



JOSÉ GUILHERME TANURE BACELAR

**A APRECIÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA ESTRANGEIRA PELO
JUDICIÁRIO NACIONAL.**

BRASÍLIA

2012

**A APRECIÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA ESTRANGEIRA PELO
JUDICIÁRIO NACIONAL.**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Professor: César Augusto Binder.

BRASÍLIA

2012

Aos meus pais, pelo esforço empregado.

Ao meu orientador, pelos valiosos ensinamentos e pela
compreensão.

Aos excelentes professores que tive no Uniceub, pela
transmissão do saber jurídico.

“O que é fora de dúvida é que os filósofos, quase que por consenso unânime, ridicularizam os advogados e, com muita propriedade, qualificam essa profissão como ciência de burro. Mas, burros ou não, serão sempre eles os intérpretes das leis e os reguladores de todos os negócios.”

Erasmus de Rotterdam, Elogio da Loucura.

RESUMO

O presente estudo tem por objeto o conflito de normas no espaço. Assim sendo, o conflito de normas entre Estados, que buscam a realização e eficácia de suas normas em território estrangeiro. Tem por objetivo demonstrar que a jurisdição comporta a análise de leis editadas por outros Estados, quando da apreciação de juiz de outra nacionalidade. A problemática afigura na hipótese de um magistrado, imbuída de legítima jurisdição, afastar norma que considere inconstitucional frente ao ordenamento jurídica que a editou. Propõe-se um debate frente ao princípio do Estado Democrático de Direito, onde o magistrado não deve estar vinculado, de forma estrita ao legalismo puro, não podendo apreciar a inconstitucionalidade de uma lei, por se tratar de norma alienígena. Assim, serão analisadas extradições requeridas por outros Estados lastreadas em leis inconstitucionais, onde a Suprema Corte teve que se pronunciar frente a ilegalidade manifesta do ordenamento alienígena.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Controle de Constitucionalidade. Hermenêutica. L.N.D.B. Extradicação. Conflito de leis no espaço. Apreciação da norma estrangeira.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. A RELAÇÃO ENTRE OS ORDENAMENTOS JURÍDICOS NACIONAIS.....	9
1.1 Validade e obrigatoriedade das normas jurídicas nos respectivos territórios e a extraterritorialidade.....	9
1.2 Hipóteses de aplicação de norma estrangeira no território nacional (L.N.D.B e extradição).....	15
2. DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	18
2.1. Sistemas de controle de constitucionalidade.....	18
2.1.1. Sistema de controle de constitucionalidade americano.....	18
2.1.2. Sistema de controle de constitucionalidade austríaco.....	22
2.2. Modelos de controle de constitucionalidade.....	24
2.2.1. Modelo de controle de constitucionalidade brasileiro.....	24
2.2.2. Modelo de controle de constitucionalidade argentino.....	27
3. A APLICAÇÃO DA VALIDADE DA NORMA ESTRANGEIRA.....	29
3.1 Na aplicação da L.N.D.B – Juízes e tribunais.....	29
3.2 Modelo jurisdicional argentino	34
3.2.1 A Extradicação 417 e o Supremo Tribunal Federal.....	36
3.2.2 Apreciação da constitucionalidade de lei estrangeira.....	44

CONCLUSÕES.....	52
REFERÊNCIAS.....	54

INTRODUÇÃO

A jurisdição apresenta relevante processo criativo de integração e interpretação das normas. Seu alcance não é estanque, imóvel. É uma função de excelência, não só de dizer o direito, vai além, integra a norma à realidade do indivíduo, fazendo prevalecer o mais alto corolário da democracia, que é salvaguarda dos direitos individuais.

O conflito entre leis alienígenas e o ordenamento brasileiro são corriqueiras, por vezes, esses conflitos são sanados com base em tratados. Contudo, afigura-se a hipótese de uma lei alienígena conflitar com a sua Constituição de origem. O presente trabalho busca analisar o conflito entre a norma estrangeira e a sua inconstitucionalidade frente ao ordenamento que a editou.

O conflito das normas foi enfrentando pelo Supremo Tribunal Federal, na Extradução 417, onde, pela primeira, vez falou-se na possibilidade de o Supremo Tribunal Federal realizar o controle de constitucionalidade de norma estrangeira frente à constituição estrangeira.

O tema versa sobre o conceito de jurisdição, da visão clássica da mesma até a jurisdição atenta a axiologia da Constituição Federal, passando pelo inarredável conceito de Estado Democrático de Direito, culminando com o Supremo Tribunal Federal, em sua máxima atribuição, controlar a constitucionalidade das normas, mesmo que estrangeiras. Pelo exposto, tais repercussões justificam sua abordagem em um trabalho monográfico.

A pretensão é debater, através de pesquisa da doutrina, da legislação e da jurisprudência, se o STF, como guardião maior da Carta Magna, ao adentrar o exame de constitucionalidade de norma alienígena, atua dentro de seus limites jurisdicionais. Será objeto de análise a postura da Suprema Corte perante casos concretos, envolvendo uma vasta gama de matérias.

Nesse estudo será utilizado o método dogmático-instrumental. Por meio de sistemática pesquisa bibliográfica, consistente na análise dos principais aspectos doutrinários relativos ao controle de constitucionalidade, jurisdição, Lei de Introdução às Normas Brasileiras, hermenêutica e ao sítio do Supremo Tribunal Federal. Autores fundamentais no direito brasileiro e internacional orientarão a construção das ideias, tais como: Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Uadi Lammêgo Bulos, Kildare Gonçalves Carvalho, Carlos Maximiliano; estrangeiros: Rui Manuel de Gens e Moura e Tito Balarino.

No primeiro capítulo serão desenvolvidos os conceitos básicos de relação entre os ordenamentos jurídicos, a Lei de Introdução às Normas Brasileiras e o conflito de leis no espaço. Hermenêutica e postura do Juiz-Estado frente à interpretação da norma alienígena.

No segundo capítulo serão explorados, de forma sucinta, alguns aspectos do controle de constitucionalidade. Serão abarcados os principais sistemas de controle no mundo (americano e austríaco), depois adentra-se no modelo brasileiro e suas idiossincrasias e concluindo com o modelo argentino e suas características.

Por fim, o terceiro capítulo apresentará a L.N.D.B e sua aplicação pelos juízes brasileiros, tecendo breve histórico da Extradução 417, que serve de base para essa monografia, adentrará aos critérios que nortearam os votos dos Ministros da Suprema Corte e estabelecendo as condições para que tal controle possa ser feito pelo judiciário nacional.

1. A RELAÇÃO ENTRE OS ORDENAMENTOS JURÍDICOS NACIONAIS.

1.1 Validade e obrigatoriedade das normas jurídicas nos respectivos territórios e a extraterritorialidade.

A Lei de Introdução às Normas Brasileiras estabelece os critérios para a interpretação das normas em território nacional, norma de interpretação pura, meta-norma, pontifica os postulados que servirão de base ao aplicador do direito, servindo de sucedâneo ao integralizar, interpretar e aplicar à norma ao caso concreto.

A L.N.D.B, é uma norma de interpretação, diferente de outras normas, que tem o caráter geral e abstrato em seu texto, a L.N.D.B é uma norma que determina a interpretação de normas. Que explicita como o exegeta procederá na interpretação. É a norma de exegese por definição:

Assim, trata-se de uma norma máxima de hermenêutica, que, além da evidente importância para a soberania nacional, regula a vigência e a eficácia e todas as outras, trazendo critérios para os seus conflitos no tempo e espaço, bem como estabelecendo parâmetros para a interpretação normativa (art. 4º) e garantindo a eficácia global do ordenamento positivo, ao não admitir o erro de direito (art. 3º) e ao reconhecer a necessidade de preservação das situações consolidadas em que o interesse individual prevalece (art. 6º).¹

Contudo, a L.N.D.B não alcança somente a interpretação das normas pátrias, lança seu aparato legal frente à normas de origem extraterritorial, como visto na dicção da própria lei:

Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

Assim, como visto, não só pode o Estado-Juiz nacional apreciar a lei estrangeira, como poderá adentrar critérios de legalidade e conveniência frente ao

¹ GAGLIANO, Pablo Stolze/FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**. 13 ed: São Paulo: Saraiva, 2011. p. 98.

ordenamento nacional, sendo a L.I.N.B a “porta de entrada” do juiz nacional para apreciar e dar validade a lei estrangeira.

Para elucidar questões relativas à soberania nacional e abrangência da lei estrangeira e a sua interpretação, faz-se necessário pormenorizar o conceito de extraterritorialidade da lei.

Como sabido, a lei consubstancia, de regra, norma de comportamento, produzida pelo Estado com o objetivo de tutelar seus cidadãos prescrevendo práticas e sancionando comportamentos. A lei, simbolizando um desiderato do Estado, não pode transcender seu território e encontrar sua validade em locais não abarcados pelo território físico de um determinado país.²

Dessa forma, toda lei prolatada pelo ente Estatal, em determinado momento ou circunstância, há de enfrentar um limite territorial ou geográfico.

Colhendo ensinamentos da doutrina aponta-se ensinamento de Caio Mário da Silva Pereira:

A lei, como norma de comportamento, emana do órgão estatal competente, é expressão soberana do Estado, aí se apresenta, sem contraste, a órbita de suas determinações, e, como as fronteiras geográficas nacionais barram a expansão de sua soberania, o limite espacial da força cogente ou da eficácia da lei aqueles confins e não os pode vencer.³

Tratando-se dos destinatários da lei e os objetivos e sujeitos de sua regulação e seus reflexos na órbita do indivíduo, a lei carece de limitação geográfica, visando delimitar o poder do Estado e seu alcance.

² GAGLIANO, Pablo Stolze./FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 101.

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 167.

Visa regular as ações humanas dentro dos seus limites territoriais, sendo que a soberania não tolera a ingerência de leis que não as suas próprias:

Noutros termos, porém, submetidos à mesma ordem de ideias, a lei se destina a regular as ações humanas dentro dos limites territoriais do Estado cuja soberania reflete. Assim encarado o problema, dir-se-ia que não pode haver qualquer dúvida no tocante à lei aplicável ao indivíduo, pois que a sua validade não ultrapassa o território coberto pela bandeira da Nação, nem a soberania desta tolera que uma disposição legal de procedência estrangeira seja imposta quem de seus lindes extremos.⁴

Isso explicado, ou seja, que a lei emanada de órgão estatal, e, por mais legítima e legal que seja, sua eficácia não transcende, por si só, as barreiras da soberania do Estado que as prolatou, a lei alienígena há de se conformar com o ordenamento pátrio onde busca sua validade e eficácia ao atingir seus cidadãos.

