

# O panorama da jurisprudência comparada das Cortes Constitucionais na interpretação e aplicação do Direito Constitucional contemporâneo — a influência da transformação do conceito de território

Arthur Pinheiro Chaves\*

Nos últimos tempos, nota-se o surgimento de problema de direito constitucional geral, na forma de controvérsia acerca da utilização e citação, por parte das Cortes Constitucionais de diversos países, de material normativo e jurisprudencial externo, reflexo da crescente internacionalização das relações humanas, decorrência da aceleração dos avanços tecnológicos e da mudança de costumes.

Os dois pólos da discussão podem ser representados assim: de um lado, o art. 39 (do *Bill of Rights*) da Constituição da República da África do Sul de 1996, segundo o qual, ao interpretar o catálogo de direitos, as Cortes “devem levar em consideração o direito internacional e podem levar em consideração o direito estrangeiro”; em sentido oposto, a radical contestação dessa prática, no sentido da defesa das características originárias da Constituição, contra as “intromissões bastardas”, com experiências não indígenas e contra a transformação do direito constitucional em um genérico constitucionalismo sem confins e sem características próprias.

A controvérsia pode se ilustrar com o alvoroço causado pela referência, por parte de um Juiz da Corte Suprema dos Estados Unidos, em um posicionamento isolado (Juiz Breyer, em *Knight v. Florida* [1991]), além do *Privy Council* britânico e da Corte Europeia dos Direitos do Homem, de uma decisão da Corte Suprema do Zimbábue que, depois de haver, por sua vez, consultado decisão estrangeira, havia estabelecido que a execução de uma sentença capital, à longa distância de tempo da condenação, deve ser considerada uma forma de tortura ou um tratamento desumano e degradante.

A essa posição “universalista”, o Juiz Thomas contrapôs a tese “isolacionista”, escrevendo que a citação de jurisprudência estrangeira é a demonstração

da falta de fundamento no direito constitucional nacional.

O significado da contestação, surgido como reação ao “nascente cosmopolitismo judiciário”, resultante de alguns pronunciamentos basilares da Suprema Corte em 2003, é bem representado pelo título de uma proposta de lei ao Congresso Norte-Americano no ano seguinte — *Constitution Restoration Act* — na qual se proíbe aos juizes interpretar a Constituição levando em consideração documentos jurídicos diversos daqueles nacionais, compreendidas as decisões das Cortes Constitucionais ou Supremas de outros países ou de Tribunais internacionais de direitos humanos. A objeção da comparação constitucional vem assim considerada medida de defesa da identidade constitucional nacional.

O terreno sobre o qual mais naturalmente se desenvolve a discussão é aquele dos direitos fundamentais: a pena de morte, a idade e o estado físico dos condenados, as modalidades das execuções, onde referida pena é aplicada; os direitos dos homossexuais; as “ações positivas” em favor da participação política das mulheres ou contra históricas discriminações raciais, por exemplo, no acesso ao trabalho e à instrução; a limitação dos direitos por motivos de segurança nacional; a regulamentação do aborto e, em geral, os problemas postos pelas aplicações técnicas das ciências biológicas a numerosos aspectos da existência humana; a liberdade de consciência em face das religiões dominantes e das políticas públicas nos confrontos de escolas e confissões religiosas; os direitos dos indivíduos nas relações de família e similares. É a partir de problemas como esses que a discussão teve início e é a esse nível que a comparação das experiências jurisprudenciais é defendida ou combatida.

*Terra e território: res publica universalis?* — Em realidade, o confronto das jurisprudências — como de resto a comparação das legislações — corresponde a uma exigência do direito contemporâneo.

\* Juiz Federal da Seção Judiciária do Estado do Pará.



O mundo jurídico hodierno, em muitos campos, vai se desvinculando de forma nítida do território, o espaço cercado por confins em relação ao qual o direito público ocidental tem por séculos atribuído a tarefa de delimitar e especificar as coletividades humanas, os seus governos e os seus sistemas jurídicos.

Esse elemento do Estado representou, por longo tempo, a dimensão na qual os fatos sociais assumiam sentido e valor e, em conseqüência, a dimensão de suas repercussões jurídicas. Aquilo que ocorria fora ou era indiferente ou, se não o era, era abrangido pelo direito internacional. Esse último superava os confins, mas a sua matriz era também sempre estatal-territorial; assim, ao superá-los, os repetia como pressupostos. A *res publica* estava inserida nestas fronteiras.

Hoje não é mais assim. As dimensões se alargaram. A terra pertence aos seus habitantes — segundo a célebre expressão de Thomas Jefferson — ou, talvez, os seus habitantes pertençam à terra: terra, portanto, não mais território.

A soberania de outrora se transformou em interdependência ou dependência. O controle de diversos fatores condicionantes da nossa existência nos refoge. Atos e ocorrências de natureza política, econômica, cultural e tecnológica sucedidos em outras partes do mundo terminam por condicionar e atingir diretamente o patrimônio dos bens constitucionais nacionais. Os danos causados ao meio ambiente são exemplos claros disso. Entretanto, esses são submetidos à justiça constitucional do País no qual ocorrem.

De outro lado, os nossos princípios constitucionais, no essencial, possuem porte universal: a dignidade da pessoa humana, a igualdade e os direitos humanos, a paz, a justiça, etc. (preâmbulo e art. 1º da CF/1988). A sua violação tem relevo, acima de tudo de um ponto de vista moral, em qualquer lugar da terra onde ocorra, mas essa violação fica sob a jurisdição das Cortes nacionais. Há uma evidente incongruência de proporções.

