

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos observamos o surgimento de muitos artigos e pesquisas sobre o papel ativo do Supremo Tribunal Federal em decisões sobre questões nacionais, ativismo judicial, sobretudo, em decorrência de diversas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal como forte carga de inovação na ordem jurídica e até mesmo, modulando os efeitos da decisão para um momento diverso da prolação.

Com o intuito de limitar o objeto e facilitar a compreensão, excluimos da análise do presente estudo o uso da jurisprudência estrangeira como caráter persuasivo pelos tribunais constitucionais, a revisão de atos judiciais por países integrantes de um mesmo bloco econômico, a análise da recepção de decreto que verse sobre direitos humano voltado para construção da ideia de bloco de constitucionalidade e, por fim, a utilização da dignidade da pessoa humana com previsão na Declaração Universal de Direitos Humanos e inserida na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), como princípio que fundamenta o Estado. Dessa forma, dedicaremos atenção, apenas, ao estudo da possibilidade de utilização no Brasil da via recursal como forma de controle de constitucionalidade extranacional, caracterizado pela atribuição de competência para a revisão de decisão de mérito de um tribunal constitucional pertencente a um Estado soberano por outro Estado nacional. PEÑA, (2015, p. 11).

O presente estudo surgiu a partir da interpretação do item 2 do artigo 57 da Constituição da República de Nauru de 1968, que assegura em sede de apelação, a revisão de um decreto, ordem ou sentença do Supremo Tribunal por um tribunal de outro país. Pode parecer estranha a hipótese de uma nação independente e que possui seu próprio judiciário submeter a decisão final a um tribunal externo, tal como se opera em diversas constituições, a saber: Antígua e Barbuda, Bahamas, Dominica, Granada, Jamaica, Kiribati, Maurício, São Cristóvão e Nevis, Santa Lucia, São Vicente e Granadinas, Trinidad e Tobago e Tuvalu. No entanto, a credibilidade conferida ao ordenamento jurídico, em decorrência da possibilidade de revisão das decisões judiciais, foi um fator fundamental para o crescimento desses países. VOIGT, (2007, p. 348-378).

A questão reside em saber se a separação de poderes que deixou de reconhecer o Poder Judiciário como poder autônomo, ao pregar ideia de que as decisões tomadas no âmbito do espaço deliberativo, não poderiam ser objeto de intervenção judicial e com a evolução passou-se a reconhecer autonomia e independência ao Poder Judiciário e as questões afetas a soberania, particularismo legal, genealogia constitucional, pragmatismo, e arbitrariedade

judicial, possibilitam a revisão doméstica por um judiciário pertencente a outro Estado não integrante da tríade interna que limita o exercício do Poder.

I. SEPARAÇÃO DE PODERES COMO FORMA DE LIMITAR O PODER, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E O MODELO BRASILEIRO.

Estudar a separação de poderes no Brasil nos dias atuais, ainda se revela de extrema importância, diante da globalização crescente e do diálogo entre decisões proferidas por Tribunais Constitucionais estrangeiros e o STF. A Separação de Poderes é um eficiente mecanismo para aferir a validade de um determinado ato praticado por algum dos poderes. Não há como compreender corretamente o tema, sem analisar a sua gênese e evolução ao longo dos anos.

Logo, a hipótese de submissão da revisão das decisões proferidas por uma Corte Constitucional por um Tribunal Constitucional Extranacional, fora das hipóteses de bloco econômico, tratados internacionais internalizados e discussão de matéria, afeta aos direitos humanos, impõe sua análise à luz da separação de poderes.

Na Grécia Antiga, ARISTÓTELES (2006, p. 127/128), apesar de não desenvolver uma teoria sobre a separação de poderes com o controle dos atos de um poder pelo outro, investigou a função do Estado, em sua obra “Política” e identificou uma tríplice separação das funções realizadas pelo Estado. O Estado poderia deliberar acerca dos negócios públicos, exercer magistratura, em um formato semelhante ao moderno executivo e a administração da jurisdição.

Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas. O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição.

O modelo, descrito por Aristóteles, apenas identifica e prescreve as atribuições de cada Poder, deixando de informar como ocorreria o controle ou limitação do exercício em caso de abuso. No entanto, revela-se de extrema importância, porque a identificação da separação das funções do Estado, guarda semelhança com as modernas funções dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Já em o “Segundo Tratado Sobre Governo”, de 1689, LOCKE (2016, p. 76) trouxe um modelo de separação de poderes que colocava em evidência os Poderes Legislativo e

Executivo. Em tal modelo, o Poder Judiciário não era autônomo e, por consequência, não havia nenhuma possibilidade de interferência do Poder Judiciário nos demais Poderes.