Afinal o conceito de soberania é de dupla validade, não podendo ser evocado apenas pelo Estado que busca respeito às suas leis por outro Estado, como também pode, e deve, ser evocado pelo Estado onde se busca a eficácia da lei alienígena. Nesse sentido salienta Caio Mário da Silva Pereira:

Sem quebra da noção fundamental do princípio da soberania da lei, surge a necessidade de se reconhecer que esta, conservando embora o caráter de expressão do Estado, venha preencher, fora dos limites territoriais deste, a função disciplinadora das relações jurídicas e, noutros termos, forneça o critério oficial de sua apreciação. É o que se chama de extraterritorialidade da lei, como que a sua projeção extraterritorial, que implica o seu reconhecimento como padrão de valor jurídico, pelos órgãos judicantes em outro país.⁵

Sendo fundamental a noção da impossibilidade de uma nação impor seu regramento à outra nação, melhor dizendo, tentar fazer valer seu ordenamento frente à outro país, pelo simples fato de se tratar de nacional. Não tendo nenhum tratado que regule essas relações, a lei estrangeira perde sua eficácia ao se encontrar com a

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 167.

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 167.

jurisdição de outro país. A lei de um país, regra geral, não segue seu cidadão pelo mundo.

É preciso, contudo, esclarecer bem que uma nação não leva a sua lei ao território de outra para ali impô-la como norma de conduta social, nem se abre um hiato no direito positivo nacional, a ser preenchido pela norma jurídica votada pelo Estado estrangeiro. O princípio da extraterritorialidade da lei tem aplicação no reconhecimento que um sistema jurídico faz, no sentido de aceitar que determinados atos ou certas situações jurídicas se acham regulados na sua constituição, na sua validade ou na produção de seus efeitos à regra jurídica vigente em outro Estado.⁶

Assim, a impossibilidade de imposição de norma jurídica alienígena perante o ordenamento natural, afasta a ideia de possível conflito territorial entre normas diversas, esse conflito não pode existir, pois, muito além de tratar-se de um conflito de leis, trata-se de um conflito entre soberanias. A soberania é pedra angular de um Estado, não só uma questão geográfica, mas uma questão de validade e legitimidade no trato dos assuntos estatais e normatividade do Estado:

A rigor não existe, e não pode mesmo existir conflito interespaçial de leis. Seria isto um absurdo lógico e um absurdo jurídico dentro do conceito fundamental do direito positivo como expressão de soberania estatal. O que existe, e aqui se insere a extensão da extraterritorialidade, é a circunstância de um Estado determinar que, na apreciação de certas relações jurídicas, sejam aplicados princípios de direito estrangeiro.⁷

Pensar na problemática advinda do conflito espacial de normas é tarefa para o Direito Internacional Privado, que lança suas diretrizes no direito positivo nacional e assevera como deve se posicionar o direito positivo nacional frente às relações jurídicas nacionais e internacionais. Enfrentar essa problemática é tarefa do Juiz-Estado, fazendo a distinção entre a adoção do ordenamento pátrio ou estrangeiro:

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 168.

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 168.

O direito positivo nacional, diante de um fato em conexão com meios sociais diferentes, pode mandar sejam julgadas as relações jurídicas dele geradas pelo próprio direito nacional – *ius indigenum* – ou pelo direito estrangeiro – *ius extraneum* – ou em parte por um em parte por outro. Enquanto as submete ao critério abstrato de apreciação local, não há falar em exterritorialidade, que somente se configura na adoção do *ius extraneum* como elemento informativo para o órgão jurisdicional nacional, na apreciação da situação jurídica criada em conexão com os meios sociais diferentes.⁸

Os Estados estrangeiros podem impor suas leis frente a outros países, isso porque qualquer Estado busca reciprocidade em tal sentido, negar de forma absoluta a vigência e eficácia de uma lei estrangeira em outro território abriria precedente para um ordenamento estático, que não se comunicaria com outros ordenamentos e que quando objetivasse o respeito frente a outras nações encontraria as barreiras do território que engessariam seu funcionamento.

Melhor, nesse ponto, é temperar a incidência das leis de outro país para que as nossas sejam por eles igualmente respeitadas. Posicionamento adotado por Miguel Maria de Serpa Lopes:

Assim, ao mesmo tempo em que o Estado é compelido a aceitar o império de leis estrangeiras, pela mesma razão as suas leis terão que se impor além de suas fronteiras. Duas ordens de fatos traduzem essa situação: 1^a) todos os Estados civilizados se afastam do princípio da absoluta territorialidade das leis, muitas vezes semelhantes, e sempre conduzindo mais ou menos à aplicação das leis estrangeiras; 2^a) muitos Estados procuram ou moldar suas normas de conflitos de leis pelas existentes em outros Estados, ou formular, por meio de tratados, regras comuns de conflitos de leis.⁹

Assim, ao editar uma lei, o Estado não faz com que ela acompanhe seu cidadão ao redor do mundo. Exige-se que situações específicas sejam tuteladas de outra forma.

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 169.

⁹ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. Introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. p. 233.

Não pelo simples fato de a lei ser ato do Estado, condicionando, assim, irrestritamente aquele que nasceu sob a égide do Estado que a prolatou.¹⁰

Tratados devem regular tais situações, visando, não só os limites da lei, como também respeitando a soberania de cada Estado. Ensina Arnaldo Rizzardo, comentando sobre extraterritorialidade:

Pelo princípio da extraterritorialidade, acompanham as pessoas que se encontram em outro país as leis do país de onde são provenientes. Unicamente através de convenções ou tratados internacionais admite-se esse estatuto, ou o estatuto pessoal, conhecido também como o estatuto da nacionalidade, pelo qual domina a lei do domicílio no país onde está o estrangeiro. A lei do país de origem rege o estrangeiro. Em alguns sistemas, esse sistema vai mais longe: acompanha os descendentes dos estrangeiros, mantendo-se a nacionalidade em virtude do sangue.¹¹

Lembrando que as leis estrangeiras não tutelam seus nacionais somente em assuntos relacionados com sua personalidade e garantias fundamentais, seus ramos se estendem para outras áreas, atingindo, também, direitos patrimoniais. Como se percebe pelo didático ensinamento de Francisco Amaral sobre o tema:

O direito internacional privado tem por objetivo a solução de conflitos e de normas jurídicas no espaço, indicando os critérios que determinam a vigência territorial ou extraterritorial de certa norma.

Esses critérios são os seguintes, no direito brasileiro:

- a) aplica-se a lei do domicílio da pessoa nas questões começo e fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família;
- b) aplica-se a lei do lugar da situação dos imóveis para qualificar-los (se não móveis ou imóveis) e reger as relações que lhes forem pertinentes;
- c) aplica-se a lei do lugar de constituição à qualificação e disciplina das obrigações, sendo que a obrigação resultante de contrato reputa-se constituída no lugar onde residir o proponente;
- d) aplica-se a lei do domicílio do defunto ou desaparecido à sucessão por morte ou ausência. Quanto à capacidade para suceder, aplica-se a lei do domicílio do herdeiro ou legatário. Todavia, no caso de a sucessão incidir sobre bens de estrangeiro situado no Brasil, aplicar-

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas** – limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 85.

¹¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Parte geral do código civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 85.

se-á a lei brasileira em favor do cônjuge brasileiro e dos filhos do casal sempre que não lhes seja mais favorável a lei do domicílio do falecido.¹²

Pelo analisado, percebe-se que a doutrina nacional trata, com maior atenção, da problemática do conflito de leis no espaço, não adentra, contudo, no critério de validade dessa lei.

Assim, alguns posicionamentos podem ser feitos frente a problemática da extraterritorialidade; a) deve uma lei estrangeira ser apreciada inquestionavelmente, pelo simples fato de ser estrangeira; b) se a lei prolatada pelo Estado estrangeiro incorrer em vício que macule direitos de seu nacional; c) se deve o Juiz-Estado validar tal norma objetivando pura e simplesmente a não ofensa à soberania.

Poucos são os doutrinadores pátrios que enfrentam a questão da interpretação da norma estrangeira frente ao seu próprio ordenamento.

Difícil achar aqueles que, além de se posicionar em tal sentido, qual seja, da possibilidade do juiz nacional interpretar a lei estrangeira, como se juiz alienígena fosse, aceitam a exegese da norma frente à Constituição alienígena.

1.2 Hipóteses de aplicação de norma estrangeira no território nacional (L.I.N.B e extradição).

Adentra-se a aplicação da norma estrangeira no território nacional, que deverá ser feita pelo juiz nacional, imbuído de legítima jurisdição. Os primeiros problemas se apresentam quanto à forma de proceder ao magistrado nacional.

¹² AMARAL, Francisco. **Direito civil, introdução**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 132.

Primeiramente não pode o juiz nacional aplicar a lei estrangeira com base no ordenamento jurídico nacional, se interpreta norma estrangeira deverá analisá-la com base na lei do país que a prolatou, como se juiz estrangeiro fosse:

Não deve o juiz nacional aplicar livremente o direito estrangeiro, com a própria sistemática de seu foro, mas sim adotar a interpretação aceita o país de origem do direito da causa. Tal problema se assemelha a uma questão de linguística, onde, para se interpretar uma expressão estrangeira, deve o interprete transportar-se para o país onde a empregam, verificando ali seu uso e aplicação comum.¹³

Como demonstrado, o juiz nacional, embora encontre os limites territoriais da jurisdição, deve aplicar e interpretar a norma como se fosse juiz estrangeiro:

Em outras palavras: a interpretação da lei estrangeira deve ser feita no estado de espírito dessa legislação, pois os termos, os conceitos e os institutos jurídicos tem o sentido e conteúdo que ali lhes são dados.¹⁴

Interessante notar que, didaticamente expondo, o critério seria que o juiz nacional, brasileiro, fosse transportado para a jurisdição de seu correspondente estrangeiro, atento, inclusive, a toda sistemática judicial vigente no país:

Deve-se interpretar o direito estrangeiro tal como se faz em sua respectiva jurisdição, deve assim, o juiz nacional levar em conta igualmente a jurisprudência daquele país, principalmente de sua Suprema Corte, mas não somente dela, pois é de grande interesse, muitas vezes, saber o que decidem as jurisdições inferiores.¹⁵

Ponto interessante, ainda, é o fato de não poder se furtar, o juiz nacional, à problemática de escassa jurisprudência frente a uma lei recente que ainda

¹³ COSTA, Luiz Antônio Severo da. **Da aplicação do direito estrangeiro pelo juiz nacional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1968. p. 35.

¹⁴ COSTA, Luiz Antônio Severo da. **Da aplicação do direito estrangeiro pelo juiz nacional**. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 1968. p. 35

¹⁵ COSTA, Luiz Antônio Severo da. **Da aplicação do direito estrangeiro pelo juiz nacional**. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 1968. p. 35.

não tenha sido suficientemente discutida pelo judiciário local, mesmo que os ordenamentos jurídicos apresentem semelhanças:

Pode acontecer que, tratando-se de lei recente, ainda não haja jurisprudência respeito, tenha, então, o juiz nacional que a interpretar. É sabido que textos legais podem ser idênticos em diferentes países e diversas as interpretações jurisprudenciais.¹⁶

Por fim, restam, em se tratando de limites ao juiz nacional, aqueles incluídos pela Lei de Introdução às Normas Brasileiras, vedando ao juiz nacional, mesmo interpretando lei alienígena, silenciar frente à assuntos que se confrontem com os fins sociais e o bem comum:

É natural que, interpretando qualquer diploma legal nacional ou estrangeiro, o juiz brasileiro se deva lembrar de que deverá atender aos fins sociais a que ele se dirige e às exigências do bem comum, como prescreve o art. 5º, da nova Lei de Introdução.¹⁷

Assim, não fica o magistrado nacional adstrito apenas ao que prescreve a L.N.D.B. limites entendidos como aqueles explícitos no corpo principiológico da L.N.D.B., devendo o magistrado nacional adentrar a validade e a constitucionalidade da norma estrangeira frente à sua conformidade constitucional, não só quanto aos vícios de forma, nomoestático, como também frente ao nomodinâmico, devendo confrontar a materialidade e a carga axiológica da Constituição frente às legislações ordinárias.

