



Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP
Mestrado em Direito Constitucional

**A DOUTRINA DA *LIVING CONSTITUTION* SEGUNDO A ÓTICA DE DAVID STRAUSS
E O JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO N. 11.243 E DA PETIÇÃO AVULSA
NA EXTRADIÇÃO N. 1.085 PELO STF
(CASO CESARE BATTISTI)**

FLÁVIO JAIME DE MORAES JARDIM

Brasília – DF

2012



Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP
Mestrado em Direito Constitucional

A DOCTRINA DA *LIVING CONSTITUTION* SEGUNDO A ÓTICA DE DAVID STRAUSS
E O JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO N. 11.243 E DA PETIÇÃO AVULSA
NA EXTRADIÇÃO N. 1.085 PELO STF
(CASO CESARE BATTISTI)

FLÁVIO JAIME DE MORAES JARDIM

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, no curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Dr. Márcio P. P. Garcia

Brasília – DF

2012

FLÁVIO JAIME DE MORAES JARDIM

**A DOCTRINA DA *LIVING CONSTITUTION* SEGUNDO A ÓTICA DE DAVID STRAUSS
E O JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO N. 11.243 E DA PETIÇÃO AVULSA
NA EXTRADIÇÃO N. 1.085 PELO STF
(CASO CESARE BATTISTI)**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, no curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ___/___/_____, com menção _____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof. Dr. Márcio P. P. Garcia – Orientador
Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Integrante:

Integrante:

RESUMO

Na obra “The Living Constitution”, David Strauss defende que o texto da Constituição dos Estados Unidos, promulgado em 1787, tem sido mantido atual e permanece ditando as regras da sociedade americana, em função da viva compreensão dos significados das palavras ali previstas. Essa compreensão fica definida em precedentes e tradições sedimentados com a passagem do tempo pelos juízes, num sistema similar ao que se pratica na *common law*. Pela abordagem do sistema consuetudinário, tal como defendida pelo autor, em casos em que a Constituição não oferece uma solução clara, a resolução da controvérsia passará pelo exame de qual é a *lei* aplicável ao caso, tal como previamente definida pelo Poder Judiciário em casos similares. A mudança da orientação jurisprudencial sedimentada, embora possível, deverá resultar de uma profunda análise dos entendimentos passados, além da exposição de argumentos sobre justiça e boas políticas. Adotando essas premissas como marco, este trabalho procura demonstrar que o STF, da mesma maneira, também aplica noções do sistema da *common law* para definir casos complexos. Ao final, o estudo tentará avaliar se as decisões adotadas no julgamento da Reclamação n. 11.243 e na Petição Avulsa n. 1.085 foram tomadas com base nestas noções.

ABSTRACT

In the book “The Living Constitution”, David Strauss argues that the text of the Constitution of the United States, enacted in 1787, has been kept updated and still dictates the rules of the American society due to the living comprehension of the meaning of its words. This comprehension is defined in precedents and traditions established by judges with the passage of time, in a similar system of the practices of the common law system. In accordance to the notions of this system, as described by the author, in cases in which the Constitution does not offer a clear solution, the outcome of the case will be adopted taking into consideration the law settled in previous precedents by Courts. The overruling of a well-established precedent, although possible, should not be done without an extensive analysis of the previous rulings, associated with arguments of fairness and good policies. Fixing these premises as a starting point, this work seeks to demonstrate that the Brazilian Supreme Court also applies notions of the common law system to resolve complex cases. At last, the paper will try to evaluate whether the rulings of the *Claim* n. 11.243 and of the *Sole Petition* n. 1.085 were adopted in accordance to these notions.

“A vida do direito não tem sido lógica; tem sido experiência. A percepção das necessidades da época, as teorias morais e políticas predominantes, as políticas públicas instituídas, conscientemente ou não, mesmo os preconceitos que os juizes compartilham com os seus semelhantes, têm tido bem mais a ver do que o silogismo na determinação das regras e normas pelas quais os homens deveriam ser governados.”

(Oliver Wendell Holmes Jr., ex-membro da Suprema Corte dos Estados Unidos)

“A liberdade não encontra refúgio em uma jurisprudência de dúvidas.”

(Sandra O'Connor, ex-membro da Suprema Corte dos Estados Unidos)

“A ciência de Governo sendo [...] tão prática em si mesmo, e intencionada para objetivos sociais, é um tema que requer experiência, mais experiência que qualquer pessoa pode adquirir durante toda a sua vida, [...] Deve ter um cuidado sem fim o homem que intencione derrubar um prédio que tem resguardado, num nível tolerável, há tempos, os propósitos comuns da sociedade.”