É natural, quando os bens constitucionais se tornam interdependentes e indivisíveis, que as justiças constitucionais de cada nível aspirem integrar-se, se não de uma forma institucional cosmopolita, que não se vislumbra e provavelmente não ocorra jamais, não obstante o desenvolvimento do direito comunitário, ao menos em contextos deliberativos comunicantes. A interação levará, cedo ou tarde, a uma convergência de perspectivas.

A abertura das jurisprudências a recíprocos entrelaçamentos não é, portanto, modismo, pretensão de alguns acadêmicos, arbitrariedade em relação às constituições nacionais. É uma exigência radicada na vocação hodierna da jurisprudência constitucional. É parte do processo multifacetado de “universalização do direito”, o fenômeno característico do nosso tempo jurídico desterritorializado. A pequena pergunta inicial, se é lícito (conveniente) às Cortes citar a jurisprudência de outras, mostra assim as suas não pequenas implicações.

*Prós e contras* – Os críticos da tendência a uma “justiça constitucional cosmopolita” — uma *meretricious practice*, segundo a expressão de Richard A. Posner — a sobrecarregam de ideologia, quando evocam um “flerte” com a idéia de um direito natural universal e falam de “vanguardismo moral”. Segundo a doutrina do direito natural existem princípios de direito que devem informar os direitos positivos; sendo universais, devem ser encontrados nos próprios como em outros ordenamentos. O consenso difuso seria, portanto, um atestado de legitimidade e fundamento das decisões singulares. O vanguardismo moral, então, se nutriria da idéia de progresso jurídico que, a partir das divisões, tenderia à unificação das sociedades em nome dos direitos humanos.

Não há necessidade, contudo, de se chegar a tanto. Esta exacerbação ideológica parece feita propositalmente para suscitar oposições. É suficiente a modéstia nos confrontos com as experiências externas. Basta não se crer estar sós no próprio caminho e não ser presunçosos, como, aliás, o fazem os chauvinistas da constituição. O pressuposto não é necessariamente o direito natural, nem a ilusão do progresso. Pode ser a prudência do empirista que quer aprender, não só com os próprios, mas também com os sucessos e erros alheios.

Basta reconhecer que a interpretação da Constituição não é aquela de um contrato, de um ato administrativo regulamentar, e nem a de uma lei, obtida da vontade política contingente, mas é um ato de adesão ou de ruptura em relação a tradições histórico-culturais compreensivas, das quais cada Constituição é parte.

A relevância dada pelas jurisprudências nacionais à jurisprudência estrangeira ou supranacional não pressupõe então a existência de uma preponderante dimensão de direito supraconstitucional. Não se trata

de um cavalo de Tróia para afirmar uma “ditadura universalística dos direitos”, mas de um instrumento para entender as próprias constituições, através de um quadro de fundo que dá a elas um preciso significado em um determinado momento histórico.

Os cidadãos de um ordenamento não são chamados a submeter-se a “inclinações, entusiasmos ou modas estrangeiras” (ao contrário do dito pelo Juiz Scalia em *Lawrence v. Texas* [2003]). O fim é principalmente de direito interno, de forma que se tenha um direito capaz de aprender. É como recorrer, para resolver um problema difícil, a “um amigo rico de experiência”, que faz pensar melhor, desperta energias potenciais latentes, alarga as perspectivas, trazendo a lume pontos de vistas talvez de outra forma ignorados: “o direito comparado me serve como um espelho: permite-me observar-me e compreender-me melhor”, segundo as palavras do presidente da Corte Suprema de Israel, Aharon Barak.

A circulação das jurisprudências não compromete então a identidade interna. A comunicação de experiências é sempre filtrada porque pressupõe *standards* mínimos de homogeneidade e juízos de congruência sobre textos e contextos jurisprudenciais. Esses juízos são exercidos pelas Cortes Constitucionais. Não se opera qualquer diminuição na sua função soberana.

A comunicabilidade das jurisprudências, então, reflete a participação em uma relação paritária e exclui prejudiciais complexos de superioridade (hoje dos Estados Unidos em relação ao Zimbábue; amanhã – quem sabe? – do Zimbábue em relação aos Estados Unidos). Diz-nos ainda que, de outro lado, fechar-se em si mesmo significa um coisa somente: submeter as políticas constitucionais e os direitos humanos exclusivamente aos interesses nacionais.

Não se pode, contudo, olvidar as dificuldades. Todas as vezes em que se esbarram contraposições radicais e a discussão constitucional se torna um *Kulturkampf* – pensando-se nos temas religiosos, da bioética, da formação das novas gerações – a justiça constitucional, ao invés de se abrir e se expandir, se fecha em si mesma. Em contextos de grandes tensões políticas e culturais, que não deixam outra possibilidade além de alinhar-se com uma ou com outra posição, o poder de última instância das Cortes de conferir legitimidade ou ilegitimidade corre o risco, ele próprio, de se tornar fator de outras tensões e de ulteriores divisões.

Nesse caso, o dualismo radical das posições em confronto deve ser evitado, adotando-se o pluralismo dos equilíbrios dinâmicos, temperado por moderação, postura adequada aos Tribunais constitucionais de qualquer parte do mundo, de forma a se atingir o espírito de justiça constitucional destinada a atender os anseios e necessidades da sociedade contemporânea.

Nota-se, diante das contraposições, a propensão para uma “terceira opção”, para não ceder a nenhuma daquelas em jogo. Isso não representa a tentativa oportunista de caminhar sobre o fio da navalha para não desagradar ninguém; é ao invés a via, plenamente justificável, para manter abertas as ligações entre as partes, aplinar as asperezas e preservar aberto e fértil o terreno do confronto, de forma que, ao fim, se represente o dever integrativo essencial de cada constituição pluralista.

## Referências bibliográficas

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.