¹⁶ COSTA, Luiz Antônio Severo da. **Da aplicação do direito estrangeiro pelo juiz nacional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1968. p. 39.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução às Normas Brasileiras**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 134.

2. DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

2.1 Sistemas de controle de constitucionalidade.

2.1.1 Sistema de controle de constitucionalidade americano.

Importante fazer breve digressão em relação ao controle de constitucionalidade das normas. Em países que adotam constituições e analisam a conformidade de suas leis frente ao texto constitucional.

O controle de constitucionalidade nasceu nos Estados Unidos da América, no ano de 1803, tendo como base o famoso caso de *Madison vs Marbury*, que não só inaugurou no mundo tal conceito, como iniciou a chamada jurisdição constitucional:

O sistema americano de controle de constitucionalidade formalizou-se em 1803. Foi John Marshall, *Chief Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte, que registrou, formalmente, as suas bases ao julgar o caso *William Marbury versus James Madison*.¹⁸

Embora o caso em comento tenha originado o controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América, foi ele fruto de longo estudo e teve como base julgados de outras cortes que já vislumbravam o respeito das normas frente à Constituição americana, sendo assim, *Madison vs Marbury* foi a confirmação de um posicionamento já praticado por outros Tribunais norte-americanos¹⁹:

Antes disso, contudo, a Justiça do Estado de New Jersey, nos idos de 1780, já havia declarado que as leis contrárias à constituição reputavam-se nulas. Em 1782, um grupo de juízes da Virgínia, declararam, em seus vereditos, que as leis inconstitucionais

¹⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 188.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 2.

afiguravam-se nulas. No ano de 1787, a Suprema Corte da Carolina do Norte invalidou leis contrárias aos artigos da confederação.²⁰

Assim, os tribunais norte-americanos já haviam ventilado a teoria de que todas as leis devem respeito ao texto maior, a *Magna Carta*. Amadurecendo a ideia nos tribunais e alcançando, enfim, seu ápice na decisão da Suprema Corte Norte-Americana:

Todas essas datas demonstram o quão é equivocada a ideia de que o controle difuso nasceu no caso *Madison vs Malbury*. Na realidade, o *decisum* de Marshall resultou do amadurecimento de séculos. Homens e instituições, de todo o mundo, exigiam o respeito incondicionado às normas constitucionais, a fim de se encontrar a tão almejada salvaguarda de direitos e garantias.²¹

Interessante apontar que Alexander Hamilton, no *Federalista*, já defendia a ideia da conformidade de leis frente à *Magna Carta*, alertando que nenhuma lei que afrontasse a constituição poderia prosperar: “O próprio Alexander Hamilton, após a aprovação da carta americana de 1787, advertiu que nenhum ato legislativo que lhe fosse contrário poderia ser válido (O federalista, p.312)”.²²

Em se tratando de jurisdição constitucional, coube, sem dúvida, à Corte Suprema a decisão histórica, não se atendo ao simples fato do controle das leis frente à Constituição, mas alargando a competência da Corte, deixando clara que ela era a derradeira interprete da Lei Maior²³:

Contudo, é inegável que coube a John Marshall, em 1803, disseminar, em sua decisão, os fundamentos do controle judicial de constitucionalidade. Seu veredito sempre deve ser lembrado, porque consagrou o princípio da supremacia da constituição e a competência

²⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 188.

²¹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 188.

²² BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 189.

²³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 2.

do Poder Judiciário para invalidar os atos que a contravenham. Numa palavra, mostrou que o juiz é o interprete último da carta magna.²⁴

Deixou claro em sua decisão, que o processo de interpretação da constituição é um processo construtivo, integrativo, não visa aplicar cegamente os princípios consagrados no Texto Maior, mas sim, conformá-los com a realidade, deixando claro que a jurisdição constitucional é atividade criativa:

Ao proferir a sentença em *Marbury versus Madison*, Marshall interpretou e desenvolveu a Constituição americana, num autêntico exercício de construção constitucional (*construction*).²⁵

Posteriormente, a jurisdição constitucional norte-americana muniu-se de outras formas que visam dar efetividade à constituição, alargando, assim, o cardápio de remédios que objetivam sanar vícios de leis frente a supremacia constitucional:

Depois que o histórico arresto de Marshall se incorporou, em definitivo, à experiência constitucional americana, o *judicial control* ou *judicial review* alcançou posto de destaque em todo o mundo.²⁶

Com o tempo, as decisões proferidas pela Suprema Corte norte-americana, ganharam efeito vinculante, tamanha é a força dos seus precedentes, vinculando, de tal forma todos os órgãos judiciais. Mecanismo esse que busca fiscalizar a supremacia da Carta americana:

Lembre-se do *stare decisis*. Por esse princípio, os juízes de instâncias inferiores seguem as decisões proferidas nos tribunais superiores. É o que acontece com a suprema corte. Seus veredictos apresentam efeito vinculante, em virtude da força dos precedentes do direito americano, verdadeiros paradigmas que vinculam o entendimento de todos os órgãos judiciais. Trata-se de um mecanismo fiscalizatório da supremacia da Carta americana de 1787, porque, quando a Suprema Corte declara uma lei inconstitucional, todos os juízes passam a considera-la letra morta.²⁷

²⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 189.

²⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 189.

²⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 189.

²⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 189.

Contudo, o *stare decisis*, está adstrito ao controle difuso, qual seja, no conflito de interesses entre as partes, não se fala, nesse caso, em controle abstrato das leis²⁸:

Mas a aplicação do *stare decisis*, no sistema americano, opera-se na seara do controle difuso de constitucionalidade, ou seja, somente a conflitos de interesses entre as partes. Não se realiza em nível de fiscalização abstrata.²⁹

Esse posicionamento foi criticado. Deixar que toda a inconstitucionalidade de uma lei fosse apreciada somente pelo controle difuso deixaria vicejar no ordenamento jurídico muitas leis estigmatizadas pela inconstitucionalidade, que não sanadas, contaminariam o ordenamento jurídico com sua invalidade. Essa crítica foi ventilada por Hans Kelsen³⁰, principal defensor do controle concentrado:

Para Hans Kelsen essa seria uma das deficiências do modelo incidental dos americanos, que limita, em muito, o combate ao cancro da inconstitucionalidade, deixando à míngua as situações inconstitucionais abstratas. Estas, por seu turno, em vez do que se preconiza nos estados Unidos, devem ser genericamente anuladas, na via concentrada, para expungar da ordem jurídica os atos normativos incompatíveis com as normas constitucionais (La *giustizia costituzionale*, p. 306).³¹

Assim, o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade ampliou o respeito à supremacia da constituição, não só determinado a nulidade de leis contrárias ao Texto Maior, como munindo o judiciário, seu interprete final, de mecanismos para exercitar tal controle e sanar possíveis vícios. Alçando juízes e tribunais em guardiões intransigentes da Carta Magna e norteados sua área de atuação:

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira./COELHO, Inocêncio Mártires./BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1057.

²⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 189.

³⁰ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Introdução e revisão técnica Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: M. Fontes, 2003. p. 151-152.

³¹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 189.

O legado que o sistema americano de controle de constitucionalidade americano deixou para o mundo sintetiza-se nos seguintes pontos:

- qualquer juiz pode averiguar a alegação de inconstitucionalidade, diante do caso concreto, na via defesa ou exceção; e
- a fiscalização da constitucionalidade é necessária quando, no curso de qualquer ação judicial, uma das partes pretenda aplicar a lei, mas a outra defende-se dessa pretensão, alegando, no caso concreto, a inconstitucionalidade de referido diploma normativos.³²

O controle de constitucionalidade norte-americano, legou para o mundo o respeito a força da constituição e sua supremacia frente aos atos do legislativo eivados de vício, segundo esse modelo, atos viciados, que não encontrem sua validade frente ao texto constitucional, são reputados nulos desde o seu nascedouro.

2.1.2 Sistema de controle de constitucionalidade austríaco.

Ao lado do sistema norte-americano de controle de constitucionalidade, surgiu o controle austríaco. Nasceu com a Constituição da Áustria de 1920, inaugurando o controle concentrado das normas frente à constituição, sendo esse controle exercido por um órgão de cúpula do judiciário nacional³³:

O sistema austríaco, ou europeu continental, adveio da Constituição da Áustria de 1º de outubro de 1920 (Oktoberverfassung), revelando uma nova faceta do controle de constitucionalidade: a fiscalização concentrada de normas, exercida por um órgão de cúpula do Poder Judiciário.³⁴

³² BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 190.

³³ MENDES, Gilmar Ferreira./COELHO, Inocêncio Mártires./BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1057.

³⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 190.

Outra novidade trazida pela Constituição Austríaca foi a criação de um Tribunal Constitucional, responsável pelo controle de constitucionalidade das leis, como última instância³⁵:

Aliás, a Carta austríaca de 1920, por influência de Hans Kelsen, foi a primeira do mundo a consagrar m Tribunal Constitucional, no que foi seguida pela Constituição da Espanha de 1931.³⁶

Assim, não se pode dizer que foi a Carta de Weimar que criou os tribunais constitucionais, foi, em verdade, a Carta austríaca que inaugurou um tribunal voltado para essa área de atuação:

Portanto, os Tribunais Constitucionais não foram criados pela Carta de Weimar de 1919, a qual, no art. 108, previa um tribunal de Justiça Constitucional para o Império alemão – o Staatsgerichtshof – que não tinha competência para controlar a constitucionalidade das leis do Reich.³⁷

A Carta Maior da Áustria não previu o controle difuso de constitucionalidade das normas, existia somente o concentrado. A última palavra em relação à constitucionalidade de uma lei seria exarada por aquela corte, não podendo nenhuma instância inferior declará-la no boje de um processo de forma incidental³⁸.

Porém, esse posicionamento também foi alvo de críticas, pois a demora em se apreciar a inconstitucionalidade de uma lei, que só poderia ser feita perante a corte máxima, permitiria que leis inconstitucionais vicejassem no ordenamento, gerando efeitos negativos e desacreditando as instituições: “Convém

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira./COELHO, Inocência Mártires./BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1057.

³⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 190.

³⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 190.

