

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

TEORIA CONSTITUCIONAL

EMILIO PELUSO NEDER MEYER

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

MARIA FERNANDA SALCEDO REPOLES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Emilio Peluso Neder Meyer, Paulo Roberto Barbosa Ramos, Maria Fernanda Salcedo Repoles – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-140-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria constitucional. 3. Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA
TEORIA CONSTITUCIONAL**

Apresentação

O livro Teoria Constitucional reúne artigos os quais articulam ideias sobre os principais fundamentos da teoria constitucional, dando especial atenção à sua dinâmica e desenvolvimento em um contexto globalizado que impõe novos e desafios à lei fundamental.

São discutidas questões atinentes ao poder constituinte, cultura constitucional, interpretação constitucional, princípios constitucionais e alternativas à ponderação, discricionariedade judicial, interpretação constitucional, judicialização e acesso à justiça. As temáticas abordadas procuram refletir debates contemporâneos que permeiam a Teoria da Constituição em todo o mundo. Pode-se perceber, de um lado, a necessidade de difusão (mas também revisão) de inúmeros pressupostos dogmáticos: vários artigos não só apresentam, mas criticam, o uso da proporcionalidade por órgãos judiciais nacionais e transnacionais. De outro lado, os trabalhos são acompanhados de uma abordagem de forte perspectiva crítico-filosófica: a influência da filosofia da linguagem e o papel da sociologia jurídica atestam a transdisciplinariedade necessária para compreender a complexidade dos problemas que hoje perpassam o Direito Constitucional.

Não são outras as razões pelas quais a tensão entre Constitucionalismo e Democracia é inúmeras vezes invocada. Os recentes avanços do Novo Constitucionalismo Latino-Americano (em países como Bolívia, Equador e Colômbia, por exemplo), a necessidade de reforçar o papel da participação popular no acesso à justiça, o reequacionamento da relação entre força normativa da Constituição e as recorrentes frustrações da "concretude constitucional", o enfrentamento e o questionamento de uma "cultura constitucional", são todas questões que são objeto de investigação. Mais do que isso, perpassando o caso brasileiro, a reforma política é discutida na sua dimensão constitucional; o papel do Supremo Tribunal Federal na relação entre controle difuso de constitucionalidade e controle concentrado de constitucionalidade é enfrentado na ótica de realização (ou não) de anseios democráticos, principalmente pensado a partir de importações acríticas de conceitos, como o de mutação constitucional; e, como não poderia deixar de ser, a problemática do ativismo judicial é o tema de inúmeros trabalhos.

Perguntas recorrentes perpassam a compreensão da teoria constitucional exposta nos artigos. A ausência de uma maior reflexão sobre a historiografia chama a atenção para a necessidade

de refletir a respeito da manutenção de uma dependência de inúmeros sistemas constitucionais latino-americanos de um processo econômico pouco afeto a uma base popular. Isto se coloca de forma incisiva quando se pensa como somos irmanados em um passado ditatorial e autoritário que precisa ser adequadamente reconstitucionalizado. É dizer, é preciso pensar direitos de indígenas, camponeses e quilombolas, apenas para ficar em algumas identidades, a partir de uma perspectiva eminentemente emancipatória e consciência do que significa, de fato, fazer democracia depois de autoritarismos.

É preciso perceber o papel reconstutivo que a Teoria da Constituição desempenha perante os institutos do Direito Constitucional. Várias das leituras dogmáticas de institutos da jurisdição constitucional são feitas a partir de uma chave de compreensão democrática. Assim, fenômenos como o papel dos princípios na ordem constitucional ou ativismo das cortes merecem detida atenção e reflexão nos textos que se seguem. Por exemplo, torna-se possível distinguir o ativismo judicial da atuação judicial responsável e garantidora da efetivação da Constituição.

Espera-se que o leitor possa, a partir das reflexões lançadas no livro, entrar em diálogo com perspectivas democráticas e emancipatórias que possam, de fato, cooperar com um sentido forte de construção do projeto constituinte de 1988.

CULTURA CONSTITUCIONAL EM TRANSIÇÃO: DA AUTORIDADE PARA A JUSTIFICAÇÃO

CONSTITUTIONAL CULTURE IN TRANSITION: FROM AUTHORITY TO JUSTIFICATION

João Andrade Neto

Resumo

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, e na medida em que as sucessivas ondas de redemocratização avançavam sobre a Europa e várias de suas ex-colônias, um novo modelo constitucional espalhou-se pelo mundo. Comparatistas se referem a esse modelo como o novo constitucionalismo e apontam, entre os fatores que fazem dele algo novo, para uma significativa mudança no entendimento dos juízes acerca da função jurisdicional que exercem. Cortes constitucionais ao redor do mundo têm subordinado a validade dos atos praticados por agentes estatais aos argumentos oferecidos nas próprias decisões ou nelas presumidos. A esse novo entendimento acerca daquilo em que consiste o controle de constitucionalidade, dá-se o nome de cultura da justificação. Este artigo se dedica a identificar e analisar os aspectos mais relevantes dessa cultura constitucional emergente que veio substituir a cultura da autoridade, a qual prevaleceu na Europa até meados do século XX. Primeiramente se oferece um conceito de cultura constitucional. Em seguida, expõe-se como e por que se deu a transição da cultura da autoridade para a da justificação. Ao final, analisam-se os elementos característicos da cultura da justificação, a saber, o racionalismo, a proporcionalidade, a concepção expandida de princípios constitucionais e direitos fundamentais, e o diálogo transjudicial. Com foco no contexto europeu, especialmente no alemão, e exemplos do Canadá, de Israel e da África do Sul, pretende-se sistematizar as diversas opiniões parciais sobre o tema encontradas na literatura especializada, predominantemente estrangeira e produzida no campo do Direito Constitucional Comparado. O objetivo aqui é oferecer uma visão abrangente do fenômeno, para, em pesquisas futuras, verificar se ele se aplica a outras culturas constitucionais específicas, além daquelas mencionadas no texto particularmente, ao Brasil.

Palavras-chave: Cultura constitucional, Cultura da autoridade, Cultura da justificação, Proporcionalidade, Transconstitucionalismo

Abstract/Resumen/Résumé

After the end of World War II, successive waves of democratization swept over many European countries and their ex-colonies, spreading a new constitutional model worldwide. Constitutional comparatists have referred to this model as the new constitutionalism and highlighted a specific factor among those that make this arrangement new: there has been a significant change in the understanding of judges about the adjudicative function they exert.

