igual direção, mas com uma perspectiva distinta daquela elaborada pelo ministro Moreira Alves, direcionou a sua crítica para a ameaça que o referido material, segundo seu entendimento, poderia gerar para a identidade jurídica nacional, valendo-se para tanto dos seguintes termos:

[...] repita-se, inexistem no Brasil os pressupostos sociais e culturais aptos a tornar um livro de cunho preconceituoso contra o povo judeu verdadeiro perigo atentatório à dignidade dessa comunidade. O mesmo não pode ser dito, por exemplo, no tocante a países como a Alemanha. Por mais que hoje já esteja disseminada na cultura germânica a ideia de que o pensamento nazista foi uma aberração, as chagas dessa ferida ainda não restaram totalmente curadas. O direito de liberdade de expressão quanto a esse tema, naquele país, seria muito mais restrito, e um caso concreto viria a ser tratado com muitíssimo mais vigor. É imprescindível que a solução deste habeas passe necessariamente por um exame da realidade social concreta, sob pena de incidirmos no equívoco de efetuar o julgamento a partir de pressupostos culturais europeus, a partir de acontecimentos de há muito suplantados e que não nos pertencem, e, com isso, construirmos uma limitação direta à liberdade de expressão do nosso povo baseada em circunstâncias históricas alheias à nossa realidade [...] (HC nº 82424, Voto do Ministro Marco Aurélio, pp. 893-894).

Ora, apesar de ficar perceptivelmente manifesto, a partir da leitura destes excertos, que inexistem em nossa corte maior, uma aguerrida e significativa oposição à utilização de referências estrangeiras por aqueles que a compõe, tal constatação sugere consigo, porém, tanto um ponto positivo, quanto um ponto negativo. Positivo, porque com isso e ao que parece, todos os membros do Supremo, mesmo os autores das rasas críticas vistas acima¹¹³, compartilham de um idêntico senso de abertura e aceitação

113 Uma vez que isso não os impediu de na sequência de suas colocações, se utilizarem do aparato alienígena.

para com esta prática. Algo, por consequência, que situa nossa corte constitucional, segundo a classificação de Jackson¹¹⁴, no patamar de ser um tribunal que com ela é engajado¹¹⁵. Já negativo, por outro lado, pois a ausência de qualquer ponderação ou desaprovação levanta ainda e por fim, a suspeita de que o referido exercício é levado adiante pelos magistrados de forma acrítica. Quer dizer, os juízes simplesmente se utilizam do material comparatista, sem se interessarem, ato contínuo, por articularem qualquer reflexão sobre o que estão a fazer¹¹⁶.

5. Considerações finais

Pode-se perceber nesta pesquisa a clareza das peculiaridades demonstradas, estejam todas elas relacionadas apenas e diretamente com os casos de liberdade de expressão. Mas é igualmente provável, porém, que estas sejam bastante representativas de como a corte, de fato, atua. Sendo assim, faz-se importante que se acione aqui e de pronto, um sinal de cautela. Afinal, na esteira do que se pode averiguar, como a utilização do arcabouço alienígena pelo Supremo, tem sido levada à frente por seus juízes de modo embaçado, incoerente e mais do que isso, descomprometido, tal fato acaba concorrendo tanto para a diminuição das potencialidades do mencionado material, já que restringe e muito suas contribuições, quanto e da mesma forma, obstrui um necessário e possível controle de parte da função judicante, abrindo margem, por conseguinte, para a tomada de decisões arbitrárias e julgamentos ilegítimos.

Portanto, a fim de que se supere isso, ignorar como até então tem sido feito, certamente não é a melhor das soluções, o que se leva a crer que outra alternativa não há, senão uma que passe pelo encaminhamento de esforços intelectuais, sejam eles desempenhados pela academia, sejam eles levados

114 2007, p. 171.

115 Isso seria positivo, pois de acordo com Vicki Jackson (2009, pp. 130-131), os benefícios de uma postura de engajamento não se encerram apenas no fato de que através dela, as referências estrangeiras funcionam enquanto uma lente crítica que auxilia na tarefa de avaliar as necessidades e os valores de nosso próprio sistema, mas estão contidos também no fato de que ao existir múltiplas relações de engajamento, avaliação, crítica e apreciação, abre-se a partir daí a oportunidade para que cada democracia constitucional aperfeiçoe seu próprio sistema.

116 A ausência de reflexão dificulta em certa medida, tanto a correção de eventuais falhas, já que estas passam a não ser debatidas, quanto também o aprimoramento daquilo que apesar de bem articulado, pode ser aperfeiçoado.

adiante por aqueles que são os principais atores que da mencionada prática se socorrem, os magistrados, no sentido de se pensar em estratégias que possam se contrapor ou ao menos restringir estes efeitos deletérios. Isso por que, e valendo-nos do que muito bem coloca Austen Parrish¹¹⁷, o problema não está e nem se encontra no fato da corte fazer menção a referências estrangeiras para a resolução das causas que lhes são apresentadas, mas sim, reside no sucedido de como este aparato vem por ela sendo utilizado, ou seja, de forma pouco sofisticada pelo Supremo Tribunal Federal.