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira./COELHO, Inocência Mártires./BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1057.

observar que, na sua redação original, a *Lex Mater* da Áustria de 1920 só previa o controle concentrado de normas.”³⁹

Sensíveis as críticas, o sistema austríaco mudou, buscando prestar rápida reparação e maximizar o controle das normas frente a Carta austríaca, assim através de uma reforma, o sistema austríaco adotou, também, o controle difuso:

Foi a reforma de 1929 que implantou a fiscalização incidental. A partir daí o controle abstrato, na via de exceção, passou a conviver com o controle concreto, na via de exceção. Erigiram, assim, um controle misto. Mas o sistema austríaco de controle da constitucionalidade é muito mais fecundo do que se pode supor. Ao lado do controle misto, que mescla os métodos concentrado e difuso, há, ainda, os recursos constitucionais e os requerimentos governamentais.⁴⁰

Assim, o leque de ações e mecanismos do controle austríaco de constitucionalidade tornou-o um dos mais fecundos do mundo. Podendo ser exercido não só pela Corte Constitucional como também pelos juízes e tribunais.⁴¹

2.2 Modelos de controle de constitucionalidade.

2.2.1 Modelo de controle de constitucionalidade brasileiro.

O modelo de controle de constitucionalidade brasileiro é um dos mais avançados do mundo. Prevê não só o controle concentrado das normas, exercido precipuamente pelo Supremo Tribunal Federal, como também pode ser realizado pelos juízes e tribunais. Incluindo-se nesse rol de competências e remédios, que visam sanar o cancro da inconstitucionalidade de uma lei, como também diversos mecanismos,

³⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 191.

⁴⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 191.

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira./COELHO, Inocência Mártires./BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 1058.

chegando até a modulação dos efeitos da sentença que tem íntima relação com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Assim, tem-se que:

O modelo brasileiro de controle de constitucionalidade é bastante fecundo. Na realidade, vigoram, no Brasil, diversos métodos fiscalizatórios, embora a carta de 1988 tenha dado maior ênfase ao controle concentrado de normas. Vejamos o esboço geral do nosso modelo de controle. Quanto ao órgão fiscalizador da constitucionalidade, temos o controle misto, que mescla os controles político e jurisdicional.⁴²

Contudo, o controle de constitucionalidade, no ordenamento brasileiro não é exclusivo do judiciário, outros poderes podem, e na verdade, devem exercer tal competência. Todos os poderes podem exercer tal controle, em momento oportuno, a tal controle dá-se o nome de controle político da inconstitucionalidade das leis.

- Controle político legislativo – exercido pela Câmara dos Deputados, Senado Federal ou Congresso Nacional (CF, arts. 22, 47 a 49, 58, 60 a 62, 64 a 65).⁴³

Tem-se também o controle político exercido pelo executivo, na figura do Presidente da República, através do veto jurídico, que encontra guarida no texto constitucional:

- Controle político executivo – exercido pelo Presidente da República através do veto jurídico (CF, art. 66, parágrafo 1º).⁴⁴

Vislumbra-se o controle judicial concentrado, exercido pelo STF, sua mais alta atribuição. Sendo o interprete máxima da Carta Maior:

- Controle jurisdicional concentrado – exercido pelo Supremo Tribunal Federal, fiscaliza a inconstitucionalidade das leis e atos normativos federais e estaduais, na via de ação. Trata-se de um

⁴² BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 194.

⁴³ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 195.

⁴⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 194.

controle abstrato, instaurado por provocação dos agentes, órgãos e entidades previstos no art. 103 da Lei Maior.⁴⁵

O controle abstrato das leis não é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, outros tribunais também podem fazê-lo, desde que dentro dos limites estipulados pela Carta de Outubro:

Também pode ser acionado o controle abstrato de leis ou atos normativos estaduais ou municipais perante os Tribunais de Justiça dos Estados, em face das constituições estaduais (CF, art. 125, parágrafo 2º).⁴⁶

Já o controle de constitucionalidade difuso é o mais frequente em nosso ordenamento, realizado por maior número de órgãos jurisdicionais. Que enfrentam a problemática da inconstitucionalidade de forma frequente. Esse controle é exercido no bojo de uma ação principal, por isso também é chamado de incidental, por via de defesa ou exceção:

- Controle jurisdicional difuso – realizado por juízes e tribunais, nos processos de sua competência(CF, art. 97.) O Supremo Tribunal Federal também o pratica em sede de recurso extraordinário (art. 102, III, a, b, e c) e de recurso ordinário ou quando aprecia a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos que se tenham fundando em decisões recorridas (art. 102, II). O Superior Tribunal de Justiça exercita o controle incidental via recurso especial (art. 105, III, a, b, c).⁴⁷

O Brasil buscou inspiração em diversos ordenamentos internacionais e assegurou a eficácia de suas decisões em eficiente aparato legal, podendo até modular os efeitos da sentença que declare a inconstitucionalidade de uma lei.

⁴⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 195.

⁴⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 195.

⁴⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 195.

2.2.2. Modelo de controle de constitucionalidade argentino.

O controle de constitucionalidade na Argentina guarda semelhanças com o brasileiro. Modelo de controle difuso assegura a todo juiz nacional o a interpretação de normas frente à constituição. É exercido por todas as cortes, porém, só de forma incidental, nunca no modelo concentrado, inexistente, assim, qualquer ação ou sucedâneo para atingir a validade e eficácia da norma em caso concreto. Contudo, pode a Suprema Corte argentina declarar a inconstitucionalidade de uma lei, desde que o faça por via de exceção, no bojo de um processo principal:

O controle de constitucionalidade, no sistema constitucional argentino, é jurisdicional difuso ou aberto, por interpretação sistemática dos arts. 33, 36, 43, 86, 108, da Constituição da Argentina, cabendo a todos os juízes exercitá-lo, a despeito do artigo 116 dizer que cabe à Suprema Corte e aos tribunais inferiores o conhecimento e a decisão de todas as causas que versem matéria constitucional ou de legislação federal.⁴⁸

Não existe referência expressa no texto da Constituição argentina sobre o controle de constitucionalidade das normas, foi uma construção da corte que chegou à competência da corte para avançar sobre a constitucionalidade das leis:

A previsão do controle de constitucionalidade, no texto constitucional argentino, é apenas indireta, e não direta e específica. Segundo observa Zeno Veloso, a Constituição da Argentina ‘não prevê, em texto explícito, o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. Como ocorreu nos Estados Unidos, foi a jurisprudência que consagrou esse controle. O caso ‘Sojo’, em 1887, teve as mesmas características e produziu efeitos idênticos aos de seu equivalente norte-americano, o caso *Marbury vs Madison*.⁴⁹

⁴⁸ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 17. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 358.

⁴⁹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 17. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 359.

Assim, a jurisdição constitucional argentina se aproxima da norte-americana, ao ser uma construção com base no seu Texto Maior.

Como já salientado, na Argentina não é possível o controle concentrado das normas, somente o difuso é aceito no país: “Não existe na Argentina o controle concentrado, como o existente no Brasil, por meio da ação direta de inconstitucionalidade.”⁵⁰

Pelo exposto, fica claro que as diretrizes que permitem que o juiz nacional adentre na apreciação da inconstitucionalidade da lei estrangeira estão atendidos, no caso argentino, qual seja:

a) o controle de constitucionalidade é exercido exclusivamente pelo judiciário; b) o controle de constitucionalidade não é feito por órgão de cúpula, de forma concentrada, cabendo à qualquer juiz a ponderação à respeito da inconstitucionalidade de uma lei que afronte o Texto Maior.

Nesse particular, pode o magistrado brasileiro apreciar a norma estrangeira frente a sua própria Magna Carta.

⁵⁰ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 17. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 359.

3. A APLICAÇÃO DA VALIDADE DA NORMA ESTRANGEIRA.

3.1 Na aplicação da L.N.D.B – juízes e tribunais.

Antes de adentrar nos critérios que norteiam a aplicação da lei ao caso concreto, importante apontar conceitos básicos de jurisdição. Fredie Didier Jr. demonstra didaticamente o conceito de jurisdição:

A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (c), reconhecendo/efetivando/protégendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g).⁵¹

Contudo os conceitos de jurisdição entraram em conflito, seja porque se ultrapassou o dogma da plenitude, seja porque o Estado de Direito entrou em declínio, dando lugar ao Estado Democrático de Direito, seja porque o Juiz-Estado não é mais visto como “a boca da lei.”:

Além disso, considerando o direito um sistema fechado e pleno, nega a existência de lacunas no sistema. É o dogma da plenitude da ordem jurídica, hoje superado. Decorre ainda da concepção positivista, a formação técnica do jurista, vinculado à teoria científica, que leva a um ensino sistemático-conceitual, independente e anterior à formação prática do estudante.⁵²

Assim, a contemporaneidade não enxerga mais dicotomia entre lei e direito, ao se falar que cabe ao Juiz aplicar a lei, afirma-se, sim, que cabe ao Juiz

⁵¹ DIDIER, Fredie. **Curso de processo civil**. 7. ed. Salvador: Juspodium, 2010. p. 69.

⁵² AMARAL, Francisco. **Direito civil, introdução**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 47.

interpretar a lei e conformá-la ao caso concreto, objetivando, assim, a busca e efetivação da justiça e da paz social.

Interessante demonstrar, mesmo que de forma sucinta, algumas críticas ao modelo de jurisdição, primeiramente em relação ao Estado Liberal e o dogma da plenitude da lei. Assim sendo a legislação capaz de captar todas as ações humanas e normatizá-las tornaria a atividade jurisdicional mera aplicação da lei, sem necessidade de interpretá-la, sem necessidade de criar e até mesmo pensar o direito. Se a lei é justa, se a lei é clara, não tem espaço a sua interpretação:

Se a legislação era completa e coerente, e assim capaz de dar à jurisdição condições de solucionar qualquer caso, o juiz jamais precisaria cristalizar uma norma – mediante a interpretação da lei de acordo com a Constituição – para regular a situação litigiosa.⁵³

Inimaginável ao juiz conformar a legislação à constituição, não existia a ideia de vinculação da norma com o Texto Maior. As leis eram estanques, compartimentos fechados e intransponíveis, imóveis e impenetráveis a qualquer outro ramo, impensável seria o diálogo das fontes nesse ordenamento:

Não precisaria e nem poderia delinear uma norma jurídica segundo os ditames da Constituição porque nessa época não se apresentava a ideia de que a validade da lei é vinculada aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais. Como a lei também não podia considerar a realidade, as desigualdades sociais e o pluralismo, bastava à jurisdição aplicar a lei genérica e abstrata, típica do Estado liberal.⁵⁴

Posteriormente, segundo a concepção de Kelsen, o juiz passa a criar a norma individual ao proferir a sentença, embora apontasse limitação quantitativa quanto à atividade de criar o direito no caso concreto. Contudo, alargou o entendimento da legitimidade da jurisdição constitucional e seu alcance:

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil – Teoria Geral**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 94-95.

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil – Teoria Geral**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 94-95.