Constitutional courts around the world have affirmed, albeit often implicitly, that the validity of any act committed on behalf of the state depends on the reasons officers had for acting as such, whether or not they have explicitly advanced those reasons. Authors have referred to this particular understanding about what judicial review is and ought to be as the culture of justification. This essay is aimed at identifying and analysing the most relevant aspects of this emerging culture that replaced the culture of authority, which prevailed in Europe until the mid-twentieth century. Firstly, the study will introduce a conception of constitutional culture. Secondly, it will explain how and why the transition from the culture of authority to the culture of justification happened. Finally, it will expound the distinctive features of the culture of justification, namely rationalism, proportionality, a wide conception of constitutional principles and fundamental rights, and a transnational judicial dialogue. The study will focus on the European context, especially on Germany, although examples from Canada, Israel, and South Africa are given. The objective is to provide a comprehensive review of the diverse opinions on the topic in the field of comparative constitutional law, for the specialized literature is still scarce in Portuguese. It falls beyond the scope of this essay to answer whether particular constitutional systems other than these mentioned in the text can be said to have abandoned the culture of authority. Future studies will address particularly the question of whether Brazil has assimilated the culture of justification.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional culture, Culture of authority, Culture of justification, Proportionality, Transconstitutionalism

1. Introdução

Depois do fim da Segunda Guerra Mundial, a maioria dos países europeus e várias de suas ex-colônias aderiram a um modelo de constitucionalismo baseado em três pilares claramente identificáveis: uma constituição escrita, uma carta de direitos, e um aparato judicial encarregado de cuidar para que atos abusivos supostamente praticados em nome do Estado não violem aqueles direitos (SWEET; MATHEWS, 2008, p. 85). A esse modelo, autores têm-se referido como “discurso legal do pós-guerra” (WEINRIB, 2006, p. 89; BOMHOFF, 2013, p. 10), “constitucionalismo global” (SWEET; MATHEWS, 2010, p. 178; COHEN-ELIYA; PORAT, 2009, p. 369; 2010, p. 264), ou simplesmente “novo constitucionalismo” (ACKERMAN, 1997, p. 775–796; SWEET, 2000, p. 37–38; 2003, p. 2744–2780; 2012, p. 816–830; HIRSCHL, 2004, p. 71–108; ROESLER, 2007, p. 545–579; COMELLA, 2011, p. 265–277).¹ No que se refere ao terceiro pilar, duas características fazem do constitucionalismo emergente algo “novo”. Primeiro, houve uma notável mudança institucional que ampliou a competência e a autoridade das cortes constitucionais. Segundo, houve uma mudança no pensamento judiciário que subordinou os poderes estatais em geral, e o controle de constitucionalidade em particular, à qualidade dos argumentos oferecidos nas próprias decisões—ou nelas presumidos (SWEET; MATHEWS, 2008, p. 87).

Essas duas mudanças não são idênticas nem aconteceram simultaneamente, mas estão relacionadas. No período que vai da reconstrução da Alemanha até a década de 1970, os debates giraram em torno da mudança institucional (COHEN-ELIYA; PORAT, 2011, p. 475), e particularmente da separação de poderes entre legislativo e o judiciário (LANDFRIED, 1988, p. 7). Foi necessário algum tempo para que juízes e cortes adotassem uma nova postura em face da jurisdição constitucional. Apenas na década de 1980, a mudança na atitude dos magistrados se tornou evidente. E então as cláusulas constitucionais que instituíaam os tribunais e os encarregavam de guardar a constituição revelaram-se insuficientes para legitimar as novas funções por eles desempenhadas. Pois, se a competência confiada aos juízes permanecia formalmente a mesma—rever atos do poder legislativo em face da constituição—, ela havia se tornado materialmente outra. A cultura constitucional que emergia fez com que a legitimidade de todos os atos estatais dependesse de sua racionalidade e razoabilidade (COHEN-ELIYA; PORAT, 2011, p. 463). Não apenas autoridades executivas e legislativas deveriam justificar suas decisões perante o Poder Judiciário, mas a própria corte

¹ Fala-se também em “constitucionalismo mundial”. Ver, por ex., Ackerman (1997, p. 771) e Law e Versteeg (2011, p. 1194–1202).

constitucional tinha de justificar sua recém-adquirida autoridade perante o público em geral e os membros dos demais poderes (GRIMM, 1988, p. 170). A esse novo entendimento acerca daquilo mesmo em que consiste a aplicação judicial do Direito, deu-se o nome de “cultura da justificação” (COHEN-ELIYA; PORAT, 2011, p. 463; KUMM, 2009, p. 8; MUREINIK, 1994, p. 32; DYZENHAUS, 1998, p. 11–13; 2012, p. 109; HUSCROFT, 2014, p. 197; ANTAKI, 2014, p. 284).

Este artigo se dedica a identificar e analisar os aspectos mais relevantes dessa cultura constitucional emergente. Na visão de autores como Cohen-Eliya e Porat (2011, p. 475), a “cultura da justificação” veio substituir a “cultura da autoridade” que prevaleceu na Europa até meados do século XX. Trata-se de uma tendência observada em vários países nas últimas décadas e que tem como pano de fundo o legado de desconfiança contra autoridades legitimamente eleitas deixado pela guerra e por regimes ditatórias de vários matizes (COHEN-ELIYA; PORAT, 2013, p. 111–132). Embora alguns traços dessa cultura ainda demandem estudo mais aprofundado, já se pode dizer que ela retira sua força de uma intuição simples e difundida, a de que todos os atores estatais devem justificar as ações que praticam em nome do Estado (COHEN-ELIYA; PORAT, 2013, p. 111).

Para ajudar a compreender as principais características da cultura da justificação, este artigo se organiza da seguinte forma. Primeiramente se discutirá em que medida se pode falar em cultura constitucional. Em segundo lugar, expõe-se como e por que se deu a transição da cultura da autoridade para a da justificação. Em seguida, as principais características da cultura da justificação são analisadas, a saber, (a) o culto à razão (ou racionalismo), (b) a universalização do teste de proporcionalidade, (c) a adoção de uma concepção expandida de princípios constitucionais e direitos fundamentais, e (d) o entusiasmo em relação ao transnacionalismo (ou ao diálogo transjudicial).

Adverta-se de que a perspectiva de que se parte na análise é predominantemente eurocêntrica, e exemplos de sistemas jurídicos não-europeus são apenas excepcionalmente citados. Não se faz isso porque se considera menos importante analisar a realidade dos países periféricos, e particularmente do Brasil. O problema é que se está diante de um tema que apenas recentemente despertou a atenção de comparatistas e ainda tem sido pouco estudado no País. O tratamento que tem recebido do Direito Constitucional Comparado não foi ainda suficiente. Faz-se necessário primeiro sistematizar as diversas interpretações parciais colhidas da literatura especializada, e assim oferecer uma visão mais abrangente do fenômeno, para só finalmente verificar se ele se aplica a culturas constitucionais específicas. Este artigo se contenta com a primeira parte do desafio. Embora ofereçamos alguns pontos de partida na

conclusão, deixamos em aberto, a ser respondida em pesquisas posteriores, a questão de se o Brasil—e o Supremo Tribunal Federal (STF), em especial—aderiu ou não à cultura da justificação.

2. Cultura constitucional

Antes de dedicarmo-nos à cultura da justificação e à mudança de mentalidade judiciária que tenta superar a cultura da autoridade anteriormente vigente, cumpre esclarecer em que sentido se pode falar em cultura constitucional. A cultura constitucional corresponde ao modo como os membros/participantes de uma comunidade jurídica percebem a própria constituição e o que ela exige deles mesmos (dos cidadãos por ela governados) e dos oficiais encarregados de aplicá-la. Essas percepções são apenas relativamente dependentes do texto constitucional promulgado. Nas palavras de Bernhard Schlink (1992, p. 711, tradução nossa), “a cultura constitucional de um país não emerge somente de sua constituição, seja escrita, seja não-escrita. Não menos importante é o modo como o Legislativo, a Administração Pública, o Judiciário e a comunidade acadêmica lidam com ela.” Particularmente o papel atribuído a um tribunal constitucional—e as expectativas que os participantes da comunidade de intérpretes têm em relação a como os juízes-membros devem aplicar a constituição—é um aspecto importante da cultura constitucional nos países em que tal corte existe.