Para Locke, o Poder Legislativo é o poder supremo em toda comunidade civil, quer seja ele confiado a uma ou mais pessoas, quer seja permanente ou intermitente, em suas palavras:

Em uma sociedade política organizada, que se apresenta como um conjunto independente e que age segundo sua própria natureza, ou seja, que age para a preservação da comunidade, só pode existir um poder supremo, que é o Legislativo, ao qual todos os outros estão e devem estar subordinados; não obstante, como o Legislativo é apenas um poder fiduciário e se limita a certos fins determinados, permanece ainda no povo um poder supremo para destituir ou alterar o Legislativo quando considerar o ato Legislativo contrário à confiança que nele depositou. (...) Em todo caso, enquanto o governo subsistir, o Legislativo é o poder supremo, pois aquele que pode legislar para um outro lhe é forçosamente superior; e como esta qualidade de legislatura da sociedade só existe em virtude de seu direito de impor a todas as partes da sociedade e a cada um de seus membros leis que lhes prescrevem regras de conduta e que autorizam sua execução em caso de transgressão, o Legislativo é forçosamente supremo, e todos os outros poderes, pertençam eles a uma subdivisão da sociedade ou a qualquer um de seus membros, derivam dele e lhe são subordinados.

A ideia de Locke está vinculada à proteção patrimonial e da liberdade que deveria ser absoluta e esses seriam os limites do Legislativo. Ocorre que deixou de prever mecanismos de controle caso o Poder Legislativo, dito soberano, extrapolasse os limites a ele imposto, ocasião em que o Executivo e o Judiciário nada poderiam fazer.

Charles de Montesquieu, em sua passagem pela Inglaterra, de 1729 a 1731, teve contato com a monarquia inglesa e a partir de sua experiência, na obra “O Espírito das Leis” (Livro Décimo Primeiro), modernizou a teoria da Separação dos Poderes, inicialmente apresentada por Locke.

O modelo de Separação proposto por Montesquieu estabeleceu o seguinte: o Poder Legislativo seria responsável pela edição das leis; o Poder Executivo, pela execução e o Poder Judiciário, de julgar responsável pela lei civil. Apesar de reconhecer o Judiciário, afirmou em sua obra que somente os Poderes Legislativo e o Executivo poderiam exercer o direito de fiscalização de um sobre o outro. Ao Poder Judiciário, competia julgar os conflitos em que se envolvessem cidadãos não possuindo legitimidade para agir quando em um dos polos da lide se encontrasse o Estado.

O objetivo do modelo de MONTESQUIEU (2004, p. 166) tinha como alvo demonstrar a falência das monarquias despóticas, que reunia no soberano todos os poderes, fator que prejudicava a liberdade dos cidadãos, vejamos:

Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder Legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

O Judiciário, na realidade apresentada por Montesquieu, possui um poder político muito fraco. Atentos a essa questão, os norte-americanos Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, em 1788, publicaram na imprensa de Nova Iorque, diversos artigos intitulados “O Federalista”, com fundamento em Montesquieu, apresentando um modelo inovador de separação de poderes.

Apesar de Hamilton (2003. p. 298), ter escrito a maioria dos artigos, Madison escreveu os mais famosos. O artigo 10 que, fala sobre a separação dos poderes e o artigo 51, que se refere a necessidade de um poder central com força.

Os artigos objetivavam a criação de uma constituição formal e comum a todos os estados como forma de possibilitar o fortalecimento de um poder central, temia-se a anarquia entre os Estados. O modelo de constituição trouxe em seu conjunto a separação de poderes, os federalistas assim argumentaram:

Repreende-se a Constituição proposta à infração do princípio político que exige a separação e distinção dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Essa preocupação, tão essencial à liberdade (dizem), foi inteiramente desprezada na organização do Governo federal, onde os diferentes poderes se acham distribuídos e confundidos com tal exclusão de toda a ideia de ordem e simetria, que muitas das suas partes essenciais ficam expostas a serem esmagadas pelo peso desproporcionado de algumas outras.

Prossegue ainda Hamilton (2003. p. 298):

O mais ligeiro exame da Constituição inglesa nos deixará convencidos de que os três poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – não se acham nela inteiramente distintos e separados. A magistratura executiva forma parte constituinte do Poder Legislativo.

No novo modelo proposto pelos norte-americanos, o Poder Judiciário deixou de ser fraco politicamente e passou a ter relevância, sendo dotado de competência para controlar, dentro de certos limites as ações dos Poderes Executivo e Legislativo que violassem os direitos fundamentais de primeira geração, a saber, os direitos de liberdade e políticos.

Imperioso destacar que nesse modelo, primeiramente propuseram a criação da figura do presidente que deveria ser democraticamente eleito, a exemplo do Legislativo. Este deveria ser dividido entre câmara e senado e o Judiciário surge com uma importante força na proteção das minorias no controle da produção dos Atos Legislativos. Nascia dessa forma a separação de poderes com o sistema de freios e contrapesos, com uma permissão regrada de

interferência entre os poderes e com o fim de equilibrar o exercício do poder estatal como uma espécie de modelo de coordenação na busca do perfeito equilíbrio.