Isso porque Kelsen deixou claro que o juiz cria a norma individual, com base na norma geral, até porque, segundo a sua teoria, toda norma tem fundamento em uma norma superior, até chegar à norma fundamental, que estaria no ápice do ordenamento. Ou seja, o legislador, subordinado à Constituição, cria as normas gerais, e o juiz, vinculado à lei, cria normas individuais ao proferir as sentenças. Nesse sentido, afirma-se que, para Kelsen, a diferença entre funções do legislador e do juiz é apenas quantitativa, na medida em que, apesar de o juiz estar mais limitado que o legislador, ambos criam normas com fundamento em normas superiores.⁵⁵

Passou-se para conformação da legislação frente à força da Constituição, bem definida pela teoria da eficácia irradiante. Nesse ponto, o ordenamento é visto através da constituição, toda a atividade jurisdicional deve ser amparada no Texto Maior, nada foge ao alcance da constituição e a validade de todos os atos repousa no respeito e consagração ao texto maior:

Já se deixou claro que a lei, no Estado contemporâneo, tem a sua substância condicionada aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais. Compreender a lei a partir dos direitos fundamentais significa inverter a lógica da ideia de que esses direitos dependem da lei, pois hoje são as leis que tem sua validade circunscrita aos direitos fundamentais, além de só admitirem interpretação que a eles estejam adequadas.⁵⁶

Concluindo, com a admissão de que o juiz deve suprir, frente ao caso concreto, a omissão ou cerceamento de direitos fundamentais protegendo o indivíduo. Assim a atividade jurisdicional, que já buscava a legitimidade frente a constituição passa agora a reputar inválida qualquer norma que colida com a constituição. A atividade jurisdicional passa ao momento da legislação negativa, em que determina ao Estado um não fazer frente a uma lei que se choca com o Texto Constitucional:

Como os direitos fundamentais devem ser protegidos e tutelados pelo Estado e, assim, não apenas pelo legislador, é possível verificar, no caso concreto, se a omissão normativa implicou em negação de tutela

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil – Teoria Geral**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 94-95.

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil – Teoria Geral**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 94-95.

ao direito fundamental, para, em caso positivo, admitir que o juiz supra a omissão de proteção pelo legislador.⁵⁷

Passando da problemática da legitimidade da jurisdição, adentra-se à responsabilidade do magistrado frente a impossibilidade de se abster em aplicar o direito, desde que, legitimamente adstrito ao poder jurisdicional. Não pode se calar diante da omissão ou lacuna. A interpretação é a atividade hodierna do magistrado mesmo sendo incertos os fatos, mesmo sendo lacunosa a lei:

Tem o magistrado, nos países cultos, a obrigação peremptória de despachar e decidir todos os feitos que se enquadrem na sua jurisdição e competências estejam processados em regra. Não é lícito abster-se de julgar, sob pretexto, ou razão, de ser a lei ambígua, omissa, ou obscura; não ter a mesma previsto as circunstâncias particulares do caso; ou serem incertos os fatos da causa. As normas positivas, direta e inteligentemente interpretadas, o Direito subsidiário e os princípios gerais da ciência de que o magistrado é órgão e aplicador fornecem os elementos para aquilatar a procedência ou improcedência do pedido.⁵⁸

Os motivos que determinam a aplicação do direito ao caso concreto e a imanência da jurisdição frente ao Juiz-Estado, fundamenta-se no desiderato do Estado, perseguindo seus fins norteadores, dentro do conceito de aplicação da jurisdição e seus reflexos. Não só porque cabe ao magistrado interpretar a lei e dizê-la no caso concreto, mas o fim último é a paz social, além do fortalecimento das instituições. Caso se furte a despachar poderá, inclusive, ser responsabilizado por tal ato:

Bem ameaçadas ficariam a tranquilidade pública e a ordem social, se ao juiz fosse lícito abster-se de julgar, ao invés suprir as deficiências da lei com as próprias luzes e os ditames da razão e da equidade. Por isso, em se recusando a despachar, ou proferir sentença, responsabilizado será, por denegação de justiça, além de caber à parte recorrer, ou representar perante autoridades judiciárias superiores. A obrigação é, no Brasil, imposta pelo Código civil, como sucede em França; por leis penais e processuais, em quase toda parte. Prevalece

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil – Teoria Geral**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 94-95.

⁵⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 135.

até mesmo onde não existe um texto explícito a tal respeito; porque decorre da própria natureza do Poder Judiciário; está implícita no ofício do magistrado.⁵⁹

Ainda sim, por mais escassa que seja a interpretação da norma, no caso a alienígena, não pode o Juiz-Estado furtar-se em aplicar o direito.

Contudo, embora seja a jurisdição atividade criadora, não supre a carência do legislador e, em se tratando de controle de constitucionalidade, atua o Estado-juiz, como legislador negativo, ao afetar o campo da validade da norma constitucional eivada de vício.

Assim, as limitações frente ao poder jurisdicional devem ser tratadas com cautela, frente, principalmente a ponderação de normas estrangeiras e sua validade em confronto com a constitucionalidade.

O cuidado inerente à atividade jurisdicional deve ser levada ao extremo pelo juiz pátrio, tendo cuidado redobrado em fazer a ponderação entre a omissão e o silêncio da norma:

Nem sempre é fácil estabelecer a diferença entre o silêncio propositado, que significa recusa de ação, e a deficiência ocasional, que se deve suprir pelos meios regulares – analogia, Direito subsidiário, equidade. Em tal conjuntura surge a oportunidade para se revelar toda a argúcia e demais recursos intelectuais do hermeneuta; seria precipitado pronunciar logo o juiz o non possumus fatal.⁶⁰

Assim sendo, o juiz nacional não pode se furtar de apreciar uma norma no caso concreto, mesmo que essa norma seja alienígena. Não pode alegar desconhecer a lei, nem ressalvas quanto à jurisdição. A L.N.D.B investe o juiz de tal

⁵⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 125.

⁶⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 125.

jurisdição, alerta que deve conhecer do conflito e decidir sobre ele. Não pode alegar obscuridade ou desconhecimento da norma.

3.2. Modelo jurisdicional argentino.

Breve estudo sobre as semelhanças e diferenças entre o sistema constitucional pátrio e o Argentino. Quanto a data de promulgação e existência da Constituição Argentina:

A constituição da Argentina, promulgada em 1853, sofreu várias emendas, tendo sido amplamente reformada em 1994. O preambulo da Constituição expressa o objetivo de se construir união nacional, realizar-se a justiça, consolidar a paz interior, prover a defesa comum, promover-se bem-estar geral e assegurar a todos os benefícios da liberdade, invocando-se Deus como fonte de toda razão e justiça.⁶¹

Quanto aos tratados e sua hierarquia constitucional a Constituição argentina adota posicionamento semelhante ao brasileiro, ou seja, aqueles que forem aprovados pelo voto de dois terços da totalidade dos membros de cada uma das Câmaras, que versem sobre direitos humanos, terão hierarquia constitucional:

A Constituição prevê que os tratados internacionais de direitos humanos, nela expressamente mencionados, tem hierarquia constitucional, não derogam disposição da Constituição e devem entender-se como complementares dos direitos e garantias que ela reconhece. Os demais tratados e convenções sobre direitos humanos, desde que aprovados pelo Congresso, pelo voto de dois terços da totalidade dos membros de cada uma das Câmaras, gozam de hierarquia constitucional.⁶²

No tocante ao poder judiciário, sua divisão, órgão de cúpula e formas de provimento, o Estado argentino guarda semelhanças com o brasileiro. Possui uma

⁶¹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 17. ed. Belo Horizonte: Del rey, 2011. p. 29.

⁶² CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 17. ed. Belo Horizonte: Del rey, 2011. p. 30.

Corte Suprema, tribunais inferiores que são estabelecidos pelo Congresso, um Conselho da Magistratura e juízes singulares que são selecionados mediante concurso público:

O poder judiciário compõe-se de uma Corte Suprema de Justiça e de tribunais inferiores que o Congresso estabelecer. Há ainda um conselho da Magistratura, regulamentado por lei e aprovado pela maioria absoluta dos membros de cada uma das Casas Legislativas, que seleciona os magistrados e aponta os demais ocupantes de cargos na administração do Poder Judiciário. Exige-se que os juízes da Corte Suprema tenham exercido a advocacia por prazo mínimo de oito anos, e que tenham as qualidades exigidas dos Senadores, quanto à idade e demais requisitos. Os magistrados de primeiro grau serão selecionados mediante concurso público.⁶³

No ano de 1994, a Constituição argentina sofreu uma reforma em seu artigo 43, criou-se a ação de amparo, que permite ao magistrado declarar a inconstitucionalidade da norma lesiva de autoridades públicas ou particulares que lesionem, restrinjam ou ameacem direitos e garantias individuais reconhecidos pela Constituição:

Anote-se que a reforma constitucional de 1994 deu nova redação ao art. 43 da Constituição da Nação Argentina, permitindo que na ação de amparo o juiz pode declarar a inconstitucionalidade da norma em que se funda o ato ou omissão lesiva de autoridades públicas ou particulares que lesionem, restrinjam ou ameacem direitos e garantias reconhecidas pela Constituição, por um tratado ou por uma lei. A via direta de controle, no entanto, não se acha prevista no teto constitucional, e não é aplicada na prática da Corte Suprema. Enfim: não há, na Argentina, as ações diretas de inconstitucionalidade. O controle é feito apenas no âmbito de um processo judicial, e se expressa por meio de uma sentença. Se uma causa judicial ou à margem dela, não há falar em controle de constitucionalidade.⁶⁴

⁶³ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 17. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011. p. 30.

⁶⁴ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 17. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011. p. 30.

O modelo legislativo da Argentina guarda semelhança com o brasileiro, depois de editada a lei pelo congresso argentino, sua apreciação, nos parâmetros de constitucionalidade, só poderá ser analisada pelo judiciário do país, de forma difusa.⁶⁵

Assim, editar nova lei, alegando correção com os moldes constitucionais, seria clara invasão das esferas de competência do judiciário ferindo assim o princípio da segurança jurídica e da separação dos poderes.

O texto constitucional argentino, que nasce no ano de 1853, tendo sua última reforma em 1994, determina a forma de controle de constitucionalidade em seu artigo 116, *in verbis*:

Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75: y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros: de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.⁶⁶

3.2.1 A Extradicação 417 e o Supremo Tribunal Federal.

A Extradicação 417 foi requerida pela República Argentina, o extraditando, Mario Eduardo Firmenich, ex-líder de um grupo armado, os *Montoneros*,

⁶⁵ Artigo 116 da **Constituição da República Argentina.**

⁶⁶ Artigo 116 da **Constituição da República Argentina.**

fazia oposição ao regime castrense, que vigeu em território argentino de 28 de junho de 1966 até o ano de 1974.⁶⁷

Cumprir analisar o pedido da defesa do extraditando, qual seja, declarar a inconstitucionalidade da norma de origem, segundo a Lei de Anistia, que conflitava diretamente com a Constituição de origem. Tecendo, assim, a possibilidade do Supremo Tribunal Federal declarar inconstitucional a lei de origem com base na Constituição do Estado requerente.⁶⁸

Importante traçar breve histórico: como quase todos os países integrantes do cone-sul, também a Argentina se viu mergulhada em regime castrense. Com o término do estado de exceção, seguiu-se o caminho da edição de uma lei de anistia, sendo normal, como nos demais países do cone-sul, que tal lei anistiasse à todos, de forma total e irrestrita. Porém, uma vez editada a primeira lei de anistia da Argentina, após um hiato temporal, o congresso nacional editou nova lei, julgando a lei anterior inconstitucional, alegando ferir direitos humanos.