A expressão cultura constitucional é mais adequada aqui que a de sistema jurídico, pois esta tradicionalmente expressa a visão de que o Direito de uma comunidade jurídica é o conjunto de normas formais que a governa. Embora tal imagem possa ser verdadeira da perspectiva dos participantes dessa comunidade, ela favorece a percepção incorreta de que o texto promulgado, o arranjo institucional de fundo e a opinião dos titulares de funções públicas são os únicos fatores determinantes da cultura constitucional. Assim se obscurece o papel que a prática interpretativa compartilhada por juristas e cidadãos em geral têm para a definição do contexto em que as decisões jurídicas acontecem. Isto é, a cultura constitucional abrange não apenas a percepção dos oficiais que estão formalmente autorizados a falar em nome do Estado, mas também o que Vlad Perju (2010, p. 344, tradução nossa) chamou de “imaginário constitucional”, ou “o mapa da geografia constitucional como ela aparece quando vista da perspectiva individual de um cidadão”.

Por exemplo, os membros de uma comunidade podem ver a própria constituição como a “lei básica” (“a lei fundamental ou suprema que ‘prevalece sobre outro Direito em contrário’”) (BALKIN, 2011, p. 59, tradução nossa), a “lei superior” (“uma fonte de

inspiração e aspirações, um repositório de valores e princípios”) (BALKIN, 2011, p. 59-60, tradução nossa), e/ou a “lei do povo” (“a conquista ou o produto de nossos esforços como um povo, o que envolve uma identificação coletiva com aqueles que vieram antes e virão depois de nós”) (BALKIN, 2011, p. 60, tradução nossa). Importante é que, convencidos de que esses atributos são inerentes à constituição, os membros da comunidade vão tratá-la de acordo, perdendo de vista o fato de que eles mesmos a “construíram” assim (GOLDSWORTHY, 2012, p. 684). Desse modo, cria-se uma certa cultura constitucional que, em grande medida, determinará a interpretação de todo o texto sem que alguma cláusula nele expressa necessariamente aponte para qualquer uma dessas atitudes.

Uma vez estabelecida, a cultura constitucional se torna um elemento distintivo da identidade constitucional de um povo.² E, no entanto, por paradoxal que pareça à primeira vista, sabe-se que a cultura constitucional, do processo de elaboração e promulgação de uma constituição à subsequente interpretação e aplicação do documento promulgado, não se constrói isoladamente (JACKSON, 2006, p. 927 ss.). Tanto quanto isto é possível, há um consenso entre comparatistas de que constituições não são nem impostas do exterior, nem exclusivamente criadas a partir de elementos culturais endógenos, mas elaboradas e interpretadas sob influência estrangeira (SCHAUER, 2004, p. 907). Embora os recentes casos de intervenção externa no constitucionalismo de outros países sejam vistos como exceções no Direito Constitucional Comparado,³ os “empréstimos”⁴ e as “migrações” constitucionais são uma realidade (CHOUDHRY, 2011, p. 1–36; PERJU, 2008, p. 170–174; SCHAUER, 2004, p. 907–919; WALKER, 2010, p. 316–345).

De todo modo, admitir a existência da influência externa não significa negar o conceito de cultura constitucional. Comparatistas já documentaram a aculturação de elementos estrangeiros, que, uma vez recebidos em um sistema jurídico, sofrem adaptação assimilativa.⁵ Casos há em que institutos jurídicos alienígenas passam a ser vistos como

² Sobre a formação de identidades constitucionais, ver Jacobsohn (2011, p. 129 ss).

³ Sobre os casos recentes de intervenção no Afeganistão e na Bósnia-Herzegovina, ver Ali (2011, p. 78–83).

⁴ Embora não haja consenso entre comparatistas sobre qual termo empregar para designar a transferência de elementos entre sistemas jurídicos distintos, vários autores têm-se referido a “borrowing”, aqui traduzido como “empréstimo”. Ver, por exemplo, Rosenkrantz (2003, p. 270), Silva, V. (2005, p. 135–136; 2010, p. 518–519; 2009, p. 608) e Perju (2012, p. 1306–1307). Na verdade, como Choudhry (2011, p. 20) esclarece, “empréstimo” tornou-se a metáfora dominante na literatura especializada depois que o mais influente periódico sobre Direito Constitucional, o “International Journal of Constitutional Law” (ICON), dedicou um simpósio aos “empréstimos constitucionais”. Ver Friedman e Saunders (2003, p. 177–403).

⁵ McWhinney (1986, p. xiii, tradução nossa) menciona a Alemanha e o Japão como bem-sucedidos exemplos de recepção constitucional, em que “os novos elementos estrangeiros se misturaram ao velho sistema legal doméstico e foram absorvidos, modificados e mesmo transformados no processo.” Para mais sobre adaptação, assimilação ou modificação de empréstimos constitucionais, ver Wise (1990, p. 17), Perju (2012, p. 1314) e

originários da cultura constitucional que os recebeu. Veja-se o exemplo do Canadá. Décadas depois do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (TCF), a Suprema Corte canadense começou a aplicar o *teste de Oakes* (CANADÁ, 1986), em tudo similar ao teste de proporcionalidade alemão (GRIMM, 2007, p. 383; GARDBAUM, 2010, p. 83), sem, no entanto, mencionar este “antecedente estrangeiro” (SWEET; MATHEWS, 2008, p. 118). Segundo analistas, essa atitude sugere que “a corte quer apresentar a proporcionalidade como um método sensível às particularidades e problemas específicos da Carta de Direitos [do Canadá]” (SWEET; MATHEWS, 2008, p. 118). Voltaremos a falar do teste de proporcionalidade e de sua relação com a cultura da justificação algumas páginas adiante. Antes, porém, trataremos abaixo dos elementos que explicam a transição da cultura da autoridade para a da justificação.

3. A transição da autoridade para a justificação

Uma vez delineado a conceito de cultura constitucional, cumpre esclarecer como ocorreu a virada cultural que retirou a atenção de juízes da interpretação de regras escritas e os fez voltarem-se para a justificação das decisões estatais. A mudança no pensamento judicial que transformou o controle de constitucionalidade em uma questão de argumentação iniciou-se na Alemanha após a Segunda Guerra Mundial e em resposta a ela (SWEET, 2012, p. 819), no contexto da “renascença jurídica” alemã (SCHLINK, 1992, p. 724–725, tradução nossa).⁶ Com a erosão dos pilares que sustentaram a cultura jurídica europeia até meados do século XX, juízes e cortes tiveram de encarar dois problemas, a que nos referimos como desafios de operação e legitimidade. Os tribunais tinham de justificar não apenas uma decisão específica, mas o próprio exercício da jurisdição constitucional naquele caso e, de certo modo, a própria competência para invalidar atos de outras esferas governamentais. E esperavam que os demais agentes estatais fizessem o mesmo: apresentassem outras razões de agir além da competência que eventualmente detivessem em razão de regras legais expressas.