Ao Poder Judiciário, no modelo norte-americano, foi assegurada independência e inamovibilidade como forma de fortalecimento e defesa do exercício das funções do Judiciário, conforme o texto dos federalistas (HAMILTON, 2003, p. 459):

Esta simples observação nos habilita a estabelecer os princípios seguintes: que o poder judiciário é sem questão alguma o mais fraco dos três; que por isso mesmo não pode atacar nenhum dos outros com boa esperança de resultado; por isso é preciso dar-lhe todos os possíveis para poder defender-se dos outros dois. Segue-se mais: que ainda que os tribunais de justiça possam algumas vezes excitar algum ato de opressão individual, nunca podem por em perigo a liberdade geral, ao menos enquanto o poder judiciário estiver convenientemente separado, dos outros dois; porque é preciso concordar com que não pode haver liberdade onde o poder não estiver hem separado do de fazer as e leis do de as executar. Segue-se finalmente; que como a liberdade nada tem que temer do poder judiciaria sozinho, e tudo que recear da sua união com qualquer um dos outros dois como a dependência que um dele se achasse, todos os efeitos de uma verdadeira união, apesar de uma separação que em breve se tornaria ilusória e nominal. Como pela sua fraqueza natural, o poder judiciário sempre está em perigo de ser intimidado, subjugado ou seduzido pela influencia dos poderes.

Por ser considerado o mais fraco dos poderes, necessitava de cuidados especiais, como forma de garantia de sua autonomia. Na ocasião em que o modelo americano foi desenhado, a sociedade era composta pela burguesia, que era uma minoria, e o povo, a grandiosa maioria. Essa maioria representava uma ameaça à minoria, uma vez que, poderiam eleger seus representantes no Legislativo e no Executivo, com o desiderato de evitar a ditadura da maioria, e, por tal razão, parcela de poder é concedida ao Judiciário que era composto pela burguesia para reprimir eventual abuso da maioria (povo), sobre a minoria (burguesia).

Em recente publicação, Ralws (2000, p. 283), afirma que o poder supremo é detido pelos três poderes, com divisão de atribuições, senão, vejamos:

O poder supremo de um governo constitucional não pode caber ao Legislativo, nem mesmo ao supremo tribunal, que é apenas o melhor intérprete judicial da constituição. O poder supremo é detido pelos três poderes, numa relação devidamente especificada de uns com os outros e sendo cada qual responsável perante o povo.

O modelo criado pelos norte-americanos é, na atualidade, adotado no Brasil¹. Ocorre que nem sempre foi assim. A Constituição Brasileira de 1824, instituiu o Poder Moderador, com base no discurso de Benjamin Constant, como um quarto poder que deveria se sobrepôr aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, tendo força coativa, inclusive. A Constituição de 1824, em seu art. 99, declarava que a pessoa do imperador, titular do quarto poder, era inviolável e sagrada, razão pela qual, não estaria sujeito a responsabilidade alguma. Com a Proclamação da República, o Poder Moderador foi extinto em 1889. Necessário esclarecer, ainda, que no Brasil houve uma interpretação diferente para o discurso de Benjamin Constant, vejamos:

Embora o discurso de Benjamin Constant pretendesse afastar o monarca do exercício direto do Poder Executivo para atribuir-lhe apenas o papel de árbitro do sistema político, as salvaguardas por ele requeridas para que a Coroa pudesse exercer o Poder Moderador continham argumentos valiosos para que dela os governistas brasileiros lançassem mão, com o fito porém contrário de preservar a inteireza das prerrogativas régias diante das crescentes pretensões da Assembléia de monopólio da representação da soberania. A defesa pública de um projeto constitucional monarquiano, a partir do conceito ultraliberal de Poder Moderador, acabou por fazer com que este último adquirisse no Brasil alguns significados diversos daqueles a que estava associado na França, como os de neutralidade ativa, discricionariedade decisionista e centralização político-administrativa, significados que, com o tempo, passaram a ser associados às próprias características que o Estado brasileiro deveria apresentar perante os desafios da construção nacional. Essa ambigüidade jurídico-doutrinária em torno do Poder Moderador se refletiu no texto constitucional de 1824, o qual passou a comportar, conseqüentemente, duas leituras. Na primeira, de cunho ultraliberal, o Imperador figurava apenas de árbitro do sistema constitucional, ao passo que, na segunda, monarquiana, o chefe de Estado era apresentado como o eixo de toda a atividade governamental. Essa dualidade estaria na raiz das tensões do pensamento político brasileiro, tradicionalmente premido entre um modelo liberal, mas oligárquico, e outro autoritário, mas modernizador. (LYNCHY, 2005, p. 611).