A questão atacada pelo advogado de defesa do extraditando é a da lei de anistia posterior ter criminalizado condutas anistiadas, fazendo a lei penal retroagir para prejudicar o extraditando, outrora anistiado, ferindo, assim, os princípios da segurança jurídica e reserva legal, também adotados pelo texto constitucional do Estado requerente. Sendo dupla a inconstitucionalidade da referida Lei de Anistia Argentina.⁶⁹

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação. Ementa: [...] Extradicação 417. Pleno. Requerente: República Argentina. Extraditando: Mário Eduardo Firmenich. Relator: Min. Oscar Corrêa. Brasília, 11 de outubro de 1985. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=373045>>. Acesso em 29 abri. 2012.

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. **A interpretação e aplicação da constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 41.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação. Ementa: [...] Extradicação 417. Pleno. Requerente: República Argentina. Extraditando: Mário Eduardo Firmenich. Relator: Min. Oscar Corrêa. Brasília, 11 de outubro de 1985. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=373045>>. Acesso em 29 abri. 2012.

A Extradução que serviu como parâmetro para essa monografia foi a extradição de número 417, que terá seus motivos expostos mais a frente. No momento cabe falar que a extradição foi requerida pela República Argentina, objetivando a Extradução de um de seus nacionais.

À época, a defesa do extraditando alegou a tese que o juiz nacional pode declarar a inconstitucionalidade de lei estrangeira com base em seu ordenamento pátrio.

A teoria foi ventilada pela defesa, por meio de seu advogado, José Paulo Sepúlveda Pertence. A tese da defesa foi acolhida por três Ministros do Supremo Tribunal Federal.

O Ministro Buizad enfrentou a inconstitucionalidade direta da lei, e evidenciou o vício de constitucionalidade da referida norma:

A declaração de inconstitucionalidade é atribuição privativa do Poder Judiciário no Brasil ou das Cortes Constitucionais nos países que as adotaram (...). Não a pode exercer o Legislativo, porque a sua função consiste em elaborar ou revogar leis, não apreciar sua validade. (...) A conclusão a que se chega é que o legislativo não tem competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei.⁷⁰

Foi acompanhado nesse posicionamento pelo Ministro Francisco Rezek, evidenciando que cabe ao parlamento revogar normas, contudo, com efeito *ex tunc*, nunca podendo declará-las nulas:

Os tribunais derrubam, *ex tunc*, leis que padecem do vício de inconstitucionalidade. O parlamento, em toda parte, tem o poder de

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradução. Ementa: [...] Extradução 417. Pleno. Requerente: República Argentina. Extraditando: Mário Eduardo Firmenich. Relator: Min. Oscar Corrêa. Brasília, 11 de outubro de 1985. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=373045>>. Acesso em 29 abri. 2012.

revogar normas com efeito *ex nunc*, jamais o de declará-las nulas, com efeito retroativo, sob o argumento de inconstitucionalidade.⁷¹

Por fim, ao reformar o seu voto, o Ministro Soares Muñoz alertou sobre o caráter geral e irrestrito da lei de anistia, passando não só pela questão da possibilidade de declarar a inconstitucionalidade da referida norma frente à sua constituição, como ressaltou também que não precisava fazer nenhuma comunicação à Corte Argentina, pois afastava incidência da norma no caso concreto, sob o argumento de que ao afastar a norma eivada de vício, o juiz singular não faz comunicação à corte:

No que diz respeito à lei posterior, que havia revogado a anistia, entendi que era ela ineficaz, visto que, uma vez concedida a anistia, não era mais possível revoga-la. Ora, se assim entendi com relação à lei revocatória, não vejo razão para me omitir no que diz respeito à arguida inconstitucionalidade da lei, enquanto o restringe aquilo que a Constituição Federal estabelece de maneira imperativa, que a anistia deve ser geral, isto é, não pode ser concedida anistia restrita. Se a lei desrespeitou a Lei Maior, é ineficaz. Não estou declarando a inconstitucionalidade da lei. Estou apenas afastando-a do caso concreto. Não preciso fazer nenhuma comunicação à Corte Argentina, como não o faz o juiz singular, quando afasta uma lei inconstitucional. A lei continua em vigor; ela é apenas arredada no caso concreto. Eu a afasto. Afasto-a, como já afastei a lei revocatória.⁷²

No final, os dois Ministros foram vencidos, Francisco Rezek e Alfredo Buzaid. A tese defendida pelo advogado Sepúlveda Pertence não prosperou, os Ministros não aceitaram a tese de que o Supremo Tribunal Federal poderia declarar a inconstitucionalidade de lei estrangeira com base na constituição estrangeira.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação. Ementa: [...] Extradicação 417. Pleno. Requerente: República Argentina. Extraditando: Mário Eduardo Firmenich. Relator: Min. Oscar Corrêa. Brasília, 11 de outubro de 1985. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=373045>>. Acesso em 29 abri. 2012.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação. Ementa: [...] Extradicação 417. Pleno. Requerente: República Argentina. Extraditando: Mário Eduardo Firmenich. Relator: Min. Oscar Corrêa. Brasília, 11 de outubro de 1985. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=373045>>. Acesso em 29 abri. 2012.

Os Ministros que se manifestaram de forma contrária a esse entendimento alegaram diversos fatores, faz-se rápida compilação dos votos demonstrando os argumentos utilizados, iniciando pelo voto do relator da extradição:

Ministro Corrêa: Não lhe cabia (ao STF), substituindo-se ao juízo do País requerente, examinar a inconstitucionalidade da Lei revocatória, que, aliás, não interferiu no julgamento, saliente-se. Seria indébita e inadmissível invasão de esfera de competência.⁷³

Voto do Ministro Néri da Silveira;

Ministro Néri da Silveira: Penso que não cabe ao STF efrentar a alegação de inconstitucionalidade da lei argentina. Certo está que o Poder Judiciário argentino não declarou inconstitucional o art. 2º da discutida Lei de Anistia.⁷⁴

Voto do Ministro Rafael Mayer;

Ministro Rafael Mayer: Entendo... Que é impossível ao Supremo Tribunal exercer um controle de constitucionalidade sobre uma lei argentina, pois é exercício de jurisdição que não temos, mas tão-somente aquele país, pelo seu Supremo Tribunal, com relação às suas leis.⁷⁵

Voto do Ministro Djalci Falcão;

Ministro Djalci Falcão: O texto de lei estrangeira não é passível de exame interpretativo no plano constitucional, para que seja declarada a sua inconstitucionalidade. Entendimento em sentido contrário poderia

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição. Ementa: [...] Extradição 417. Pleno. Requerente: República Argentina. Extraditando: Mário Eduardo Firmenich. Relator: Min. Oscar Corrêa. Brasília, 11 de outubro de 1985. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=417&classe=Ext-segunda%20amplia%E7%E3o&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 29 abri. 2012.

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição. Ementa: [...] Extradição 417. Pleno. Requerente: República Argentina. Extraditando: Mário Eduardo Firmenich. Relator: Min. Oscar Corrêa. Brasília, 11 de outubro de 1985. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=417&classe=Ext-segunda%20amplia%E7%E3o&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 29 abri. 2012.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição. Ementa: [...] Extradição 417. Pleno. Requerente: República Argentina. Extraditando: Mário Eduardo Firmenich. Relator: Min. Oscar Corrêa. Brasília, 11 de outubro de 1985. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=417&classe=Ext-segunda%20amplia%E7%E3o&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 29 abri. 2012.

conduzir-nos a uma divergência interpretativa com a própria Corte Suprema do País requerente da extradição.⁷⁶

Voto do Ministro Cordeiro Guerra;

Ministro Cordeiro Guerra: Não há que considerar a interpretação do Direito Constitucional Argentino porque não temos jurisdição na Argentina, nem somos um Tribunal supranacional, para dizer como os outros devem julgar. (...) o que poderíamos examinar, em matéria constitucional, é se a Lei de Anistia, tal como foi concebida e *vige* na Argentina, violaria a ordem jurídica ou constitucional brasileira.⁷⁷

Voto do Ministro Moreira Alves;

Ministro Moreira Alves: A meu ver, em processo de extradição, não cabe ao Supremo Tribunal Federal examinar a compatibilidade, ou não, da legislação do país requerente com a Constituição ali vigente.⁷⁸

Algum tempo depois, quando Ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda da Pertence se deparou novamente com a situação, esclareceu o posicionamento defendido na Extradição de n. 417. Sepúlveda Pertence foi o Ministro relator da Extradição 541, onde reafirmou sua tese:

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição. Ementa: [...] Extradição 417. Pleno. Requerente: República Argentina. Extraditando: Mário Eduardo Firmenich. Relator: Min. Oscar Corrêa. Brasília, 11 de outubro de 1985. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=417&classe=Ext-segunda%20amplia%E7%E3o&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 29 abri. 2012.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição. Ementa: [...] Extradição 417. Pleno. Requerente: República Argentina. Extraditando: Mário Eduardo Firmenich. Relator: Min. Oscar Corrêa. Brasília, 11 de outubro de 1985. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=417&classe=Ext-segunda%20amplia%E7%E3o&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 29 abri. 2012.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição. Ementa: [...] Extradição 417. Pleno. Requerente: República Argentina. Extraditando: Mário Eduardo Firmenich. Relator: Min. Oscar Corrêa. Brasília, 11 de outubro de 1985. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=417&classe=Ext-segunda%20amplia%E7%E3o&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 29 abri. 2012.

Extradição de brasileiro e promessa de reciprocidade do Estado requerente: invalidade desta, à luz da Constituição italiana, que o STF pode declarar.

A validade e a consequente eficácia da promessa de reciprocidade ao Estado requerido, em que fundado o pedido de extradição, pressupões que, invertidos os papéis, o ordenamento do Estado requerente lhe permitiria honrá-la: não é o caso da Itália, quando se cuida de extraditando brasileiro, pois o art. 26 da Constituição italiana só admite a extradição do nacional italiano quando expressamente prevista pelas convenções internacionais, o que não ocorre na espécie. (...) Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, juiz da extradição passiva, no Brasil, julgar da invalidade, perante a ordem jurídica do Estado requerente, da promessa de reciprocidade e que baseado o pedido, a fim de negar-lhe a eficácia extraditacional pretendida.⁷⁹

Contudo, vem esclarecer Luís Roberto Barroso, que o judiciário nacional pode e deve interpretar e declarar inconstitucional a norma, desde que alguns requisitos sejam atendidos para tanto. O controle só pode ser exercido no caso concreto, por evidente. E desde que a competência para pronunciar a inconstitucionalidade da lei seja do judiciário nacional. Importante frisar que o tema não é recente, nem mesmo à época que foi ventilado pelo advogado José Paulo Sepúlveda da Pertence⁸⁰ :

Na verdade, a premissa é que era equivocada. O supremo Tribunal Federal, bem como qualquer juiz ou tribunal, pode pronunciar, in concreto, a inconstitucionalidade de lei estrangeira em face da Constituição sob a qual foi editada, desde que o possam fazer as autoridades judiciárias do Estado de origem da lei perante sua própria Constituição.⁸¹

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição. Ementa: [...] Extradição 541. Pleno. Requerente: Governo da Itália. Extraditando: Giancarlo Donnini. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 18 de novembro de 1992. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=541&classe=Ext&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 29 abril 2012.

⁸⁰ A submissão de lei estrangeira ao controle de constitucionalidade perante a Lei Fundamental do foro foi firmada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, em decisão datada de 4-5-1971 (BVerfGE, 31,58).