(Edmund Burke, filósofo irlandês)

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO	8
II. A DOCTRINA DA <i>LIVING CONSTITUTION</i> SEGUNDO A ÓPTICA DE DAVID A. STRAUSS	14
2.1. O Originalismo e os seus Pecados	16
2.2. A <i>Common Law</i> e a <i>Living Constitution</i>	23
2.3. Exemplos de evolução da Jurisprudência da Suprema Corte pelo método da <i>living constitution</i>	34
2.4. A doutrina da <i>living constitution</i> na visão de William H. Rehnquist	45
2.5. A doutrina da <i>living constitution</i> na visão de Bruce Ackerman	50
III. A DOCTRINA DA <i>LIVING CONSTITUTION</i> NOS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	54
3.1. Fidelidade ao texto ou justiça no caso concreto?	55
3.2. Reconhecimento da complexidade dos assuntos e propensão para reflexão ...	60
3.2.1. O julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ	68
3.2.2. O julgamento do Recurso Extraordinário n. 397.762/BA	76
3.2.3. O julgamento do <i>Habeas Corpus</i> n. 73.662/MG	82
3.3. Humildade	86
3.3.1. O Agravo Regimental na Medida Cautelar na Ação Cível Originária n. 876/BA	95
3.3.2. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF.....	102
3.4. Boas Políticas	106
3.4.1. O Recurso Extraordinário n. 407.688/SP	108
3.4.2. A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.990/DF	107
IV. O JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO N. 11.243 E DA PETIÇÃO AVULSA N. 1.085	113
4.1. Breve Histórico	113

	7
4.2. O voto do Min. Gilmar Mendes	115
4.3. O voto do Min. Luiz Fux	120
4.4. Análise	125
4.4.1. Os dispositivos constitucionais invocados para a solução da questão	126
4.4.2. A jurisprudência prévia do STF acerca do controle da decisão de concessão de refúgio	130
V. CONCLUSÃO	151
VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	155
VII. PRECEDENTES	159
7.1. Precedentes do Supremo Tribunal Federal	159
7.2. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América	161

I. INTRODUÇÃO

Em 21 de março de 2007, foi preso no bairro de Copacabana, no Rio de Janeiro, o escritor italiano Cesare Battisti. A prisão preventiva, efetuada pela Polícia Criminal Internacional, fora determinada pelo Supremo Tribunal Federal, em face de pedido de extradição formulado pela República Italiana com fundamento em tratado bilateral firmado com a República Federativa do Brasil¹.

O pleito da Itália baseava-se em decisão da Corte de Apelações de Milão, que, à revelia do acusado, condenara Cesare Battisti à prisão perpétua, com isolamento diurno inicial por seis meses, pela prática de quatro homicídios, cometidos entre os anos de 1977 e 1979.

Battisti sempre negara a autoria de tais crimes. Para tanto, alegava que na época dos fatos não mais participava do grupo político de extrema-esquerda "Proletários Armados pelo Comunismo", do qual fora um dos líderes.

Preso em junho de 1979, durante uma investigação sobre os assassinatos, fugiu da prisão e da Itália em outubro de 1981, tendo encontrado refúgio primeiramente no México, e depois, a partir de 1990, na França, durante o governo de esquerda de François Mitterrand². Beneficiou-se da política então vigente, segundo a qual ex-ativistas que tivessem largado a luta armada não seriam extraditados³. Em 2004, já na administração Jacques Chirac, a Justiça francesa finalmente aceitou extraditá-lo. Ato contínuo, escapou para o Brasil.

¹ O Tratado foi firmado em 17 de outubro de 1989 e foi promulgado pelo Decreto n. 863, de 9.7.1993.

² Disponível em <http://www.mitterrand.org/La-France-l-Italie-face-a-la.html>. Acessado em 18.2.2012.

³ Disponível em <http://www.estadao.com.br/especiais/entenda-o-caso-cesare-battisti,49329.htm>. Acessado em 18.2.2012.

Após a sua prisão em território nacional, o que se testemunhou foi um profundo debate sobre o caso na sociedade brasileira. A imprensa noticiou intensamente todos os atos que se seguiram, até o último julgamento do Supremo Tribunal Federal. Parlamentares de esquerda, como o Senador Eduardo Suplicy⁴ e o ex-Deputado Federal Fernando Gabeira⁵, defenderam ativamente a permanência do italiano. Parlamentares conservadores, como o Senador Demóstenes Torres, protestaram pela concessão do pedido⁶. A República da Itália pressionou fortemente o Governo Brasileiro pela extradição do ex-ativista.

Uma vez detido, Battisti formulou pedido de refúgio no país, o que implicou a suspensão do processo de extradição no STF. Por três votos a dois, o pleito foi negado pelo Comitê Nacional de Refugiados. Interposto recurso, o então Ministro da Justiça Tarso Genro deu-lhe provimento e concedeu-lhe o *status* de refugiado político.

Retomado o trâmite do processo de extradição, o Supremo Tribunal Federal, por cinco votos a quatro, anulou a decisão do Ministério da Justiça e deferiu o pedido. Decidiu também que a entrega do extraditado competia discricionariamente ao Presidente da República, que deveria decidir conforme os termos do Tratado de Extradição celebrado entre Brasil e Itália⁷.

⁴ Disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-fev-03/suplicy-cesare-battisti-inocente-defende-liberdade>. Acessado em 18.2.2012.

⁵ Disponível em <http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,AA1492406-5601,00-GABEIRA+NAO+QUER+ EXTRADICAO+DE+CESARE+BATTISTI.html>. Acessado em 18.2.2012.

⁶ Disponível em <http://www.dem.org.br/2011/06/demostenes-torres-critica-decisao-do-stf-sobre-cesare-battisti/>. Acessado em 18.2.2012.

⁷ Cf. STF, Ext 1085, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/2009, DJe 15-04-2010.

Em 31 de dezembro de 2010, no seu último dia de mandato, o Presidente Lula, com fundamento na alínea “f” do número 1 do art. 3º do tratado bilateral, por entender que existiam ponderáveis razões para se supor que o extraditando fosse submetido a agravamento de sua situação, por motivo de condição pessoal, dado o seu passado, marcado por atividade política de intensidade relevante, decidiu negar o pedido de extradição de Cesare Battisti.