Referências Bibliográficas

- ANNUS, Taavi. Comparative constitutional reasoning: the law and strategy of selecting the right arguments. In: *Duke Journal of Comparative and International Law*, v. 14, 2004.
- BARENDT, Eric. Importing United States free speech jurisprudence. In: CAMPBELL, Tom; e SADURSKI, Wojciech. *Freedom of communication*. Hanover: Dartmouth publishing, 1994.
- BENVENUTO, Osmar. Reevaluating debate surrounding the supreme court's use of foreign precedent. In: *Fordham Law Review*, v. 74, n.º 5, 2006.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Liberdades. In: MENDES, Gilmar Ferreira; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BREYER, Stephen. Keynote Address. In: *American Society of International Law*, n.º 97, 2003.
- BRUDNER, Alan. *Constitutional goods*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- CARVALHO, Sérgio; e CAMPOS, Weber. *Estatística Básica Simplificada*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- CHOUHDHRY, Sujit. Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitution interpretation. In: *Indiana Law Journal*, v. 74, 1999.
- _____. Migration as new metaphor in comparative constitutional. In: CHOUHDHRY, Sujit. *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

117 2007, p. 657.

- FONTANA, David. Refined comparativism in constitutional law. In: *University of California Law Review*, n.º 49, 2001.
- FRANKENBERG, Günter. Comparative Constitutional Law. In: BUSSANI, Mauro; e MATTEI, Ugo. (Orgs.). *The Cambridge companion to comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- HALMAI, Gabor. The use of foreign law in constitutional interpretation. In: ROSENFELD, Michel; e SAJÓ, András. (Orgs.). *The oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- JACKSON, Vicki. Transnational challenges to constitutional law: convergence, resistance, engagement. In: *Federal Law Review*, v. 35, n.º 02, 2007.
- _____. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- JUNIOR, Luiz Magno Pinto Bastos; e BUNN, Alini. *Abertura e diálogo entre as cortes constitucionais: identificação dos padrões de utilização pelo STF do argumento de direito comparado*. Manuscrito oferecido pelo autor. Não Publicado.
- KERSCH, Ken. The new legal transnationalism, the globalized judiciary, and the rule of law. In: *Washington University Global Studies Law Review*. v. 4, n.º 2, 2005.
- KROTOSZYNSKI, Ronald J. *The first amendment in cross-cultural perspective: a comparative legal analysis of the freedom of speech*. New York: New York University Press, 2006.
- LOLLINI, Andrea. Legal argumentation based on foreign law: an example from case law of the South African Constitutional Court. In: *Utrecht Law Review*, v. 3, n.º 1, 2007.
- _____. The South African Constitutional Court experience: reasoning patterns based on foreign law. In: *Utrecht Law Review*, v. 8, n.º 2, 2012.
- MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- MCCRUDDEN, Christopher. A common law of human rights? Transnational judicial conversations on constitutional rights. In: *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 20, n.º 04, 2000.
- MIRANDA, Jorge. *Notas para uma introdução ao direito constitucional comparado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1970.
- MURKENS, John Eric Khushal. Comparative constitutional law in the

- courts: reflections on the originalists' objections. In: *LSE – Law, Society and Economics Working Papers*, n.º 15, 2008.
- OLIVEIRA, Aline Lima de. *A limitação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no Brasil: uma análise da influência dos modelos norte-americano, austríaco e alemão*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.
- PARRISH, Austen. Storm in a teacup: the U.S Supreme Court's use of foreign law. In: *University of Illinois Law Review*, n.º 02, 2007.
- PEGORARO, Lucio. La utilización del derecho comparado por parte de las cortes constitucionales: un análisis comparado. In: MACGREGOR, Eduardo Ferrer; e LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de. (Orgs.). *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*. Ciudad del México: UNAM, 2008.
- RAUTENBACH, Christa. South Africa: teaching an “old dog” new tricks? An empirical study of the use of foreign precedents by the South African Constitutional Court. In: GROPPPI, Tania; e PONTTHOREAU, Marie-Claire. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Oxford: Hart Publishing, 2013.
- ROSENFELD, Michel. Constitutional migration and the bounds of comparative analysis. In: *New York University Annual Survey of American Law*, v. 67, 2001.
- SAUNDERS, Cheryl. The use and misuse of comparative constitutional law. In: *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 13, 2006.
- _____; e STONE, Adrienne. Reference to foreign precedents by the Australian high court: a matter of method. In: GROPPPI, Tania; e PONTTHOREAU, Marie-Claire. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Oxford: Hart Publishing, 2013.
- SCARCIGLIA, Roberto. *Introducción al derecho constitucional comparado*. Madrid: Dykinson S.L, 2011.
- SCHAUER, Frederick. Authority and authorities. In: *Virginia Law Review*, n.º 94, 2008.
- SMITS, Jan. Comparative law and its influence on national legal systems. In: REIMANN, Mathias; e ZIMMERMANN, Reinhard. (Orgs.). *The Oxford handbook of comparative law*. Oxford: Oxford University press, 2006.
- STONE, Adrienne. The comparative constitutional law of freedom of expression. In: GINSBURG, Tom; e DIXON, Rosalind. *Comparative Constitutional Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011.

- TUSHNET, Mark. The possibilities of comparative constitutional law. In: *Yale Law Journal*, n.º 108, 1999.
- _____. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- VERGOTTINI, Giuseppe de. *Derecho constitucional comparado*. Mexico D.F: UNAM, 2004.
- WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- WEINRIB, Lorraine. Constitutional concepts and constitutional comparativism. In: TUSHNET, Mark; e JACKSON, Vicki. *Defining the field of comparative constitutional law*. Connecticut: Praeger, 2002.

Recebido em 30 de março de 2015

Aprovado em 17 de dezembro de 2015