⁸¹ BARROSO, Luis Roberto. **A interpretação e aplicação da constituição**. 7. ed. São Paulo. Saraiva. 2009

A tese foi enfim acolhida pelo Supremo, sendo, atualmente, posicionamento dominante na Corte. Hoje o Supremo se vê investido na capacidade de declarar a inconstitucionalidade da lei estrangeira frente à constituição estrangeira.

Assim, então, o controle de constitucionalidade de lei estrangeira em face da Constituição estrangeira há de ser exercido, pelo órgão jurisdicional de foro, nos mesmos moldes e limites em que o faria o juiz ou tribunal do ordenamento jurídico de origem. Quando se tratar de aplicação de lei estrangeira de país onde não seja legítimo ao Poder Judiciário pronunciar, *in concreto*, ou *in abstracto*, a inconstitucionalidade de uma lei, não poderá o juiz do foro fazê-lo.⁸²

Segundo o entendimento acima exposto, só poderá o Supremo Tribunal Federal avançar na apreciação da constitucionalidade da norma estrangeira, caso o controle de constitucionalidade, no país de origem, seja feito por via judicial difusa, como também ocorre com o sistema pátrio.

No caso do controle de constitucionalidade feito unicamente por via concentrada, não poderá o Supremo Tribunal Federal, “invadir” a jurisdição constitucional da corte. Tão pouco poderá apreciar o tema, caso o controle da constitucionalidade, no sistema de origem, for feito por via de controle político de constitucionalidade, como era o caso da França.

Tanto é assim, que o posicionamento acima descrito foi consubstanciado nas seguintes extradições: 1171⁸³, 1003⁸⁴, 1010⁸⁵, 690⁸⁶ e 662⁸⁷. Que

⁸² BARROSO, Luís Roberto. **A interpretação e aplicação da constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 41.

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição. Ementa: [...] Extradição 1171. Pleno. Requerente: Governo da Argentina. Extraditando: Hector Roberto Hermosid. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 10 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1171&classe=Ext&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 29 abri. 2012.

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição. Ementa: [...] Extradição 1003. Pleno. Requerente: Governo da República Federal da Alemanha. Extraditando: Abdul Monem Ahmad. Relator: Min.

tocavam diretamente a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade de uma lei frente a constituição vigente do Estado requerente.

3.2.2 Apreciação da constitucionalidade de lei estrangeira.

Fica claro que o controle de constitucionalidade argentino é misto como o sistema pátrio, preenchendo o requisito do controle difuso de constitucionalidade para apreciação da norma estrangeira em conflito com a Constituição de origem, como assinalou Luis Roberto Barroso.

A Convenção Internacional de Montevideu assevera, em seu artigo 2º, que cabe ao juiz nacional, ao aplicar a lei estrangeira, agir como se juiz de origem fosse, assim, podendo inclusive apreciar a constitucionalidade da lei, *in verbis*:

Os juízes e as autoridades dos Estados Partes ficarão obrigados a aplicar o direito estrangeiro tal como o fariam os juízes do Estado cujo direito seja aplicável, sem prejuízo de que as partes possam alegar e provar a existência e o conteúdo da lei estrangeira invocada.⁸⁸

Joaquim Barbosa. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1003&classe=Ext&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 29 abri. 2012.

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação. Ementa: [...] Extradicação 1010. Pleno. Requerente: Governo da Alemanha. Extraditando: Haissam Ali Diab. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 24 de maio de 2006. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1010&classe=Ext-QO&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 29 abri. 2012.

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação. Ementa: [...] Extradicação 690. Pleno. Requerente: Governo do Equador. Extraditando: Rahdi Zeiter. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 13 de dezembro de 2007. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1095&classe=Ext&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 29 abri. 2012.

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação. Ementa: [...] Extradicação 668. Pleno. Requerente: Governo do Peru. Extraditando: Leonel Salomon Figueroa Ramirez e Hector Segundo Neyra Chavarry. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 28 de novembro de 1996. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=662&classe=Ext&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 29 abri. 2012.

⁸⁸ BRASIL. Decreto n. 18.871, de 13 de agosto de 1929. Coleção de leis da República dos Estados Unidos do Brasil, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional. p. 588. Disponível em: <
<http://www.cnj.jus.br/handle/26501/1414>>. Acesso: em 29 abri 2012.

Explicitando o entendimento acerca da possibilidade de interpretação da norma estrangeira:

No Brasil, seguimos a regra do Código de Bustamante, artigo 409, que determina que, ao aplicar o direito estrangeiro, deve-se atender para o *sentido* que se lhe dá no país de origem, que significa respeitar a interpretação doutrinária e jurisprudencial que se produz no país do qual a norma jurídica a ser aplicada.⁸⁹

Cumprе ressaltar que a doutrina pátria não é unânime no reconhecimento da possibilidade do Supremo Tribunal Federal analisar a constitucionalidade da norma estrangeira em face da Constituição de origem. Assim leciona Luiz José Severo da Costa:

Se tem dúvidas sobre a constitucionalidade do diploma legal, mas se aquela Corte ainda não se manifestou a respeito, deve considerar válida tal lei, pois não pode chamar a si atribuição específica daquele órgão.⁹⁰

Doutrina majoritária se posiciona favoravelmente à possibilidade de tal apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, esclarecendo que até tal competência tem suas limitações, quais sejam:

Desnecessário remarcar a evidência de que o órgão judicial brasileiro, ao pronunciar a inconstitucionalidade de uma lei, fá-lo-á sempre em caráter incidental, para o fim exclusivo de negar-lhe aplicação ao caso concreto. Jamais se cuidará de uma decisão em tese, mesmo que isso

⁸⁹ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado, Parte Geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2008. p. 323.

⁹⁰ COSTA, Luiz Antônio Severo da. **Da aplicação do direito estrangeiro pelo juiz nacional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1968. 35.

seja possível à luz do ordenamento de origem, porque não se pode reconhecer tal competência a qualquer tribunal que não seja do país do qual promana a lei. No Brasil, tudo que se pode pretender é negar a eficácia à norma estrangeira, sem que isso afete sua validade e sua vigência.⁹¹

Já em relação às leis de anistia editadas pelo Congresso argentino, notoriamente conflitantes, tem-se que analisar o próprio texto Constitucional da República Argentina, tendo um modelo constitucional que remonta a 1853, marcadamente oitocentista, temos longos tempos verbais dentro de cada artigo e princípios, que em nosso texto constitucional são fragmentados, encontram-se plasmados na carta Argentina.

Evidente o tratamento explícito da Constituição Argentina, referente aos princípios da segurança jurídica e vedação a julgamentos por tribunal de exceção:

Artigo 18.- Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos.⁹²

Na tentativa de nortear o entendimento e sedimentar um posicionamento majoritário entre os doutrinadores, que tendem ao reconhecimento da validade de tal apreciação, chega-se à conclusão de que o juiz nacional deve se portar como se juiz da causa fosse, cabendo, inclusive, quando o ordenamento jurídico estrangeiro autoriza, controlar a constitucionalidade da lei:

Na medida em que o juiz deve julgar como julgaria o juiz na jurisdição da qual emana a norma aplicável, caber-lhe-ia controlar a constitucionalidade da lei estrangeira. E, eventualmente, até ter sua

⁹¹ BARROSO, Luis Roberto. **A interpretação e aplicação da constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 42.

⁹² Artigo 18 da **Constituição da República Argentina**.

decisão comparada com a de tribunais da referida jurisdição para efeitos de recurso especial.⁹³

Rui Manuel Gens de Moura Ramos, escreveu interessante monografia, que aprofunda estudos no tema em comento, o constitucionalista português salienta a ocorrência de posicionamentos divergentes, embora não afaste de qualquer sorte a possibilidade do controle das normas estrangeiras. Aponta somente para a questão referente ao mérito, qual seja, se o juiz que exerce esse controle pode ou não adentrar no mérito da questão ou se apenas decide de forma objetiva sobre a causa.

O autor adentra a questão e sinaliza a possibilidade de qualquer juiz exercer tal controle, não estando restrito tal controle apenas aos órgãos de cúpula do judiciário do respectivo Estado:

Entre estas duas posições extremas multiplicam-se as mais variadas *nuances*: são, por um lado, os que como YASSEN se limitam a admitir um controlo apenas formal da constitucionalidade da lei estrangeira, afastando porém qualquer hipótese de juízo sobre seu conteúdo material; são depois os que aceitando o controlo da constitucionalidade material da lei estrangeira fazem depender o exercício destes poderes, por parte do juiz do foro, da circunstância de no ordenamento da *lex causae* essa função caber igualmente aos tribunais comuns e não estar reservada a um órgão supremo e único do tipo dos Supremos Tribunais Constitucionais alemão e italiano, são ainda os que, concordando em princípio com a existência de um controlo, estabelecem distinções nos seus efeitos pretendendo, por exemplo, como MORELLI, que se o vício gera uma anulabilidade ele não terá quaisquer consequências na resolução do caso concreto, apenas devendo ser afastada a lei estrangeira quando a sanção prevista na *lex causae*, para a inconstitucionalidade for nulidade.⁹⁴

Entendimento semelhante é exposto por João Baptista Machado, que, contudo, faz uma ressalva, já esclarecida por Luís Roberto Barroso, no tocante ao controle, caso esse seja exercido, única e exclusivamente pelo órgão máximo do

⁹³ DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado, parte geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 323.

⁹⁴ RAMOS, Rui Manuel Gens de Moura. **Direito internacional privado e constituição**. 3ª reimpressão. Coimbra: Coimbra. 1994. p. 237-238.

judiciário, em sede de controle concentrado, não poderá, nem o juiz singular, nem a Corte Constitucional exercer tal controle constitucional:

Pelo que toca ao controle da constitucionalidade das leis estrangeiras, o tribunal português poderá exercê-lo nos precisos termos em que poderia fazer um tribunal de do respectivo Estado. Assim, o juiz poderá verificar a conformidade da norma aplicanda com a Constituição federal norte-americana; mas já não assim se o direito aplicado for o francês ou o suíço.⁹⁵

Mesmo posicionamento externado por José Carlos Barbosa Moreira, que aponta não ocorrer conflito espacial entre as normas, deixando claro que não há impedimentos em relação ao controle exercido pelos tribunais nacionais em relação a constitucionalidade da lei estrangeira:

As observações semelhantes que fizemos à respeito das interpretações da lei estrangeira não seriam deslocadas com respeito às questões da aplicação da lei no tempo e no espaço, bem como as decorrentes da hierarquia das normas legais. A doutrina brasileira, com algumas restrições, permite o controle pelo tribunal *a quo* da constitucionalidade de uma lei estrangeira.⁹⁶

O constitucionalista italiano, Tito Balarino, segue mesmo entendimento, que conclui pela procedência da apreciação, pelo juiz do país requerido, da inconstitucionalidade da norma estrangeira em face da constituição estrangeira:

Os exemplos poderiam continuar, mas parece óbvio que não se deve atribuir ao nosso sistema de direito internacional privado, em nível de aplicações judiciais, uma atitude que é totalmente defeituosa *in apicibus*. Concluimos, portanto, que nosso juiz tem o poder de efetuar

⁹⁵ MACHADO, João Baptista. **Lições de Direito Internacional Privado**. 3ª reimpressão. Coimbra: Coimbra. 1995. p. 253.