O Governo da Itália reagiu protocolando uma reclamação no Supremo Tribunal Federal. Já a defesa de Battisti, requereu à Corte a sua imediata soltura.

Ambos os pedidos, objetos dos autos da Reclamação n. 11.243 e da Petição Avulsa na Extradicação n. 1.085, foram levados a julgamento no Plenário em 8 de junho de 2011.

Na ocasião, por seis votos a três, a Corte não conheceu da reclamação. E, na apreciação do pedido de soltura, deferiu-o, assentando que o Presidente da República, dentro da liberdade interpretativa que decorre de suas atribuições de Chefe de Estado, tem competência para apreciar o contexto político atual e as possíveis perseguições contra o extraditando relativas ao presente, na forma permitida pelo texto do Tratado de Extradicação, sendo esta decisão não sujeita ao controle do Supremo Tribunal Federal.

Battisti foi então finalmente liberado da prisão.

A decisão foi severamente censurada pelo Governo da Itália, que convocou o seu embaixador para explicações⁸. Houve protestos no Parlamento

⁸ Disponível em <http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI5179349-EI306,00-Italia+convoca+embaixador+no+Brasil+apos+soltura+de+Battisti.html>. Acessado em 18.2.2012.

Europeu⁹. No âmbito interno, vários veículos de imprensa criticaram severamente a decisão do Supremo Tribunal Federal¹⁰.

Embora este trabalho tenha sido iniciado com um breve relato dos fatos envolvendo os passos para rejeição da entrega de Cesare Battisti ao seu país natal, a análise do processo extradicional ou dos fatos históricos que tornaram o caso intensamente divulgado não é o seu objeto específico.

Pelo contrário, desde já, é importante frisar que este estudo não tem qualquer pretensão de se manifestar sobre o acerto ou desacerto das decisões tomadas, seja pelo Presidente Lula, pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Ministro da Justiça ou pelo Comitê Nacional dos Refugiados, que implicaram ou não a permanência de Cesare Battisti em solo brasileiro.

Na verdade, a elucidação dos fatos que se seguiram até a não entrega do extraditando se mostrou necessária para chamar a atenção de dois aspectos envolvendo os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal.

Primeiramente, na apreciação da Extradicação n. 1085, a Corte anulou a decisão do Ministro da Justiça que implicara a concessão do refúgio e deferiu o pedido de extradição de Battisti.

Já no segundo pronunciamento, tomado no julgamento da Reclamação n. 11.243 e da Petição Avulsa na Extradicação 1.085, a despeito de ter rejeitado o reconhecimento da condição de refugiado do extraditando, o Tribunal optou por não rever o ato do Presidente Lula que implicou a não entrega de Battisti.

⁹ Disponível em <http://neccint.wordpress.com/2011/07/07/brasil-e-alvo-de-protesto-no-parlamento-europeu-por-cao-de-battisti/>. Acessado em 18.2.2012.

¹⁰ A Folha de São Paulo publicou editorial sobre o tema, em 11.6.2012, intitulado “Justiça desfeita”. Acessado em 18.2.2012.

Dessa forma, o objetivo deste estudo é analisar a hermenêutica constitucional que lastreou a decisão do Supremo Tribunal Federal de, a despeito de previamente reconhecer que Cesare Battisti não era um refugiado político, concluir que não poderia rever o ato do Presidente Lula de não entregar o ex-ativista ao Governo da Itália.

A proposta do trabalho será examinar a referida decisão à luz da doutrina esposada por David Strauss, professor da Universidade de Chicago, na obra *“The Living Constitution”*, publicada em 2010.

A escolha do referido marco teórico se deve ao fato de que, conforme será demonstrado no decorrer do texto, a doutrina da *living constitution* defendida por Strauss é a que vem sendo aplicada pelas Cortes quando interpretam no dia a dia a Constituição dos Estados Unidos e, como será defendido, na interpretação da nossa Constituição.

Segundo o autor, nas Cortes e nos debates públicos em geral, “as específicas palavras constantes no texto constitucional tem um papel secundário na interpretação do conteúdo da constituição, se comparado aos entendimentos em evolução do que a Constituição exige”¹¹.

O objetivo primordial do estudo será responder à seguinte pergunta: a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Reclamação n. 11.243 e da Petição Avulsa na Extradicação n. 1.085 se adéqua aos parâmetros definidos por David Strauss para uma *living constitution*?

Para tanto, será necessário inicialmente fazer uma breve abordagem dos argumentos lançados na obra *“The Living Constitution”*, para compreender qual a visão do autor sobre o processo de interpretação constitucional.

¹¹ STRAUSS, David A. *Common Law Constitutional Interpretation*. 63 *The University of Chicago Law Review* 877. (Summer 996).

Em seguida, o estudo examinará se a doutrina defendida se adéqua à interpretação constitucional efetivada pelo Supremo Tribunal Federal em outros casos. No ponto, serão abordados julgamentos que tiveram grande repercussão na sociedade brasileira, seja por envolverem questões sociais, políticas ou jurídicas de alta relevância, seja pela curiosidade em relação aos fatos dos casos.

Ao final, as atenções serão voltadas aos argumentos lançados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Reclamação n. 11.243, de forma a se tentar responder a pergunta acima formulada.