Nesse sentido, fica claro reconhecer uma evolução nos diferentes modelos de separação de poderes. Aristóteles, apenas identifica e descreve as três funções, ao seu passo, o filósofo Locke descreve o Poder Legislativo como absoluto, uma vez que, em caso de excesso não haviam instrumentos para impedir sua ação. Já no modelo idealizado pelo filósofo Montesquieu surge pela primeira vez o Poder Judiciário com atribuição para causas entre particulares, Por fim, em o “federalista”, há uma inovação ao atribuir força e autonomia ao judiciário com prerrogativas para a manutenção de seu pleno exercício, além de estabelecer o

¹ Art. 2º São Poderes da União, independente e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. (BRASIL, 1988)

mútuo controle entre os Poderes para manter a harmonia, modelo esse, aplicado no Brasil e em vários países do mundo.

As diferentes abordagens desenvolvidas ao longo dos anos, possuem algo em comum, a identificação e a separação de poderes, se opera no interior de um determinado Estado, com produção de efeitos dentro dos limites de sua fronteira. Evidente que somente o direito doméstico estaria apto a produzir efeitos, diante do funcionamento e atuação dos três poderes.

II. CONSTITUCIONALISMO TRANSFRONTEIRIÇO. LIMITAÇÃO DA POSSIBILIDADE DE REVISÃO CONSTITUCIONAL PARA ALÉM DAS FRONTEIRAS

O presente estudo se dedica ao que denominamos de Constitucionalismo transfronteiriço, ou seja, para fora do Estado. Trata-se da possibilidade de um Estado soberano, ceder parte da sua soberania², para que se opere a revisão do seu processo jurisdicional de tomada de decisão por um outro Estado. Neste caso, evidente, que os efeitos da decisão se operaria para fora do limite do Estado responsável pela revisão. Não se trata de análise de tratados, que foram legalmente internalizados, e sim a revisão da aplicação da legislação interna que considera o direito doméstico de um Estado soberano, por outro, igualmente soberano.

Dentro dessa perspectiva, entendemos o constitucionalismo enquanto fenômeno que permite o surgimento de uma constituição escrita, não estático, ao contrario, está em constante evolução e mutação, em conformidade com os acontecimentos históricos e culturais de um Estado, daí a dificuldade em identificar o momento de seu surgimento GRABER, (p. 14). A obra a Política de Aristóteles, ARISTÓTELES (2006, p. 127/128), nos afigura como um caminho seguro para informar o surgimento do constitucionalismo uma, vez que, foi o primeiro a descrever as funções do Estado e a identificar a tríplice função dos poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário. Hoje o constitucionalismo deve ser entendido como uma teoria do reconhecimento da soberania e da estrutura de um determinado governo com a imposição de certas limitações internas, indispensáveis para a garantias dos direitos individuais, CANOTILHO (1993, p. 51), sendo fundamental a adesão popular como um

² Neste trabalho soberania popular a teoria de Jellink que consiste na possibilidade do indivíduo possuir status de subordinação ao Estado, sem prejuízo da liberdade e do direito de exigir do Estado uma prestação positiva. Ainda que possua deveres e direitos, o indivíduo não perde a competência para influenciar na escolha de seus representantes.

elemento de reconhecimento da legitimidade do texto constitucional, a partir, da aceitação individual, daí a ideia do povo como titular legítimo.

Nesse sentido, a soberania do Estado, ao reconhecer a estrutura interna de organização político-social e a imposição de limites para a implementação das garantias individuais, asseguram a proteção de influências externas ao passo que o sistema de freios e contrapesos enquanto mecanismo de limitação e harmonização dos poderes, passa a desempenhar um papel fundamental da estabilização constitucional.³

O desenvolvimento do presente estudo se dá com base na ideia de constitucionalismo contemporâneo, entendido como aquele movimento que surgiu após a Segunda Guerra Mundial e se mantém até o presente momento, tendo como característica a fundamentação legal com base na supremacia da constituição, enquanto fruto da vontade popular, com a imposição de limitação ao poder do Estado e obrigatoriedade de prestação de serviços essenciais.

A constituição do Brasil de 1988, que registra o maior período de vida democrática no Brasil desde 1946, é um bom exemplo de constituição contemporânea, possibilitou o rompimento do Estado brasileiro com um regime autoritário e de exceção, com o conseqüente transporte para um Estado democrático de direito, com a limitação do exercício poder e o asseguramento de direitos fundamentais. Desde que entrou em vigor, dois Presidentes da República foram destituídos por *impeachment*, inúmeros Senadores e Deputados Federais, foram afastados sendo certo, que em todos os casos houve respeito ao processo democrático do texto constitucional, situa-se como norma fundamental no ordenamento jurídico, organiza o exercício do poder político, com a fixação de competências e forma de governo, define direitos e garantias fundamentais, consagra valores e aponta os fins públicos a serem observados. Diante da força normativa e do caráter vinculante das normas constitucionais, nos últimos anos passamos a observar uma expansão da jurisdição constitucional.