Veja-se o caso do TCF alemão, fundado em 1951. O arranjo institucional que emergiu na Alemanha a partir de 1945 rejeitou o modelo de controle de constitucionalidade norte-americano, ao mesmo tempo em que colocou a corte constitucional no centro do sistema jurídico, rompendo com a ideia de separação de poderes baseada na supremacia legislativa

Sapir (1916, p. 32). Similarmente, há quem fale em “desenvolvimento subsequente” (WATSON, 2000, p. 28, tradução nossa) ou “recontextualização” (FRANKENBERG, 2010, p. 575, tradução nossa).

⁶ Sobre as mudanças institucionais na Alemanha do pós-guerra, ver também Kommers e Miller (2012, p. 3–10, 43–48).

que inspirara a maioria dos países europeus até então (GARDBAUM, 2010, p. 94; SWEET, 2003, p. 2745; CAPPELLETTI, 1970, p. 1052; FERREJOHN, 2003, p. 1675 ss.; BEYME, 1988, p. 34). Alguns anos depois de entrar em funcionamento, no julgamento do *Caso Lüth*, de 1958, o TCF deixou claro que via a Lei Fundamental (*Grundgesetz*) como uma ordem objetiva de valores que, aos Poderes estatais, o Legislativo inclusive, cumpria realizar (ALEMANHA, 1958). A introdução dos valores (ou princípios) na argumentação judicial, não como elementos extrajurídicos (isto é, políticos ou morais), mas como normas constitucionais (isto é, legais) que impõem direitos e deveres tanto a particulares quanto a agentes estatais representou o fim do formalismo das fontes do Direito.

Outra consequência foi a mudança no entendimento daquilo em que consiste a adjudicação constitucional. Se, no modelo anterior, aplicar o Direito significava basicamente subsumir fatos a regras, agora isso já não é sempre possível. É preciso primeiro extrair uma regra dos valores (ou princípios) conflitantes da constituição para então subsumir o caso a ela. Mas tal extração requer métodos—como o teste de proporcionalidade (ALEXY, 2003, p. 433-448)—e tipos de argumentos—acerca do “peso” de um princípio, por exemplo (SCHAUER, 2010, p. 35–38)—que não correspondem ao que se entende por “interpretação do Direito” desde pelo menos o século XIX.⁷ Em suma, a existência de uma regra legal que autorize o oficial a agir em nome do Estado, que antes era considerada razão suficiente para a ação, passa a ser vista como o ponto de partida da argumentação. Há que se perquirir se, tudo considerado, tal autorização pode ser justificada (ALEXY, 2010c, p. 172)—caso em que mostra ser “definitiva”, na linguagem de Alexy (2010c, p. 180)—ou se constituía apenas um argumento *prima facie*, que, uma vez colocado frente a frente com argumentos em contrário, devia ser deixado de lado (ALEXY, 2010c, p. 167).

Apesar do conhecido protagonismo do TCF nesse processo de mudança cultural, o fenômeno não permaneceu circunscrito à Alemanha nem à Europa. Ele tem sido observado também na África do Sul (DYZENHAUS, 1998, p. 18–22), no Canadá (HUSCROFT, 2014, p. 186), em Israel (COHEN-ELIYA; PORAT, 2012, p. 5–7), para dar alguns exemplos não europeus. Na verdade, foi o jurista sul-africano Ettiënne Mureinik (1994, p. 32, tradução nossa) quem cunhou a expressão “cultura da justificação”. É notável, no entanto, que o autor pretendia designar algo mais específico, o contraste entre os ideias que inspiraram a nova constituição da África do Sul com a “cultura da autoridade” que prevalecera naquele país

⁷ Aqui nos referimos ao tratado sobre métodos de interpretação, de Savigny, “o clássico catálogo de para interpretação legislativa na Alemanha”, que, ainda nos dias de hoje, tem sido usado na interpretação constitucional, como demonstra Brugger (1994, p. 396 ss., tradução nossa).

durante o regime do apartheid (HUSCROFT, 2014, p. 197). Posteriormente, outros autores se apropriaram da terminologia de Mureinik e a transportaram para o contexto das democracias liberais do Ocidente (DYZENHAUS, 1998, p. 11–13, 35–36; 2014, p. 197; KUMM, 2009, p. 8; COHEN-ELIYA; PORAT, 2013, p. 111–113; GARDBAUM, 2014, p. 261–266; ANTAKI, 2014, p. 284).

No que é relevante para este trabalho, a cultura da justificação veio substituir a cultura da autoridade. Esta expressão não é usada para designar autoritarismo, mas um arranjo em que “a legitimidade e legalidade da ação governamental é derivada do fato de que o autor estava autorizado a agir.” (COHEN-ELIYA; PORAT, 2011, p. 475, tradução nossa). De acordo com Cohen-Eliya and Porat (2011, p. 475), sob a cultura da autoridade que prevaleceu na Europa até a Segunda Guerra Mundial, bastava aos agentes estatais uma autorização formal para atuarem em nome do Estado. Isso porque a autoridade deles se apoiava em três premissas básicas: a existência de limites claramente identificáveis entre os órgãos estatais, uma concepção formalista da separação de Poderes, e a existência exclusiva de fontes jurídicas formais. Contrário a isso, em uma cultura da justificação, nem o fato de que há uma decisão anterior nem o de que se possui competência legal para decidir necessariamente garantem ao agente público legitimidade para agir (COHEN-ELIYA; PORAT, 2011, p. 475). Além da correição formal, passa-se a exigir que o ato seja materialmente justificado e que os agentes estatais a cargo de decidir estejam preparados para oferecer argumentos persuasivos em favor de suas decisões (COHEN-ELIYA; PORAT, 2011, p. 474-480).

Pode-se argumentar que é um exagero falar em mudança. Não é segredo que juízes tinham o dever de justificar as decisões que proferiam muito antes do florescimento da cultura da justificação. Não se nega isso. Afirma-se, contudo, que as mudanças institucionais que ampliaram a competência das cortes constitucionais fizeram-se acompanhar por uma guinada na maneira como juízes veem a principal função que exercem: uma guinada da interpretação para a justificação (KUMM, 2009, p. 8). Tradicionalmente, a interpretação se dirige às fontes formais do Direito, cuja legitimidade depende da promulgação conforme ao procedimento legalmente estabelecido e da eficácia social (ALEXY, 2010b, p. 3–4). Sob a cultura da autoridade, a validade dessas fontes é apenas excepcionalmente questionada, de modo que, na absoluta maioria dos casos, os intérpretes as tomam como válidas. A justificação material é, no entanto, diferente disso. Em última análise, ela indaga acerca da correição do conteúdo do ato estatal—mesmo daquele sobre o qual não pairam dúvidas sobre a validade formal (ALEXY, 2010b, p. 4). Essa mudança de ênfase inspirou a guinada do controle de constitucionalidade em direção à qualidade da argumentação.

4. Características da cultura da justificação

Conforme exposto anteriormente, um dos aspectos que diferencia a cultura da justificação da cultura da autoridade que a precedeu é como juízes lidam com as fontes formais do Direito. Sob a cultura da justificação, nem os precedentes judiciais nem as previsões legais ou constitucionais expressas são argumentos definitivos em favor da existência de um direito, senão o ponto de partida de uma argumentação mais complexa. Em virtude disso, Matthias Kumm (2009, p. 8) afirma que a função das cortes constitucionais deixou de ser a de interpretar o Direito para tornar-se a de justificá-lo. Ao final, apesar do texto, o juiz pode convencer-se de que estava diante de um direito que só *prima facie* podia ser assim chamado. Depois de tudo considerado, o julgador pode decidir que, em verdade, ao interesse da parte não correspondia direito definitivo algum.