Um esclarecimento necessário é que as referências a traduções de obras da língua inglesa, referidas nas notas de rodapé, foram todas feitas livremente pelo autor. Desde já, pede-se vênua para eventuais imperfeições – seguramente existentes – na transposição dos idiomas e espera-se que as citações possam transmitir a ideia veiculada pelos escritores nas obras originárias.

II. A DOCTRINA DA *LIVING CONSTITUTION* SEGUNDO A ÓPTICA DE DAVID A. STRAUSS

Na obra “*The Living Constitution*”, David Strauss detalha a sua visão sobre o processo de interpretação constitucional e do real significado da Constituição¹².

Strauss destaca que o texto escrito da Constituição Americana, que se encontra guardado no Arquivo Nacional, foi promulgado há mais de duzentos e vinte anos e permanece vigente. Nesse intervalo de tempo, os Estados Unidos e os demais países do globo se modificaram de formas inimagináveis. Não somente o território daquele país foi ampliado, mas também a sua população se multiplicou por várias vezes. Mudanças ocorreram na tecnologia, na economia, na sociedade e no ambiente internacional. Dessa forma, foi inevitável que a Constituição também se modificasse¹³.

Para o autor, entretanto, não é realístico imaginar que todas as mudanças ocorreriam via alterações no texto constitucional, por meio de emendas¹⁴. As transformações se deram fundamentalmente na compreensão, pelos seus intérpretes, do conteúdo do texto escrito. Assim, assenta que a Constituição Americana é uma *living constitution*, uma constituição que evolui, que se altera com o tempo e se adapta a novas circunstâncias, sem que necessariamente tenha sido formalmente emendada¹⁵.

Strauss assevera que o fenômeno, embora criticado, é positivo. Uma constituição estática serviria precariamente aos seus propósitos. Seria

¹² STRAUSS, David A. *The Living Constitution*. New York: Oxford University Press. 2010.

¹³ Idem. p. 1-2.

¹⁴ Idem. Ibidem.

¹⁵ Idem. Ibidem.

ignorada, ou pior, seria um entrave, uma relíquia, que afastaria a sociedade americana do progresso e prejudicaria o seu desenvolvimento¹⁶.

O doutrinador, contudo, reconhece que a *living constitution* é uma constituição sujeita a manipulações, uma vez que é infinitamente flexível e não tem um conteúdo fixo, senão o que o intérprete lhe atribuir¹⁷. E ressalta que a Constituição Americana foi concebida para ser uma “pedra sólida”, que resguarda os princípios fundamentais daquela sociedade. A opinião pública, assim, poderá “soprar de um lado ou de outro”, sem que isso afete a solidez dos princípios constitucionais básicos da Carta¹⁸.

Nesse contexto, indaga: como conjugar a intenção de ter uma constituição que é ao mesmo tempo vivente, adaptável, dinâmica e, simultaneamente, estável e resistente à manipulação humana? Strauss afirma que isso tem sido alcançado nos Estados Unidos por uma razão específica: o sistema constitucional daquele país, de maneira até mesmo inconsciente, se estruturou como um sistema da *common law*.

Percebe-se que a *common law*, conforme detalha, é um sistema construído não sobre um texto autoritário, fundacional, “quase sagrado”, como o de uma constituição. Pelo contrário, a *common law* é estruturada em precedentes e tradições sedimentados com a passagem do tempo pelos juízes. Esses precedentes deixam margem para adaptações e mudanças, mas somente dentro de certos limites e formas que se enraizaram no passado.

Passa-se, a partir de agora, a sintetizar os principais argumentos traçados pelo professor da Universidade de Chicago, nos capítulos da obra “*The Living Constitution*”, de modo a compreender a doutrina de Strauss.

¹⁶ Idem. Ibidem.

¹⁷ Idem. p. 31.

¹⁸ Idem. p. 1-2.

2.1. O Originalismo e os seus Pecados

Quando se estuda a interpretação da Constituição nos manuais de Direito Constitucional brasileiros, é raro identificar um autor que sustente a prevalência de um determinado método de interpretação constitucional. Reconhecidos doutrinadores comumente defendem que a definição do conteúdo de uma constituição deve ser feita com os “recursos das regras tradicionais de interpretação”¹⁹. Isso implica dizer que o intérprete deverá recorrer aos métodos tradicionais de hermenêutica, quais sejam, a *interpretação gramatical*, a *sistemática*, a *teleológica* e a *histórica*²⁰, para alcançar o sentido do texto constitucional.

É comum, também, a afirmação de que os vários critérios hermenêuticos não devem ser hierarquizados²¹. Gilmar Mendes e Paulo Branco citam trecho do livro *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*, tradução de obra de autoria do alemão Klaus Stern, em que é destacado que “os métodos de interpretação hão de ser combinados. Nenhum método deve ser absolutizado. É correto o resultado que, pela utilização sucessiva de todos os métodos de interpretação, transmite o sentido da lei”²².

Miguel Reale, um dos mais aclamados doutrinadores brasileiro, destaca que “[n]o direito, [...], o intérprete pode avançar mais, dando à lei uma significação imprevista, completamente diversa da esperada ou querida pelo legislador, em virtude de sua correlação com outros dispositivos, ou então pela compreensão à luz de novas valorações emergentes no processo histórico”²³.

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 96.

²⁰ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Atlas. 2006. p. 10.

²¹ Idem. Ibidem.