³ O constitucionalismo possui uma tradição na teoria política, o debate quanto ao seu surgimento não é preciso. Há uma tradição em afirmar que surgiu na Grécia antiga em a política de Aristóteles, uma vez quem este foi o grande trabalho do constitucionalismo, que na época se dedicou ao estudo dos regimes políticos. Sem duvida o ápice do desenvolvimento do constitucionalismo remonta a Inglaterra e aos Estados Unidos, durante os séculos XVII e XVIII, nesse período, o constitucionalismo estava comprometido com um governo limitado e com a liberdade individual. Nesse momento, houve um impedimento de interferência do Estado nas liberdades individuais, a saber, livre exercício da religião e propriedade privada. A última onda do constitucionalismo, é contemporânea e encontra previsão nos modelos que surgiram após a Segunda Guerra Mundial e do período de descolonização, as constituições passaram a impor ao Estado a responsabilidade no que tange a prestação de serviços básicos e essenciais.

Luís Roberto Barroso, afirma existir um neoconstitucionalismo, que se caracteriza com a expansão da atividade do Poder Judiciário, sobretudo diante do fortalecimento do Judiciário que ganhou notoriedade com a recente criação dos tribunais constitucionais e diante da aproximação entre direito e moral. Por ser a constituição recheada de valores morais, princípios jurídicos e direitos fundamentais voltados a efetividade, a corte constitucional, passa a desempenhar um papel de vanguarda e iluminismo. BARROSO, (2009, p. 316). Essa expansão sobretudo diante da globalização que marca o mundo contemporâneo, permitiu transplante do direito constitucional para além das fronteiras com um verdadeiro diálogo entre os Estados. Para se ter uma ideia a expressão Estados Unidos da América, em pesquisa no portal de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, encontra 417⁴ resultados, como citações em julgamentos realizados pelo Supremo, já a expressão Alemanha possui 410⁵ ocorrências.

A utilização de jurisprudência constitucional em caráter persuasivo, mesmo diante de um cenário de globalização, deve ser avaliada com certo cuidado, já que o Estado estaria abrindo mão de parcela de sua soberania ao aceitar uma decisão de outro Estado e, conseqüentemente, estaria violando a vontade de seus cidadãos, sobretudo diante dos casos de total ausência de traços históricos e culturais. A utilização em caráter persuasivo entendemos ser possível enquanto a técnica de interpretação afeta a adesão de determinado discurso diante do diálogo entre os diversos Estados que se relacionam. ROTHENBERG, (2004, p. 547).

A influência no Brasil é evidente e resta configurada pelo excessivo uso persuasivo da jurisprudência estrangeira na fundamentação das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com isso, já teríamos uma espécie de controle prévio operado por essa influência estrangeira, a questão que este artigo se propõe a abordar está relacionada a possibilidade de abertura constitucional para que decisões domésticas proferidas pelo Judiciário de um brasileiro, que mesmo diante das influencias externas, ainda se afigura como soberano pudessem ser revisadas pelo Judiciário de outro Estado. Limitando tal hipótese, a Constituição Brasileira de 1988, consagra que as questões domésticas, entendida como as questões em que não há discussão judiciais entre Estados, mas apenas entre seus cidadãos, deve ser resolvida internamente, com isso, o Supremo Tribunal Federal decidirá em última instância, conforme a sua competência constitucional, as matérias com carga constitucional.

⁴<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ESTADOS+UNIDOS+DA+AMERICA%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mn9yx62>. Acesso em 13/04/2017.

⁵<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ALEMANHA%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ny9e7oh>. Acesso em 13/04/2017

Por não interessar ou influenciar na ordem jurídica de outros Estados, a decisão não possui repercussão além das fronteiras nacionais. Esse entendimento encontra previsão nas constituições dos Estados Unidos, Alemanha, Portugal, Itália e França. Apesar de encontrar forte resistência na Corte norte-americana, em função das diferenças culturais, sociais e econômicas dos diversos países, FRANKENBERG, (1985, p. 413), o transplante das decisões proferidas por um tribunal constitucional estrangeiro vem sendo utilizada de forma persuasiva pelos tribunais de outros países.

Em 1968, a República de Nauru foi além da discussão sobre a possibilidade ou não da utilização de jurisprudência estrangeira em caráter persuasivo, e passou a admitir expressamente em sua Constituição, a possibilidade de revisão de um julgamento proferido em âmbito interno por países estrangeiros. Em seu artigo 57, a República de Nauru autoriza o parlamento a submeter uma apelação de um julgamento interno ou decreto à revisão do tribunal de outro País.⁶ Nesse sentido, temos configurado o constitucionalismo transfronteiriço, para fora do estado ou além das fronteiras geográficas, evidenciado pela possibilidade de revisão e, conseqüentemente, a produção de efeitos da decisão interna por uma corte externa para além das fronteiras do tribunal, por assim dizer, revisor. A despeito de transferir a possibilidade de revisão de ato administrativo e jurisdicional à um Estado estrangeiro, o constituinte originário de Nauru afirmou em seu artigo primeiro, tratar-se de uma República independente, tendo a Constituição como a sua Lei suprema. Demonstrada a possibilidade do que denominamos constitucionalismo transfronteiriço passaremos a enfrentar a possibilidade de utilização no Brasil, por intermédio de uma revisão constitucional, com análise das implicações e limites para tal possibilidade. Aspectos econômicos e o custo de manutenção de um Tribunal Constitucional influenciaram na opção da revisão de matéria constitucional por um Estado estrangeiro.