Uma vez que a existência de uma previsão constitucional expressa, embora relevante, não é determinante para o resultado do julgamento, autores têm observado que o controle de constitucionalidade de atos legislativos tem-se tornado cada vez menos categórico (COHEN-ELIYA; PORAT, 2011, p. 470). Sob a égide da cultura da autoridade, as cortes que avançavam sobre o conteúdo das leis dedicavam-se a categorizá-las de acordo com o sentido atribuído à constituição. Assim, o controle de constitucionalidade consistia basicamente na interpretação legal e constitucional associada a um juízo de tudo ou nada acerca da validade do ato sob análise. Em contraste, sob a cultura da justificação, observa-se que o controle de constitucionalidade consiste em contrapor as razões a favor e contra o ato impugnado—ou a sopesá-las. Por isso, a resposta à pergunta, “a lei X é constitucional?” tem sido encarada como algo que admite gradação ou ponderação (COHEN-ELIYA; PORAT, 2011, p. 470), a ser considerada de acordo com as particularidades do caso.

Não significa dizer que as cortes constitucionais abriram mão da coerência e da racionalidade a ela associada. Pelo contrário, conforme se explicará a seguir, uma característica marcante da cultura da justificação é o culto à razão (ou o racionalismo). Além dessa, outras características são a ubiquidade do teste de proporcionalidade, os conceitos ampliados de princípios constitucionais e direitos fundamentais, e o entusiasmo pela transnacionalidade. Cada um desses elementos é discutido abaixo, nessa ordem.

4.1 O culto à razão

A primeira característica da cultura da justificação é o racionalismo. Na visão de Cohen-Eliya and Porat (2011), a guinada judicial em direção à justificação tem raízes profundas. Tratar-se-ia de uma manifestação contemporânea na antiga tradição alemã que pretendia garantir que a interpretação jurídica fosse racional e objetiva. Os autores lembram que o culto à razão era particularmente forte no movimento que moldou a ciência do Direito na Alemanha do século XIX, a *Rechtswissenschaft* (COHEN-ELIYA; PORAT, 2011, p. 485-486). E observam que a mesma tradição foi crucial para o desenvolvimento de uma forma embrionária de controle de proporcionalidade aplicada ao Direito Administrativo da Prússia novecentista (COHEN-ELIYA; PORAT, 2010, p. 272–275; 2011, p. 488). Como se explicará a seguir, a proporcionalidade é vista por grande parte da doutrina como um dos elementos distintivos da cultura da justificação. Não coincidentemente, o modo como o TCF tem justificado suas decisões, fazendo referência à adequação, necessidade e proporcionalidade estrita dos atos do legislador, lembra em muito os juízos de legalidade e competência, nos dois primeiros casos, e conveniência e oportunidade, no último, todos típicos do Direito Administrativo.

Fala-se então na projeção da racionalidade administrativa para o Direito Constitucional, ou em administrativização constitucional (COHEN-ELIYA; PORAT, 2013, p. 11). Tribunais constitucionais têm exigido que as decisões legislativas sejam justificáveis tal e qual decisões administrativas devem ser motivadas. Claro, uma medida justificável é algo diverso de uma medida motivada. Embora a exposição de motivos de atos legislativos não seja sem importância, não chegou ainda o dia em que legisladores têm de motivar expressamente os votos que proferem. Mais comum é que juízes extraiam do texto legal propriamente dito, e não da exposição de motivos, os fins que, é permitido supor, aquela lei visava a alcançar, para então, testar a própria lei contra os objetivos assim supostos. A isto correspondem os subtestes de adequação e necessidade do teste de proporcionalidade. Eles garantem que “somente os objetivos que possam ser justificados com base na razão pública sejam legitimamente aceitos na esfera pública e possam adentrar o processo deliberativo por meio do qual leis são produzidas” (COHEN-ELIYA; PORAT, 2013, p. 122, tradução nossa).

4.2 A ubiquidade do teste de proporcionalidade

O segundo elemento determinante da cultura da justificação é o teste, princípio, ou regra da proporcionalidade (COHEN-ELIYA; PORAT, 2013, p. 103). Desenvolvida como método para resolução de conflitos entre direitos fundamentais pelo TCF, a proporcionalidade

se espalhou por vários países do mundo, tornando-se um “hit” (JESTAEDT, 2012, p. 152), ou um “bem-sucedido produto de exportação da jurisprudência alemã” (JESTAEDT, 2012, p. 153, tradução nossa). Na década de 1970, passou a ser utilizada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH). Depois disso, chegou a países da Europa Ocidental, como Portugal e Espanha, às Américas do Norte (exceto pelos EUA) e do Sul, ao Oriente Médio (Israel), África do Sul, Oceania e, mais recentemente, às partes central e mais oriental da Ásia (BARAK, 2012, p. 182). Mas como o teste de proporcionalidade se relaciona à cultura da justificação? Kumm (2009, p. 15, tradução nossa) acredita que a proporcionalidade é um elemento central da nova cultura constitucional emergente porque o teste “provê a estrutura para a justificação de um ato em termos da razão pública”. O próprio Alexy (2005, p. 572), autor da mais conhecida versão da proporcionalidade, admite que o teste serve basicamente para apontar o que deve ser justificado nas decisões judiciais.

Ademais, cortes que aplicam a proporcionalidade o fazem para resolver conflitos entre princípios constitucionais que, muitas vezes, são somente implícitos. Conseqüentemente, em vários casos, juízes têm de admitir restrições legislativas a direitos fundamentais textualmente previstos na constituição, pois os limites impostos pelo legislador são justificados (ou justificáveis) com base em algum princípio não escrito. Ou seja, titulares de direito passam a ter não mais que uma garantia *prima facie* oponível ao legislador: a de que os argumentos a favor do direito (e portanto contra a ação legislativa) serão devidamente considerados pela corte constitucional, que os sopesará contra os argumentos a favor da restrição. Será considerado constitucional o princípio a que se possa oferecer a justificativa mais convincente. Em termos gerais, pode-se dizer, então, que esse modelo substitui os róis de direitos liberais, vistos como trunfos mais ou menos específicos e individualizáveis, por um único direito geral e abstrato: o direito à justificação (KUMM, 2012, p. 13).

4.3 Princípios constitucionais e direitos fundamentais com escopo amplo

A terceira característica da cultura da justificação é que ela favorece uma concepção de direitos fundamentais tão ampla quanto possível e uma interpretação não-formalista da constituição que inclua princípios entre as normas constitucionais de aplicação imediata (SWEET; MATHEWS, 2008, p. 94–97; COHEN-ELIYA; PORAT, 2011, p. 467). Isso se explica da seguinte maneira. Primeiro, em relação aos princípios, a cultura da autoridade se baseava, entre outras coisas, em uma concepção formalista das fontes do Direito que reduzia

as normas constitucionais a regras a serem seguidas estritamente e aplicadas de forma categórica. Os princípios constitucionais desafiam essa lógica, pois a aplicação deles depende de decisões posteriores, normalmente a cargo de juízes, acerca da hipótese de incidência e das consequências jurídicas que tais normas estipulam. Ainda que os operadores do Direito afirmem que essas decisões obedecem aos próprios princípios que se pretende aplicar, elas não podem ser deduzidas deles de modo silogístico, como acontece quando se está diante de regras simples (ALEXY, 2010a, p. 221–225). Argumentos adicionais são exigidos, e tais argumentos, por não serem inequivocamente derivados de regras escritas, devem ser justificados (ALEXY, 2010a, p. 228). Segundo, em relação aos direitos fundamentais: na medida em que as cortes constitucionais aumentam as esferas sob proteção desses direitos, elas simultaneamente ampliam a própria área de incidência do controle de constitucionalidade que exercem, de modo a exigir que um número cada vez maior de atos dos outros poderes estatais sejam justificados (COHEN-ELIYA; PORAT, 2013, p. 118). A mesma lógica por trás do escopo ampliado dos direitos fundamentais aparece na conhecida definição de Alexy (2000, p. 295, tradução nossa), segundo quem princípios são “comandos de otimização”.