²² *Apud* idem.

²³ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva. p. 292.

Nos Estados Unidos, porém, o debate em torno do tema tem sido travado em termos distintos.

Jack M. Balkin, Professor da *Yale Law School*, ao abordar a controvérsia, formula a seguinte ilustrativa indagação sobre a abordagem do tema naquele país: “É a nossa Constituição um documento “vivo” que se adapta às circunstâncias que se alteram ou devemos interpretá-la de acordo com o seu significado original?”²⁴ O doutrinador esclarece que os americanos, há anos, vêm debatendo a interpretação constitucional entre essas duas correntes²⁵.

O primeiro capítulo da obra de David Strauss aborda justamente a corrente interpretativa denominada “originalismo”, ou seja, aquela que defende que, quando se atribuem acepções para as palavras do texto constitucional, devem ser empregados os significados que as pessoas que aprovaram os dispositivos constitucionais teriam lhes atribuído²⁶.

Segundo os originalistas, “a Constituição é *lei*, então, presumidamente, o seu significado, como o de qualquer outra lei, é o significado intencionado pelo legislador”²⁷.

Um grande exemplo é o caso da interpretação do significado da Oitava Emenda à Constituição Americana, que prevê a impossibilidade de as

²⁴ BALKIN, Jack M. *Fidelity to Text and Principle. The Constitution in 2020*. New York: Oxford. 2009. p. 12.

²⁵ Idem.

²⁶ STRAUSS, David A. op. cit. p. 10.

²⁷ BORK, Robert. *The Tempting of America*. New York: Touchstone. 1991. p. 145. http://books.google.com.br/books?id=jWbkvFhJStoC&printsec=frontcover&dq=the+tempting+of+america&hl=pt-BR&sa=X&ei=fEEXT7isBtGctweig_TzAg&ved=0CDEQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false. Acessado em 18.1.2012.

peças serem submetidas a punições “cruéis e não usuais”²⁸. Segundo a corrente originalista, ao se interpretar o referido dispositivo constitucional, o intérprete jamais poderia chegar à conclusão de que a pena de morte é inconstitucional, pois, em 1791, quando a Emenda foi aprovada, isso não ocorreria²⁹.

Famosos juristas americanos, dentre os quais Hugo Black, Antonin Scalia e Clarence Thomas, os dois últimos ainda membros da Suprema Corte³⁰, defendem, em maior ou menor extensão, o método originalista como o correto para uma adequada compreensão do texto constitucional. Scalia, inclusive, ao recentemente proferir voto no caso *U.S. v. Jones*, – em que se debatia se a ação policial de deixar um aparelho GPS permanentemente ligado no automóvel de um traficante de droga caracterizava uma busca e apreensão ilegal –, comparou os fatos a situações presentes no Século XVIII, para concluir o seu entendimento³¹.

Strauss, contudo, critica o originalismo. Para ele, “existem vários princípios, profundamente enraizados na *lei* americana, que os originalistas, se sustentassem rigorosamente a sua posição, teriam que repudiar”³².

O exemplo mais evidente seria o resultado do famoso julgamento *Brown v. Board of Education*, decidido em 1954³³. No caso, a Suprema Corte decidiu que a segregação racial imposta nas escolas públicas em diferentes

²⁸ O texto integral traduzido da Oitava Emenda é o seguinte: “Não poderão ser exigidas fianças exageradas, nem impostas multas excessivas ou penas cruéis ou incomuns”.

²⁹ STRAUSS, David A. op. cit. p. 11.

³⁰ Hugo Black integrou a Suprema Corte entre 18.8.1937 e 16.9.1971.

³¹ Divulgado em <http://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/10-1259.pdf>. Acessada em 6.2.2012.

³² STRAUSS, David A. op. cit. p. 10.

³³ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483, 492 (1954).

Estados americanos era inconstitucional por ofender a *Equal Protection Clause* da Décima Quarta Emenda³⁴.

O autor destaca que, em 1868, quando a Décima Quarta Emenda foi aprovada, até mesmo as galerias do Senado Federal eram segregadas. Assim, caso se levasse em consideração o intento original do poder constituinte derivado, jamais seria possível concluir pela ofensa à Carta dos Estados Unidos. São citadas as significativas palavras do *Chief Justice* Earl Warren, expressas no voto condutor, que repelem a interpretação originalista:

“Ao examinar este problema, não podemos atrasar o relógio e voltar a 1868, quando a Emenda foi promulgada, ou até mesmo para 1896, quando *Plessy v. Ferguson* foi julgado. Devemos considerar o desenvolvimento e o atual lugar da educação pública na vida americana, por todo o território do país. Somente dessa maneira, poderá ser determinado se a segregação nas escolas públicas nega aos requerentes a igual proteção das leis”³⁵.

Também são exemplos de entendimentos jurisprudenciais atualmente consolidados que seriam considerados incompatíveis com a Constituição: (i) a proibição de discriminação contra mulheres; (ii) a proibição de o Governo Federal discriminar minorias; (iii) a aplicação do *Bill of Rights* aos Estados; (iv) a necessidade de adoção do critério “uma pessoa, um voto” na definição da composição das legislaturas estaduais; e (v) o reconhecimento da constitucionalidade de leis que regulam temas relativos a direito do trabalho, ambiental e proteção ao consumidor.

³⁴ Eis a tradução do texto da Seção 1 da Décima Quarta Emenda: “1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas a sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver em residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.”