A credibilidade do governo é um fator importante e que pode ser melhorada através da delegação de competências de decisão além do Estado. Alguns países que inicialmente foram colonizados pela Inglaterra, mesmo após alcançar a independência, mantiveram o Comitê Judicial do Conselho Privado como tribunal de apelação fator que possibilitou o crescimento econômico. (VOIGT. 2007, p. 348).

⁶ Artigo 57, item II, O Parlamento pode prever que um apelo reside na forma da lei de um julgamento, decreto, ordem ou sentença do Supremo Tribunal a um tribunal de outro país. (http://www.naurugov.nr/media/21406/constitution_19.5.1968.pdf).

A nossa constituição é fruto da vontade popular enquanto manifestação da soberania. Nesse espectro a guarda da constituição se opera pelos três poderes organizados em momentos distintos e com seus respectivos filtros constitucionais. Em primeiro lugar o legislador atua de forma efetiva quando afere a constitucionalidade ou não de um ato normativo no momento de sua produção por intermédio das constituições temáticas e permanentes. Em segundo lugar, o executivo faz o controle através do veto. Por fim, em terceiro lugar, o controle repressivo, em regra⁷, se opera pelo judiciário. Necessário mencionar que a Constituição da República de 1988 (CRFB), além de estabelecer esse tríptico controle de constitucionalidade, concentrou no Supremo Tribunal Federal, enquanto tribunal constitucional, poder para dizer o que seria constitucional com o fim de manter a conformidade das normas com os preceitos constitucionais, nosso modelo seguiu, em parte, a proposta de Hans Kelsen. (2003, p. 253), vejamos:

“A função de um Tribunal Constitucional tem um caráter muito mais político de grau muito maior que a função de outros tribunais – e nunca os defensores da instituição de um Tribunal Constitucional desconhecem ou negaram o significado eminentemente político das sentenças deste - mas não que por causa disso, ele não seja um tribunal e que sua função não seja jurisdicional.”

Sendo a constituição o fruto da vontade popular, a carta política de um determinado Estado, seria possível o Constituinte Originário inserir a possibilidade de revisão de uma decisão interna por outro Estado soberano. No Brasil, a despeito da grande influência de julgados estrangeiros, diante do papel periférico dos tribunais nacionais, a Constituição da República Federativa do Brasil, impede a submissão da revisão da decisão judicial interna por um tribunal estrangeiro, como no caso da República de Nauru, portanto, resguardou o Constituinte Originário à soberania.

Nos parece que até mesmo uma alteração constitucional como fruto do poder constituinte derivado ou originário, não poderia disciplinar no Brasil a revisão das decisões domésticas por outro tribunal estrangeiro, as nossas decisões não possuem repercussão para além das nossas fronteiras e, igualmente, uma revisão das decisões por outro tribunal parece esbarrar em questões teóricas que podem dificultar tal possibilidade, a saber:, soberania,

⁷ Afirmamos em regra porque existe a possibilidade de controle preventivo por membro do legislativo, nos casos de manifesta inconstitucionalidade diante da violação de cláusulas pétreas e para assegurar a higidez do processo legislativo.

particularismo legal, raiz constitucional, pragmatismo legal e arbitrariedade judicial e dominação.

O primeiro obstáculo para a possibilidade de deslocamento das decisões para fora do Estado na qual opera seus efeitos, é a soberania estatal que importa na capacidade de imposição da vontade do Estado com possibilidade de constranger a obediência pela coerção, com aptidão para estabelecer a organização política interna com a divisão e limitação de poderes. Nesse sentido, a possibilidade de revisão resultaria em cessão de parcela da soberania estatal, ferindo a regra constitucional que prevê um sistema determinado pelo seu próprio povo e decidido pelo seu próprio povo, uma vez que, a Constituição da República impõe como condição necessária à indicação para o Supremo Tribunal Federal, ser brasileiro nato, com isso, temos assegurada a soberania estatal. Apesar de ser possível considerar a possibilidade de autodeterminação, o que em tese possibilitaria a revisão para fora do Estado, esbarraríamos no sistema de freios e contrapesos, uma vez que o legislador e o judiciário do Estado revisor se opera fora desse importante mecanismo de controle que no Brasil é considerado cláusula pétrea por forma do inciso III do artigo 60 da CRFB.