⁹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual (4ª Série)**. São Paulo: Saraiva. 1989. p. 309. (tradução livre do autor.)

o controle de constitucionalidade de norma estrangeira, aplicando-se quando o critério de controle for o difuso.⁹⁷

Já assentadas as bases teóricas do trabalho, tornando claros os limites e ponderações acerca do controle de constitucionalidade de norma estrangeira com base na constituição de origem, necessitando que o controle seja feito por via exclusivamente judicial, como já demonstrado pelo artigo 118 da Constituição Argentina, contudo, como demonstrou Moura Ramos, esse controle feito pelo ordenamento pátrio originário deve ser difuso. Assim, transcreve-se o artigo 43 da Constituição Argentina:

Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. **En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.**⁹⁸ (Grifo nosso.)

No tocante à extradição número 417 do Supremo Tribunal Federal, resta analisar os pressupostos relativos ao fato imputado ao extraditando, como sabido, o Estado requerido é o guardião dos direitos e garantias individuais do extraditando, assim, a análise da extradição deve, obrigatoriamente, observar se tais garantias permanecerão resguardadas no Estado de origem. Como ensina Carolina Cardoso Guimarães Lisboa:

Geralmente, os Estados estabelecem condições negativas para a extradição, tomando-se como critério a natureza dos fatos a motivá-la. Os limites para a concessão ou denegação da extradição, assim, estão melhor fixados no Direito Substantivo do que no Direito Processual. A concessão da extradição de subordina ao exame do Supremo Tribunal Federal, quanto à sua legalidade e procedência. A legalidade, em sentido estrito, é perquirida à luz dos artigos 77 e 78 do Estatuto do Estrangeiro. Na verdade, de acordo com *Francisco Rezek*, o exame da legalidade diz respeito à análise do cumprimento das condições ou pressupostos da extradição, que dizem respeito à condição pessoal do extraditando, ao fato que se lhe atribui, e, finalmente, ao processo que

⁹⁷ BALLARINO, Tito. *Costituzione e diritto internazionale privato*. Milão: Padova. 1974. p. 7. (tradução livre do autor.)

⁹⁸ Artigo 43 da *Constituição da República Argentina*.

contra si tem ou teve curso no Estado requerente. Entretanto, verifica-se que para além dos pressupostos acima mencionados e que serão analisados a seguir, existem outros motivos para a recusa da extradição. Como já dissemos, o Estado requerido é o guardião dos direitos e garantias individuais do extraditando. Em razão desse dever, a extradição deverá ser negada, obrigatoriamente, sempre que houver fundada suspeita de que, com a entrega, possam ser violados tais direitos e garantias.⁹⁹

A situação jurídico-legal da Argentina foi paradoxal, editou-se, ao fim de um regime castrense de exceção, uma lei de anistia, de caráter total e irrestrito, após viger por um hiato temporal, o legislativo argentino, editou nova lei de anistia que criminalizava condutas que foram anistiadas pela primeira lei, desrespeitando visceralmente o princípio da segurança jurídica e da irretroatividade da lei penal.

Contudo, não se pronunciou o judiciário argentino, tampouco a Corte Constitucional Argentina.

Diante do silêncio, seria legítimo ao Supremo Tribunal Federal brasileiro, avançar sob jurisdição argentina, como se juiz argentino fosse, e declarar a inconstitucionalidade de tal lei em face da Constituição estrangeira.

Explicitando a incoerência da extradição, mostra-se o tratado de extradição firmado entre Brasil e Argentina, Artigo 3º:

Não será concedida a extradição: b) quando, pelo mesmo fato, o delinquente já tiver sido ou esteja sendo julgado no Estado requerido ou tenha sido anistiado ou indultado no Estado requerente ou requerido.¹⁰⁰

⁹⁹ LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. **A relação extraditacional no direito brasileiro**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001. p. 127.

¹⁰⁰ BRASIL. Decreto nº 62.979, de 11 de julho de 1968. Dispõe sobre a extradição entre Brasil e Argentina. Brasília, 1968. Disponível em: < <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=118279> >. Acesso: em 26 abril 2012.

Os requisitos necessários para se fazer o controle de constitucionalidade restam claros, nenhuma ofensa patente ao judiciário argentino se apresenta.

Assim, pode a Corte Suprema adentrar os critérios de constitucionalidade das normas estrangeiras frente ao seu ordenamento e aferir a constitucionalidade de tais normas no bojo de um processo extradicional. Sem que isso sinalize qualquer ofensa à soberania ou invasão de competência, afinal, qualquer Corte Constitucional deve primar, sempre, pelas garantias dos direitos individuais da pessoa humana, em qualquer hipótese. Não pode tornar-se mero legalista e esquivar-se de tão importante missão.

CONCLUSÃO

O Supremo Tribunal Federal em muitas situações depara-se com casos em que deve ser mais do que a Corte Constitucional - assim entendido o estrito legalismo dentro de um processo objetivo de controle concentrado de constitucionalidade -, enfrenta situações em que deve tutelar os direitos e garantias individuais, exerce o pensamento contra majoritário e, por vezes, é acusado de ativismo judicial. Essa é a atribuição de suma importância. Não se pode analisar um pedido extradicional de forma fria e analítica, como se fosse um acordo entre as nações, desprezando, dessa maneira, os direitos da pessoa humana envolvida no conflito. Embora o respeito e a reciprocidade entre as nações seja corolário norteador das relações entre os Estados. Mesmo que figurem estados nos “pólos” dessa ação, não se pode desprezar os direitos da pessoa humana.

Assim, deve-se estar atento, não só as conquistas no campo dos direitos humanos, como as conquistas das Cortes Supremas em todo o mundo, mostrando-se verdadeiras guardiãs de tais direitos. Devem-se festejar construções feitas por tais Cortes, como a Fertilização Constitucional Cruzada, que visa a comunicação entre as Cortes, adotando posicionamentos vanguardistas e tutelando o indivíduo frente à força do Estado.

A jurisdição não pode ser vista como tarefa hermenêutica vazia, como simples configuração da lei, o juiz não pode ser aquele que executa cegamente a vontade legal do Estado. O Estado Democrático de Direito triunfou no Brasil, deve-se abandonar as reminiscências do Estado de Direito, Estado legalista por excelência, onde a jurisdição era processo objetivo, era o império da lei.

Eis o ponto nevrálgico da questão, admite-se que a jurisdição sofreu indelével mudança, é o momento da jurisdição humana, voltada para o indivíduo. Assim, não existem mais zonas cinzentas, inatingíveis pela jurisdição do Estado Democrático de Direito. Nem mesmo o processo extradicional está imune a tal

irradiação. Não se pode desejar que um juiz, ao prolatar uma sentença, se atenha aos fatos e aos direitos tão arduamente conquistados, e, por vezes, faça frente ao próprio poder estatal, para depois, em um processo extradicional, em que se apresenta cerceamento e afronta a direito do indivíduo, alegar não poder adentrar tal órbita, por ferir a soberania. A soberania não pode ser usada como arma, para poder lesionar direitos humanos.

Assim, ao controlar a constitucionalidade de lei alienígena frente a constituição alienígena a Suprema Corte faz mais que um processo objetivo, faz verdadeiro juízo de valor e afasta a lesão ao ser humano, quando a Corte do país originário não se pronunciou. Não afronta a soberania, mas cumpre o desiderato da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Essa tarefa deve ser desempenhada por todas as Cortes do mundo, afinal, as constituições surgem para limitar o poder dos Estados, definindo e ampliando os direitos humanos.

Ao analisar a constitucionalidade de uma norma, mesmo que estrangeira, o Supremo Tribunal Federal, cumpre com o desiderato do Estado Democrático de Direito. Leis viciadas pelo cancro da inconstitucionalidade ferem, indubitavelmente, os direitos do cidadão. Afastar a inconstitucionalidade é mais que análise legalista, e a consagração da carga axiológica que qualquer constituição, promulgada dentro de um Estado Democrático de Direito, visa exprimir: a tutela inexorável da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil, Introdução**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARGENTINA. Constituição da República argentina. 1994.

BALLARINO, Tito. **Costituzione e diritto internazionale privato**. Milão: Padova, 1974.

BARROSO, Luis Roberto. **A interpretação e aplicação da constituição**. 7. ed. São Paulo. Saraiva, 2009

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006,

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação. Ementa: [...] Extradicação 417. Pleno. Requerente: República Argentina. Extraditando: Mário Eduardo Firmenich. Relator: Min. Oscar Corrêa. Brasília, 11 de outubro de 1985. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=373045>>. Acesso em 29 abri. 2012.

_____.Supremo Tribunal Federal. Extradicação. Ementa: [...] Extradicação 541. Pleno. Requerente: Governo da Itália. Extraditando: Giancarlo Donnini. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 18 de novembro de 1992. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=541&classe=Ext&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 29 abri. 2012.

_____.Supremo Tribunal Federal. Extradicação. Ementa: [...] Extradicação 1171. Pleno. Requerente: Governo da Argentina. Extraditando: Hector Roberto Hermosid. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 10 de novembro de 2009. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1171&classe=Ext&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 29 abri. 2012.

_____.Supremo Tribunal Federal. Extradicação. Ementa: [...] Extradicação 1003. Pleno. Requerente: Governo da República Federal da Alemanha. Extraditando: Abdul Monem Ahmad. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1003&classe>

[=Ext&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>](#). Acesso em 29 abri. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Extradição. Ementa: [...] Extradição 1010. Pleno. Requerente: Governo da Alemanha. Extraditando: Haissam Ali Diab. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 24 de maio de 2006. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1010&classe=Ext-QO&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 29 abri. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Extradição. Ementa: [...] Extradição 690. Pleno. Requerente: Governo do Equador. Extraditando: Rahdi Zeiter. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 13 de dezembro de 2007. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1095&classe=Ext&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 29 abri. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Extradição. Ementa: [...] Extradição 668. Pleno. Requerente: Governo do Peru. Extraditando: Leonel Salomon Figueroa Ramirez e Hector Segundo Neyra Chavarry. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 28 de novembro de 1996. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=662&classe=Ext&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 29 abri. 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 17. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

COSTA, Luiz Antônio Severo da. **Da aplicação do direito estrangeiro pelo juiz nacional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1968.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado, parte geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DIDIER, Fredie. **Curso de Processo Civil**. 7. ed. Salvador: Juspodium, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução às normas brasileiras**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze./FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. **A Relação extradicional no direito brasileiro**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

- LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. Introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.
- MACHADO, João Baptista. **Lições de direito internacional privado**. 3ª reimpressão. Coimbra. Coimbra, 1995.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual (4ª Série)**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil – Teoria Geral**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira./COELHO, Inocêncio Mártires./BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Introdução e revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: M. Fontes, 2003.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- RAMOS, Rui Manuel Gens de Moura. **Direito internacional privado e constituição**. 3ª reimpressão. Coimbra: Coimbra, 1994.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Parte geral do código civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense: Rio de Janeiro, 2009.