³⁵ STRAUSS, David A. op. cit. p. 7-8.

Aliás, a visão originalista foi fortemente repudiada pelo falecido senador Ted Kennedy, irmão do ex-Presidente John F. Kennedy, quando, em 1987, se manifestou contrariamente à indicação de Robert Bork para a Suprema Corte³⁶:

“A indicação do Senhor Bork deveria também ser rejeitada pelo Senado porque ele defende uma visão extremista da Constituição e do papel da Suprema Corte, que o colocariam fora da corrente principal da jurisprudência constitucional americana dos anos 60, para não citar a dos anos 80.

[...]

A América de Robert Bork é uma terra em que as mulheres seriam forçadas a fazer abortos em becos, os negros se sentariam em mesas segregadas para o almoço, a polícia poderia invadir a casa de cidadãos à meia-noite, as escolas não poderiam ensinar as crianças sobre a teoria da evolução, escritores e artistas seriam censurados pela vontade do governo, e as portas das Cortes Federais seriam fechadas para milhões de cidadãos para quem o Judiciário é usualmente considerado o único protetor dos direitos individuais que são o coração da democracia.

A América é uma nação melhor e mais livre do que Robert Bork pensa. Ainda assim, no atual equilíbrio da Suprema Corte, a sua rígida ideologia irá ditar contra o tipo de país que os Estados Unidos são e devem ser.”³⁷

Strauss, porém, ressalta que nem sempre o emprego do originalismo é problemático. Isso porque, segundo ele, “vários dispositivos da Constituição americana são bem precisos e não deixam margem para disputas ou perguntas sobre interpretação”³⁸.

A título de exemplo, é citado que o presidente deve ter trinta e cinco anos de idade. Cada estado deverá ter dois senadores. Os membros do Congresso tomam posse no dia 3 de janeiro do ano posterior à eleição; o presidente toma posse no dia 20 de janeiro. Senadores são eleitos a cada seis anos, deputados a cada dois, o presidente a cada quatro.

³⁶ O discurso foi proferido no Senado Americano, em 23 de junho de 1987, e é conhecido como “Robert Bork’s America”.

³⁷ Divulgado em http://en.wikisource.org/wiki/Robert_Bork%27s_America. Acessado em 6.12.2012.

³⁸ STRAUSS, David A. op. cit. p. 10.

Assim, a constituição formal é tão importante como a *living constitution* de precedentes e tradições³⁹. Ter uma Carta Magna escrita é de grande valia, pois apresenta um caminho comum para os cidadãos, de forma que torna possível a resolução de conflitos que poderiam ser, caso não existisse o texto posto, irresolúveis ou de difícil solução⁴⁰. Logo, o texto escrito tem uma importante função de eliminar ou diminuir divergências.

Porém, para os casos em que a constituição não é redigida em vocábulos devidamente claros, Strauss afirma que os problemas contra o originalismo são vários.

Ele denomina o primeiro como o problema da “História Amadora”. Juízes não são historiadores. Não há razões para se acreditar que pessoas com simples qualificação jurídica exercerão, com propriedade, a tarefa de entender a cultura política predominante em um século distante, como o século XVIII, para, a partir daí, definir os rumos da atual sociedade. O que acaba ocorrendo é que o juiz interpretará a história da melhor maneira como lhe parece, o que não quer dizer que há fidelidade ao intento original⁴¹.

Em segundo lugar, há a problemática da tradução da intenção histórica para os dias atuais. Não se sabe ao certo se os constitucionalistas de 1789 adotariam as mesmas normas, se tivessem conhecimento da realidade americana do século XXI⁴².

E, por fim, Strauss destaca que o maior problema do originalismo é de ordem filosófica e foi bem identificado pelo ex-Presidente Thomas

³⁹ Idem. p. 101.

⁴⁰ Idem. Ibidem.

⁴¹ Idem. p. 20.

⁴² Idem. p. 23.

Jefferson⁴³: “‘A Terra pertence [...] aos que vivem’ [...]. Uma geração não pode amarrar outra: ‘Parece que não constatamos isso, que pelas leis naturais, uma geração é para a outra o que um país independente é para o outro’”⁴⁴.

Talvez a maior crítica ao originalismo tenha inconscientemente⁴⁵ vindo do próprio Jefferson, um dos Fundadores dos Estados Unidos, já no final de sua vida, quando elaborou a seguinte carta:

“Alguns homens olham para as constituições com uma reverência santimonial, e as consideram como a arca da aliança, muito sagradas para serem tocadas. Eles atribuem aos homens de uma era antecedente um conhecimento mais que humano e supõem que aquilo que eles fizeram é inalterável. Eu conheci bem aquele momento histórico; eu fiz parte dele e trabalhei com isso. Ele serviu bem ao país. Era igual ao atual momento, mas sem a experiência do presente; e quarenta anos de experiência no governo é equivalente a um século de leitura; e isto eles afirmariam, se ressuscitassem. Certamente não sou um defensor para frequentes e não experimentadas alterações nas leis e nas constituições. Penso que imperfeições moderadas são salutares; porque, quando as conhecemos, nos acomodamos a elas e encontramos meios práticos de corrigir os seus efeitos danosos. Mas eu também sei que as leis e as instituições necessitam andar de mãos dadas com o progresso da mente humana. À medida que este se torne mais desenvolvido, mais iluminado, com mais descobertas sendo feitas, novas verdades reveladas, e maneiras e opiniões modificadas pela mudança das circunstâncias, as instituições também devem avançar, e devem se manter em compasso com o seu tempo. Podemos também obrigar um homem a ainda usar o casaco que lhe servia quando era um menino, assim como a sociedade civilizada a manter o mesmo regimento dos seus bárbaros antecessores... Deixe-nos, como nossos Estados-irmãos fizeram, tirarmos proveito da nossa razão e experiência, para corrigir as cruas lições das nossas primeiras e inexperientes, apesar de sábias, virtuosas e bem-intencionadas, reuniões. E finalmente, deixe-nos prever em nossa constituição que ela seja revisada durante períodos