Como segundo impedimento ao constitucionalismo transfronteiriço, temos o particularismo legal. Cada Estado possui uma identidade, uma história e uma cultura própria. Logo, submeter a revisão para além das fronteiras poderia aniquilar aspectos históricos e culturais. Com isso temos a dificuldade de solução dos litígios submetidos à revisão constitucional. Na hipótese de aborto espontâneo que possui um regramento que restringe a faculdade da gestante de livremente decidir abortar, se houvesse a possibilidade de revisão das decisões brasileiras pela corte norte-americana, em que pese a discussão envolvendo o tema, no que tange a proteção da dignidade da gestante, hoje ainda é vedado o aborto, o que ocasionaria uma decisão contrária a legislação interna. A possibilidade ora aventada, poderia representar avanços para alguns e retrocesso para conservadores, não se pretende discutir os argumentos favoráveis e contrários a liberação do aborto, mas a utilização do exemplo se faz necessária para demonstrar como a possibilidade de revisão judicial para além das fronteiras causaria dificuldades. Neste ponto, necessário chamar atenção para uma tendência internacional no que tange a liberação do aborto. Países como Estados Unidos, Reino Unido, Alemanha, França, Itália e Portugal, passaram a admitir o aborto, nesse sentido, em que pese não se operar a revisão para além das fronteiras. Evidente que o comportamento dos tribunais constitucionais desses países, poderá influenciar a posição do Supremo Tribunal Federal em caráter persuasivo, aliás, a legalização com a consequente possibilidade de realização voluntária de aborto até o terceiro mês de gestação, parecer ser tendência no Supremo

Tribunal Federal diante do julgamento do *Habeas Corpus* 124.306 Alguns poderiam até argumentar que estaríamos diante da revisão da legislação interna por força de decisões de outros países, essa hipótese não se confunde com o que o objeto desse artigo, uma vez que, a decisão se opera pelo tribunal constitucional interno e a influencia de julgados estrangeiros são inseridos na fundamentação com persuasão racional em um discurso de adesão e não na parte dispositiva.

A raiz constitucional é um importante argumento que parece afastar a possibilidade de revisão extramuros. Sem critérios ou limites, tal argumento considera a relação de origem e historia entre os Estados. Alguns países até podem possuir relações históricas conflituosas, o que de plano inviabilizaria tal hipótese, já outros Estados possuem vínculo histórico e cultural, sobretudo aqueles que foram colonizados. Nesse caso a submissão poderia representar um retrocesso no que tange a já conquistada independência e levar o país a condição inicial de dominação, só que nesse caso jurídica.

O pragmatismo jurídico impõe ao julgador a necessidade de observar as consequências reais e não hipotéticas de sua decisão, POSNER, (2010 p.47), no Brasil o STF é pragmático por excelência. Como exemplo, destacamos as constantes modulações dos efeitos de ações de declaração de inconstitucionalidade com apoio no artigo 27 da Lei 9868/1999, considerando os efeitos sistêmicos e seu impacto. Um juiz pragmático analisa as consequências específicas e sistêmicas de uma ou outra decisão num caso concreto, importa dizer que a revisão constitucional operada fora dos limites do Estado que sofre seus efeitos, impede a análise pragmática do conteúdo decisório. O Estado revisor desconhece as normas e princípios gerais daquele que sofrerá a infiltração dos efeitos, Evidente que não haverá como testificar os efeitos e consequências da revisão operando efeitos em uma ordem jurídica diversa. Um juiz pragmático pode até considerar dados empíricos de um determinado estado estrangeiro para fundamentar sua decisão doméstica, retornando ao exemplo do aborto, o STF poderia analisar as consequências e efeitos da liberação no aborto pelas Cortes Constitucionais de outros Estados, para fundamentar uma eventual liberação ou proibição. Daí a importância do pragmatismo legal como critério limitador da possibilidade de revisão constitucional na hipótese trabalhada no presente estudo.

Como último óbice a possibilidade de submissão da revisão externa destaca-se a arbitrariedade judicial. Com isso haveria a possibilidade de modificação ou confirmação da decisão com manipulação do resultado, a depender da escolha do Estado. Retornando ao caso do exemplo do aborto, submeter a revisão ao tribunal norte-americano resultaria na permissão e conseqüentemente a possibilidade de realização do aborto, ao passo que submeter a revisão