4.4 Transnacionalidade

A quarta característica da nova cultura constitucional é sua transconstitucionalidade.⁸ É cedo para dizer se os autores que apostam no surgimento de um constitucionalismo global estão certos, mas é inegável que a nova cultura constitucional tem traços globais. Um aspecto da transnacionalidade da cultura da justificação se manifesta nas frequentes “relações transjudiciais” (SLAUGHTER, 2004, p. 68, tradução nossa) e empréstimos judiciais de todo tipo. Sabe-se que a incidência do fenômeno aumentou nas últimas décadas, apesar de ainda faltarem estudos quantitativos precisos nesse sentido (COHN, 2010, p. 596-601). É notável, no entanto, que a literatura acerca do tema cresceu vertiginosamente desde os primeiros estudos sobre transplantes legais na década de 1970 (WATSON, 1974). Embora não haja consenso entre comparatistas, a maior parte dos autores contemporâneos endossa a tese de que cortes constitucionais não são ilhas. Seus membros se interessam pelo que seus equivalentes decidem em outros países, especialmente quando têm diante de si matérias sensíveis, casos difíceis e questões políticas e morais controversas. Nessas situações, o empréstimo de argumentos estrangeiras é frequentemente usado devido ao seu poder de

⁸ Sobre transnacionalidade, transconstitucionalismo e diálogo transjudicial, ver Neves (2014, p. 193–211).

persuasão, o que reforça a ideia central à cultura da justificação de que a autoridade de juízes e cortes depende em grande medida da qualidade da argumentação que expõem em votos, acórdãos e outros tipos de decisão (SLAUGHTER, 2004, p. 75-78).

Ademais, pesquisas recentes têm apontado que a necessidade de juízes se projetarem internacionalmente—ou mesmo justificarem o cargo que ocupam perante os pares e concidadãos—têm os levado a cumprir uma agenda global mais ou menos convergente em torno de temas como democracia e direitos humanos (CHOUDHRY, 1999, p. 888). E, na medida em que cortes de projeção internacional, como o TCF alemão, abandonam a cultura da autoridade e aderem à cultura da justificação, outras cortes são induzidas a fazerem o mesmo. Isso vale especialmente para países periféricos ou em desenvolvimento (MILLER, 2003, p. 857–858). Eles tradicionalmente veem nos países centrais ou desenvolvidos fontes legítimas de ideias jurídicas a serem seguidas, senão pela qualidade intrínseca, por serem presumidamente racionais e justas e gozarem de prestígio perante a comunidade internacional (WATSON, 1974, p. 346–351; GRAZIADEI, 2006, p. 457–458; PERJU, 2012, p. 1318–1319; SCHAUER, 2000, p. 11–18). Independente dos motivos que levaram cortes como a da África do Sul a estabelecerem relações transjudiciais com outros países, nota-se que a recepção de elementos estrangeiros, como a proporcionalidade, aconteceu simultaneamente à transição para a cultura da justificação (DAVIS, 2003, p. 187–190; GARDBAUM, 2011, p. 390).

5. Conclusão

O artigo explorou as principais características da cultura da justificação, que se tem mostrado um dos elementos mais marcantes do constitucionalismo contemporâneo. Definimos cultura constitucional como o modo como os membros/participantes de uma comunidade jurídica percebem a própria constituição e o que ela exige deles mesmos (dos cidadãos por ela governados) e dos oficiais encarregados de aplicá-la. A partir dessa definição, contrapusemos a cultura da justificação à que a precedeu. Sob a cultura anteriormente dominante, da autoridade, o controle de constitucionalidade se contentava muitas vezes com o exame da conformidade formal dos atos legislativos, pois partia de uma concepção também formal das fontes do Direito. Quando avançava sobre o conteúdo desses atos, as cortes constitucionais se dedicavam a categorizá-los de acordo com o sentido que os próprios juízes definiam para a constituição. Assim, a adjudicação constitucional consistia

basicamente na interpretação legal associada a um juízo de tudo ou nada acerca da validade do ato sob análise.

Hoje se observa, no entanto, que muitas cortes constitucionais, algumas das mais influentes do mundo, têm-se preocupado mais em contrapor as razões a favor e contra o ato impugnado—ou a sopesá-las. Dá-se o nome de cultura da justificação a esse entendimento de que a aplicação judicial do Direito Constitucional consiste basicamente no controle dos argumentos oferecidos nas próprias decisões ou nelas presumidos. A transição cultural que fez ruir a cultura da autoridade começou pela Alemanha, depois da Segunda Guerra Mundial, e em resposta a ela. Reformas institucionais colocaram o TCF no centro do sistema jurídico alemão e favoreceram a ampliação das competências da corte. Foi, no entanto, a mudança de mentalidade dos juízes o maior gatilho para a guinada cultural que mudou o foco de atuação da corte, da interpretação das cláusulas constitucionais para a justificação.

O enfoque dado ao fenômeno neste artigo foi geral. Como explicado na introdução, dedicamo-nos a sistematizar as diversas opiniões parciais colhidas da literatura especializada, predominantemente estrangeira e produzida de acordo com os métodos do Direito Constitucional Comparado. Pretendemos oferecer uma visão mais abrangente do fenômeno, para, em pesquisas futuras, verificar se ele se aplica a outras culturas constitucionais específicas, além daquelas mencionadas no texto. Embora exemplos do Canadá, de Israel e da África do Sul tenham sido trazidos, tratou-se da questão pela perspectiva europeia—mais particularmente, alemã. Cumpre aqui, no entanto, esboçar uma resposta à inevitável pergunta: onde situar o Brasil? Teria o País aderido à cultura de justificação e abandonado a cultura da autoridade? Por razões de espaço, entendemos que uma resposta completa a tais dúvidas merece um artigo próprio, em que se possa tratar das peculiaridades da realidade nacional. Pode-se, no entanto, antecipar que o STF tem dado sinais de mover-se para superar a cultura da autoridade que inequivocamente predominou no país até pelo menos a promulgação da Constituição de 1988.