⁴³ Thomas Jefferson foi o terceiro presidente dos Estados Unidos (1801-1809) e foi o redator da Declaração de Independência.

⁴⁴ Idem. p. 24.

⁴⁵ Jefferson não era um defensor do *judicial review*. Pelo contrário, manteve profundas divergências com John Marshall sobre o tema. Cf. ROSEN, Jeffrey. *The Supreme Court – The Personalities and Rivalries That Defined America*. New York. Times Books. 2007.

determinados... Cada geração é independente como foi a antecedente, assim como foi a que lhe precedeu. Ela tem então, como a que lhe antecedeu, o direito de escolher por si mesma a forma de governo que acredita ser a que mais promoverá a sua felicidade.”⁴⁶

Por outro lado, para os defensores do originalismo, a grande questão que direcionam para os estudiosos que rejeitam esse método interpretativo é a seguinte: “se o texto e a história legislativa não criam contenções aos juízes, o que criará?”⁴⁷

2.2. A *Common Law* e a *Living Constitution*

A segunda parte da obra é iniciada com um retrato de como as decisões da Suprema Corte americana usualmente são estruturadas. A partir disso, o autor faz uma afirmação: o texto da Constituição tem, geralmente, um papel secundário na definição do caso⁴⁸.

Strauss chama a atenção para o fato de que os *Justices* comumente iniciam as suas *opinions* com uma citação do texto constitucional. Após isto, dizem algo como “a Suprema Corte interpreta tal dispositivo como significando ...”⁴⁹. E, depois, fazem uma menção aos precedentes do Tribunal que abordaram a compreensão do preceito. Quando não existem julgamentos prévios, ou quando a jurisprudência é incerta ou ambígua, a decisão conterà argumentos sobre justiça e boas políticas: “porque um resultado faz mais sentido do que outro, porque uma conclusão diversa seria danosa para algum importante interesse social”⁵⁰.

⁴⁶ Tradução de trecho da carta enviada por Thomas Jefferson a Samuel Kercheval, datada de 12 de junho de 1816. Divulgada em <http://teachingamericanhistory.org/library/index.asp?document=459>. Acessada em 21.1.2012.

⁴⁷ REYNOLDS, William Lt. *Judicial Process*. St. Paul: Thomsom West. 2003. p. 289.

⁴⁸ STRAUSS, David A. op. cit. p. 33.

⁴⁹ Idem. Ibidem.

⁵⁰ Idem. Ibidem.

Em seguida, menciona que há um grande contraste entre a interpretação constitucional e a legal nos Estados Unidos. Quando se está diante de um ato legal promulgado pelo Congresso Americano, ou seja, um *statute*⁵¹, a argumentação jurídica geralmente se desenvolve com base nos exatos termos do texto do diploma legal. Mas, quando um caso demanda interpretação da Constituição, ao texto geralmente não é atribuída muita importância⁵².

Para melhor compreender a função de um *statute* no direito americano, cabe examinar o seguinte trecho da obra de William Burnham:

“Um olhar rápido sobre as leis federais ou estaduais demonstrará que os *statutes* americanos são mais longos e indefinidamente mais complexos do que a média dos códigos ou leis esparsas de países da *civil law*.”⁵³

Burnham destaca que essa distinção formal é uma importante diferença conceitual em relação ao processo legislativo nos dois sistemas. E afirma que os juízes da *common law* geralmente enxergam os *statutes* como uma consolidação de regras jurídicas que devem ser aplicadas em conformidade com os seus termos, e não além.

O autor complementa que os sistemas da *civil law* tratam os códigos como diplomas que consolidam princípios, dos quais regras específicas podem ser extraídas. Para ele, princípios gerais geralmente não são integrados aos *statutes* americanos, mas são encontrados na *common law*. Por fim, afirma que os juízes da *civil law* usam a analogia como método de solução de conflitos. Nos Estados Unidos, os juízes geralmente se absteriam de empregar a analogia para decidir um caso. Como, na maioria dos casos, a

⁵¹ *Statutes* referem-se à denominação dos atos legais promulgados pelo Congresso Americano. Não são a única fonte da “lei”, visto que a *common law* é também uma fonte de direitos naquele país.

⁵² STRAUSS, David A. op. cit. p. 34.

⁵³ BURNHAM, William. *Introduction to the Legal System of the United States*. 3rd ed. St. Paul: West Group. 2002. p.49-51.

statute law é posterior à *common law*, esta última seria a fonte de resolução do litígio⁵⁴.