para o tribunal boliviano teríamos a proibição do aborto. Com isso a possibilidade de múltiplas decisões a depender da eleição do Estado revisor pode causar rompimento da segurança jurídica e dos Direitos tidos por fundamentais, além de possibilitar uma inovação na ordem jurídica diante da interpretação da revisão à luz do direito interno do revisor e não do Estado que sofrerá os efeitos. No caso de decisão com base em tratados internacionais o problema não se configuraria posto que se estivermos diante de dois Estados que aderiram ao tratado, seria interpretação de norma doméstica. O problema surge quando da consideração da legislação interna, que pode não refletir a realidade do país que sofrerá a influência, com isso teríamos a possibilidade de produção legiferante fora das hipóteses constitucionalmente asseguradas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A possibilidade de submissão de revisão de uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, por uma corte extranacional, com produção de efeitos para além das fronteiras, parece ferir o princípio da separação de poderes, uma vez que, o Judiciário da Corte Constitucional responsável pela revisão não opera dentro do sistema de freios e contrapesos do Estado que sofrerá o impacto da decisão. Poder-se-ia argumentar que como critério para a submissão de revisão, necessitaria operar dentro de um sistema de freios e contrapesos. Mesmo nesse caso, parece haver ruptura do equilíbrio e harmonia entre os Poderes diante da impossibilidade de atuação limitadora dos Estado receptor da revisão e da possibilidade de arbitrariedade judicial. No entanto, nada impediria a possibilidade de revisão por uma Corte Constitucional externa, desde que, houvesse ratificação da Corte Constitucional do Estado destinatário da decisão. Com isso, haveria o controle da decisão proferida e sua conformidade com o ordenamento jurídico quando da análise de ratificação. Isso porque as decisões proferidas por cortes estrangeiras aptas a produzir efeitos em outro Estado, possuem contornos antidemocráticos ao não serem produzidas por representantes oficiais eleitos, razão pela qual, o desconhecimento da ordem interna causa ruptura da segurança jurídica ao inovar na ordem jurídica.

Em que pese um eventual controle posterior, a manutenção da soberania nos afigura como um fator apto a impedir a utilização do modelo descrito na Constituição da República de Nauru. Isso porque o Tribunal Constitucional interno, enquanto guardião da constituição não permite o reconhecimento de autoridade superior na ordem externa, sob pena de causar ruptura na estabilidade democrática. Alguns poderiam argumentar que a capacidade de autodeterminação com adesão popular, poderia permitir a revisão constitucional para inserir a

possibilidade de submissão das decisões internas para uma corte extranacional, contudo, haveria a quebra da soberania e a decisão proferida por cortes externas não seriam pragmáticas, uma vez que, um julgador extramuros desconhece os aspectos históricos e culturais, não reunindo, dessa forma, condição de prever os efeitos sistêmicos de sua decisão. O pragmatismo jurídico com análise das consequências de uma determinada decisão, funciona como verdadeiro princípio guia para o julgador a exemplo da proporcionalidade.

Eventual emenda à constituição ou o surgimento de uma nova ordem jurídica como fruto do Poder Constituinte Originário, dada a sua característica ilimitada, não poderia ao nosso ver romper com a soberania e o princípio da separação dos poderes, dado que mesmo diante da possibilidade de mitigação seu núcleo essencial não pode sofrer desconfiguração.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES, **A Política**, São Paulo: Martins Fontes, 3.ed.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BESSELINK, Leonard F. The Proliferation of constitutional law and constitutional adjudication, How American Judicial Review came Europe after all. *Utrecht law review*, n. 9, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 29/12/2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Jurisprudência do STF. <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ESTADOS+UNIDOS+DA+AM%C9RICA%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mn9yx62>. Acesso em 13/04/2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Jurisprudência do STF. <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ALEMANHA%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ny9e7oh>. Acesso em 13/04/2017.

CANOTILHO, José Gomes Joaquim, **Direito Constitucional**, 6ª. Ed. Coimbra: Almedina, 1993.

FRANKENBERG, Gunter. **Critical Comparasions: Re-thinking Comparative Law**, *Haward international Law Journal*, vol. 26, p. 440-448. 1985.

FRENCH, Robert. **Cooperation and Convergence. Judiciaries and profession.** Journal of judicial review, n. 11, 2012.

GRABER, Mark, **A new introduction to American constitutionalism**, Oxford University, 2013.

HAMILTON, Alexander (1757 – 1804). **O Federalista: Hamilton, Madison e Jay.** Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

KELSEN, Hans. **Quem deve ser o guardião da Constituição? Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil.** Editora Vozes. Acessado em: 20/12/2016. Disponível em: http://www.xr.pro.br/if/locke-segundo_tratado_sobre_o_governo.pdf.

LYNCH, Christian Edward Cyril. **O Discurso Político Monarquiano e a Recepção do Conceito de Poder Moderador no Brasil (1822-1824)**, Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro: Vol. 48, nº 3, 2005.

MENDONÇA, José Vicente Santos, **Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo.** Belo Horizonte, Forum, 2014.

MONTESQUIEU, Charles de Cecondar Baron de. **O Espírito das Leis.** 1ª. ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004.

NAURU. Constituição da República de Nauru. http://www.naurugov.nr/media/21406/constitution_19.5.1968.pdf. Acesso em 24/04/2017.

POSNER, Richard, direito, pragmatismo e democracia, 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PEÑA, Guilherme. **Constitucionalismo multinacional: uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais.** 1ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RAWLS, John. **O Liberalismo Político.** São Paulo: Editora Ática, 2000.

ROTHENBERG, Laurence E. **International Law, U.S. Sovereignty and death penalty.** Georgetown Journal of international law, n. 35, 2004.

VOIGT, Stefan, EBELING, Michael W. Improving Credibility by Delegating Judicial Competence: the case judicial committee of the privy council. Journal of Development Economics, n. 82, 2007.