Mencionou-se anteriormente que as seguintes características definem a cultura da justificação: racionalismo, proporcionalidade, conceitos amplos de princípios constitucionais e direitos fundamentais, e transnacionalidade. Todos esses elementos são encontrados na jurisprudência do STF, o que, no entanto, não nos permite afirmar categoricamente que essa cultura foi abraçada no Brasil. Dois fatores têm de ser analisados antes que se possa fazer tal afirmação. O primeiro diz respeito à opinião dos ministros do STF individualmente considerados, frequentemente vacilante em relação a alguns dos elementos da cultura da justificação. O segundo diz respeito ao Poder Judiciário como um todo. Trata-se da baixa

qualidade da argumentação que, em geral, acompanha os acórdãos e decisões. É no mínimo incoerente exigir dos titulares de cargos públicos que todas as suas decisões sejam materialmente justificáveis nos termos da constituição quando a corte a que cumpre controlar a constitucionalidade daqueles atos não garante que as próprias decisões que profere sejam elas mesmas adequada e suficientemente justificadas.

Referências

ACKERMAN, Bruce. The Rise of World Constitutionalism. **Virginia Law Review**, v. 83, n. 4, p. 771–797, 1997. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1073748>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht [BVerfG][Tribunal Constitucional Federal], Decisão do 1º Senado, 15.01.1958, **Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts** [BVerfGE], n. 7, p. 198 (“Caso Lüth”).

ALEXY, Robert. **A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification**. Trad. Ruth Adler; Neil MacCormic. Oxford; New York: Oxford University Press, 2010a.

_____. Balancing, constitutional review, and representation. **International Journal of Constitutional Law**, v. 3, n. 4, p. 572–581, 2005. Disponível em: <<http://icon.oxfordjournals.org/content/3/4/572>>. Acesso em: 18 mar. 2013.

_____. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. **Ratio Juris**, v. 16, n. 4, p. 433–449, 2003.

_____. On the Structure of Legal Principles. **Ratio Juris**, v. 13, n. 3, p. 294–304, 2000.

_____. **The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism**. Trad. Stanley L. Paulson; Bonnie Litschewski Paulson. Oxford: Oxford University Press, 2010b.

_____. The Dual Nature of Law. **Ratio Juris**, v. 23, n. 2, p. 167–182, 2010c.

ALI, Zaid Al-. Constitutional drafting and external influence. *In*: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (Orgs.). **Comparative constitutional law**. Cheltenham, UK ; Northampton, MA: Edward Elgar, 2011, p. 77–95.

ANTAKI, Mark. The Rationalism of Proportionality's Culture of Justification. *In*: HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W.; WEBBER, Grégoire C. N. (Orgs.). **Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning**. New York, NY: Cambridge University Press, 2014, p. 284–308.

BALKIN, J. M. **Living originalism**. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

BARAK, Aharon. **Proportionality: constitutional rights and their limitations**. Trad. Doron Kalir. Cambridge, U.K. ; New York: Cambridge University Press, 2012.

BEYME, Klaus von. The Genesis of Constitutional review in Parliamentary Systems. *In*: LANDFRIED, Christine (Org.). **Constitutional review and legislation: an international comparison**. Baden-Baden: Nomos, 1988, p. 21–38.

BOMHOFF, Jacco. **Balancing constitutional rights: the origins and meanings of postwar legal discourse**. Cambridge ; New York: Cambridge University Press, 2013.

BRUGGER, Winfried. Legal Interpretation, Schools of Jurisprudence, and Anthropology: Some Remarks from a German Point of View. **The American Journal of Comparative Law**, v. 42, n. 2, p. 395–421, 1994. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/840752>>. Acesso em: 8 abr. 2014.

CANADÁ. Suprema Corte [Supreme Court][S.C.]. R. v. Oakes. Decisão de 28.02.1986. **Supreme Court Reports** [S.C.R.], vol. 1, p. 103, 1986.

CAPPELLETTI, Mauro. Judicial review in comparative perspective. **California Law Review**, p. 1017–1053, 1970. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/3479676>>. Acesso em: 26 set. 2014.

CHOUDHRY, Sujit. Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation. **Indiana Law Journal**, v. 74, n. 3, p. 819, 1999. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol74/iss3/4>>.

_____. Migration as a New Metaphor in Comparative Constitutional Law. *In*: CHOUDHRY, Sujit (Org.). **The migration of constitutional ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 1–36.

COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. American balancing and German proportionality: The historical origins. **International Journal of Constitutional Law**, v. 8, n. 2, p. 263–286,

2010. Disponível em: <<http://icon.oxfordjournals.org/content/8/2/263>>. Acesso em: 19 mar. 2013.

_____. **Proportionality and constitutional culture**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

_____. Proportionality and Justification. *In*: BARAK, Aharon (Org.). **Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

_____. Proportionality and the Culture of Justification. **American Journal of Comparative Law**, v. 59, n. 2, p. 463–490, 2011.

_____. The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law. **San Diego Law Review**, v. 46, p. 367–414, 2009.

COHN, Margit. Legal Transplant Chronicles: The Evolution of Unreasonableness and Proportionality Review of the Administration in the United Kingdom. **American Journal of Comparative Law**, v. 58, n. 3, p. 583–629, 2010.

COMELLA, Víctor Ferreres. **Constitutional courts and democratic values: a European perspective**. New Haven: Yale University Press, 2009.

_____. The Rise of Specialized Constitutional Courts. *In*: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (Orgs.). **Comparative constitutional law**. Cheltenham, UK ; Northampton, MA: Edward Elgar, 2011, p. 265–277.

DAVIS, Dennis M. Constitutional borrowing: The influence of legal culture and local history in the reconstitution of comparative influence: The South African experience. **International Journal of Constitutional Law**, v. 1, n. 2, p. 181–195, 2003. Disponível em: <<http://icon.oxfordjournals.org/cgi/doi/10.1093/icon/1.2.181>>. Acesso em: 20 set. 2014.

DYZENHAUS, David. Dignity in Administrative Law: Judicial Deference in a Culture of Justification. **Review of Constitutional Studies**, v. 17, p. 87, 2012.

_____. Law as Justification: Etienne Mureinik's Conception of Legal Culture. **South African Journal on Human Rights**, v. 14, p. 11, 1998.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional adjudication: lessons from Europe. **Tex. L. Rev.**, v. 82, p. 1671, 2003.

FRANKENBERG, G. Constitutional transfer: The IKEA theory revisited. **International Journal of Constitutional Law**, v. 8, n. 3, p. 563–579, 2010. Disponível em: <<http://icon.oxfordjournals.org/cgi/doi/10.1093/icon/moq023>>. Acesso em: 24 out. 2014.

FRIEDMAN, Barry; SAUNDERS, Cheryl (Orgs.). Symposium: Constitutional Borrowing. **International Journal of Constitutional Law**, v. 1, n. 2, p. 177–403, 2003. Disponível em: <<http://icon.oxfordjournals.org/cgi/doi/10.1093/icon/1.2.177>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

GARDBAUM, Stephen. A Democratic Defense of Constitutional Balancing. **Law & Ethics of Human Rights**, v. 4, n. 1, p. 79–106, 2010.

_____. Proportionality and Democratic Constitutionalism. *In*: HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W.; WEBBER, Grégoire C. N. (Orgs.). **Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning**. New York, NY: Cambridge University Press, 2014, p. 259–283.

_____. The structure and scope of constitutional rights. *In*: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (Orgs.). **Comparative constitutional law**. Cheltenham, UK ; Northampton, MA: Edward Elgar, 2011, p. 387–405.

GOLDSWORTHY, Jeffrey. Constitutional cultures, democracy, and unwritten principles. **U. Ill. L. Rev.**, p. 683, 2012.

GRAZIADEI, Michele. Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions. *In*: **The Oxford handbook of comparative law**. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 441–475.

GRIMM, Dieter. Comment. *In*: LANDFRIED, Christine (Org.). **Constitutional review and legislation: an international comparison**. Baden-Baden: Nomos, 1988, p. 169–171.

_____. Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence. **University of Toronto Law Journal**, v. 57, n. 2, p. 383–397, 2007.

HIRSCHL, Ran. The political origins of the new constitutionalism. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 11, n. 1, p. 71–108, 2004.

_____. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism.** Cambridge, Mass.; London: Harvard University Press, 2007.

HUSCROFT, Grant. Proportionality and the Relevance of Interpretation. *In*: HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W.; WEBBER, Grégoire C. N. (Orgs.). **Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning.** New York, NY: Cambridge University Press, 2014, p. 186–202.

JACKSON, Vicki C. Constitutions as “Living Trees”? Comparative Constitutional Law and Interpretive Metaphors. **Fordham Law Review**, v. 75, n. 2, p. 921–960, 2006.

JACOBSOHN, Gary Jeffrey. The Formation of Constitutional Identities. *In*: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (Orgs.). **Comparative constitutional law.** Cheltenham, UK ; Northampton, MA: Edward Elgar, 2011, p. 129–142.

JESTAEDT, Matthias. The Doctrine of Balancing: its strengths and weaknesses. *In*: KLATT, Matthias (Org.). **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy.** Oxford; New York: Oxford University Press, 2012.

KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russell A. **The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany.** 3rd ed., rev. and ampliada. Durham, N.C: Duke University Press, 2012.

KUMM, Mattias. Democracy is not Enough: Rights, Proportionality and the Point of Judicial Review. **NYU School of Law**, n. Public Law Research Paper n. 09-10, 2009. Disponível em: <<http://www.law.harvard.edu/faculty/faculty-workshops/kumm.paper.i.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2014.

_____. Total rights and the banality of injustice. **This century’s review: journal for rational legal debate**, n. 1, p. 10–14, 2012.

LANDFRIED, Christine (Org.). **Constitutional review and legislation: an international comparison.** Baden-Baden: Nomos, 1988.

LAW, David S.; VERSTEEG, Mila. The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism. **Cal. L. Rev.**, v. 99, p. 1163, 2011.

MCWHINNEY, Edward. **Supreme courts and judicial law-making: constitutional tribunals and constitutional review.** Dordrecht; Lancaster, UK; Hingham, USA: Martinus Nijhoff Publishers, 1986.

MILLER, Jonathan M. A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process. **The American Journal of Comparative Law**, v. 51, n. 4, p. 839, 2003. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/3649131?origin=crossref>>. Acesso em: 27 out. 2014.

MUREINIK, Etienne. A Bridge to Where: Introducing the Interim Bill of Rights. **South African Journal on Human Rights**, v. 10, p. 31, 1994.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremase a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revista de Informação Legislativa**, v. 51, n. 201, p. 193–214, 2014.

PERJU, Vlad. Constitutional Transplants, Borrowing and Migrations. *In*: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Orgs.). **The Oxford handbook of comparative constitutional law**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1304–1327.

_____. Cosmopolitanism and Constitutional Self-Government. **International Journal of Constitutional Law**, v. 8, n. 3, p. 326–353, 2010. Disponível em: <<http://icon.oxfordjournals.org/content/8/3/326>>. Acesso em: 19 mar. 2013.

_____. The Migration of Constitutional Ideas. **International Journal of Constitutional Law**, v. 7, n. 1, p. 170–174, 2008. Disponível em: <<http://icon.oxfordjournals.org/cgi/doi/10.1093/icon/mon021>>. Acesso em: 20 set. 2014.

ROESLER, Shannon. Permutations of judicial Power: the new constitutionalism and the expansion of judicial authority. **Law & Social Inquiry**, v. 32, n. 2, p. 545–579, 2007.

ROSENKRANTZ, Carlos F. Against Borrowings and Other Nonauthoritative Uses of Foreign Law. **International Journal of Constitutional Law**, v. 1, n. 2, p. 269–295, 2003. Disponível em: <<http://icon.oxfordjournals.org/content/1/2/269>>. Acesso em: 19 mar. 2013.

SAPIR, Edward. Time Perspective in Aboriginal American Culture: A Study in Method. **Geological Survey Memoir**, v. 90, n. 13, p. 1–87, 1916. (Anthropological Series). Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/10.2307/1837696?origin=crossref>>. Acesso em: 24 out. 2014.

SCHAUER, Frederick. Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text. **Law & Ethics of Human Rights**, v. 4, n. 1, p. 35–45, 2010.

_____. On the Migration of Constitutional Ideas. **Connecticut Law Review**, v. 37, n. 1, p. 907–919, 2004.

_____. The Politics and Incentives of Legal Transplantation. *In*: NYE, Joseph S.; DONAHUE, John D. (Orgs.). **Governance in a globalizing world**. Cambridge, Mass: Visions of Governance for the 21st Century [u.a.], 2000, p. 253–268.

SCHLINK, Bernhard. German constitutional culture in transition. **Cardozo L. Rev.**, v. 14, p. 711, 1992.

SILVA, Alfredo Canellas Guilherme da; GOUVÊA, Carina Barbosa. Constitucionalismo e seus modelos contemporâneos de transformação e transição. **Revista Interdisciplinar de Direito / Faculdade de Direito de Valença**, 2015. Disponível em: <http://faa.edu.br/revistas/docs/RID/2013/RID_2013_15.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. *In*: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 515–530.

_____. Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal? *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Orgs.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1998**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 605–618.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **A new world order**. Princeton: Princeton University Press, 2004. Disponível em: <<http://site.ebrary.com/id/10312479>>. Acesso em: 11 ago. 2015.

SWEET, Alec Stone. Constitutional Courts. *In*: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Orgs.). **The Oxford handbook of comparative constitutional law**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 816–830.

_____. **Governing with judges: constitutional politics in Europe**. Oxford ; New York: Oxford University Press, 2000.

_____. Why Europe Rejected American Judicial Review: And Why It May Not Matter. **Michigan Law Review**, p. 2744–2780, 2003. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/3595394>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

SWEET, Alec Stone; MATHEWS, Jud. All Things in Proportion-American Rights Review and the Problem of Balancing. **Emory LJ**, v. 60, p. 797, 2010.

_____. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 47, p. 68–149, 2008.

WALKER, Neil. The migration of constitutional ideas and the migration of the constitutional idea: the case of the EU. *In*: CHOUDHRY, Sujit (Org.). **The migration of constitutional ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 316–345.

WATSON, Alan. **Legal transplants: an approach to comparative law**. Edinburgh : London: Scottish Academic Press, 1974.

_____. Legal Transplants and European Private Law. **Electronic Journal of Comparative Law**, v. 4, n. 4, 2000. Disponível em: <<http://www.ejcl.org/44/art44-2.html>>. Acesso em: 29 out. 2014.

WEINRIB, Lorraine. The Postwar Paradigm and American Exceptionalism. *In*: **The Migration of Constitutional ideas**. Rochester, NY: [s.n.], 2006.

WISE, Edward M. The Transplant of Legal Patterns. **The American Journal of Comparative Law**, v. 38, p. 1, 1990.