Voltando a Strauss, o autor prossegue afirmando que a Constituição não é composta apenas pelo “pequeno texto” que se encontra exposto no Arquivo Nacional. Pelo contrário, há uma série de precedentes, tradições e entendimentos que formam uma parte indispensável do que denomina “pequena constituição”⁵⁵. Esta “pequena constituição”, em conjunto com o texto constitucional, é o que denomina *living constitution*⁵⁶.

A citação acima faz rememorar a célebre frase proferida por Charles Evans Hughes⁵⁷:

“Nós vivemos sob uma Constituição, mas a Constituição é o que os juízes dizem que ela é [...]”⁵⁸.

A constituição americana, assim, seria ao mesmo tempo dogmática e histórica⁵⁹.

⁵⁴ Idem. Ibidem.

⁵⁵ Idem. p. 35.

⁵⁶ Idem. Ibidem.

⁵⁷ Charles Evan Hughes foi Presidente da Suprema Corte Americana entre 1930 e 1940. Antes, governou o Estado de Nova Iorque entre 1907 e 1910 e foi candidato à Presidência dos Estados Unidos na eleição de 1916, em que acabou derrotado por Woodrow Wilson. Também exerceu o posto de Secretário de Estado Americano. <http://www.spartacus.schoolnet.co.uk/USAhughesC.htm>. Acessado em 20.2.2012.

⁵⁸ *Apud* BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 22ª ed. São Paulo: Malheiros. p.315.

⁵⁹ Segundo José Afonso da Silva, “o conceito de constituição dogmática é conexo com o de constituição escrita, como o de constituição histórica o é com constituição não escrita. Constituição dogmática, sempre escrita, é elaborada por um órgão constituinte, e sistematiza os dogmas ou ideias fundamentais da teoria política e do Direito dominantes no momento. Constituição histórica ou costumeira, não escrita, é, ao contrário, a resultante de lenta formação histórica, do lento evoluir das tradições, dos fatos sociopolíticos, que se cristalizam como normas fundamentais da organização de determinado Estado, e o exemplo ainda vivo é o da Constituição Inglesa.” in SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 41.

Strauss argumenta, assim, que a Constituição se desenvolve mediante a acumulação e a evolução dos precedentes, formatados pelos Tribunais a partir de noções de justiça e boas políticas. E diz que este tipo de desenvolvimento é um dos mais antigos e efetivos tipos de construção jurídica, e corresponde à *common law*, que existe há vários séculos, muito antes da Constituição americana⁶⁰.

Aliás, a ideia de que a *common law* apenas se desenvolve quando não há um ato legal regendo determinado tema é afastada pela doutrina de países que adotam o sistema consuetudinário, considerada a proliferação de atos legais dos Paramentos. A *common law*, assim, passa a ser caracterizada também pela criação de normas a partir da interpretação de textos legais. Vale citar o seguinte trecho de obra dos professores neozelandeses Duncan Webb, Katherine Sanders e Paul Scott:

“[...] a *common law* é derivada dos juízes e dos casos. E pode evoluir de duas formas:

(1) criação a partir de casos: os juízes criam a *lei* com referência para as situações de fato que lhes são apresentadas e decisões prévias, sem o auxílio da legislação; e

(2) criação a partir da interpretação de *statutes*: os juízes devem interpretar e aplicar a lei do Parlamento. Mediante a interpretação, os juízes podem criar *leis*, desde que se proponham a dar efetividade à intenção do Parlamento. O corpo de leis criado dessa maneira cresceu em tempos recentes, devido à tendência de maior expansão e expressões genéricas utilizadas pelo Parlamento. A abrangência da interpretação é, dessa forma, mais larga”⁶¹.

As seguintes palavras de Robert Cooter, professor da Universidade de Standford, servem para corroborar a visão de Strauss acerca do sistema consuetudinário: “tradicionalmente, os juízes do *common law* justificam suas decisões judiciais fazendo referência a precedentes e a normas

⁶⁰ STRAUSS. David A. op. cit. p. 35-36.

⁶¹ WEBB, Duncan, SANDERS, Katherine e SCOTT, Paul. *The New Zealand Legal System. Structures and Processes*. 5th ed. Wellington: LexisNexis. P. 71.

sociais, ou a amplas exigências da racionalidade pressuposta pelas políticas públicas”⁶².

Para Strauss, há duas explicações de como algo vira *lei*.

A primeira teoria – a *command theory* – defende que a *lei* é obrigatória, pois uma pessoa ou entidade que tem autoridade para promulgar uma *lei* – antes o rei ou o imperador, agora o Poder Legislativo – a edita⁶³.

A grande competidora da *command theory* é a *common law*. Os primeiros advogados da abordagem consuetudinária entendiam que a *lei* era um conjugado de costumes, a qual emergia da mesma maneira que os costumes surgem na sociedade⁶⁴. Não importava quem havia iniciado o costume, o fato de ele ser seguido por várias gerações era o aspecto relevante para que se tornasse impositivo⁶⁵:

“De fato, nada é mais evidente do que a circunstância de que o costume na idade média poderia ser feito e alterado, adquirido e repassado, e desenvolvia rapidamente em função de emergir do povo, expressando a sua visão legal, e regulando a sua vida civil, comercial e familiar. O costume de uma comunidade medieval também deveria ser muito mais intimamente o produto do trabalho e pensamento daqueles que viviam regulados por ele, do que é um *statute* moderno editado pela legislatura, cujo contato com o público em geral é apenas ocasional”⁶⁶.

Além disso, não bastava um simples texto ou intenções de uma autoridade; o conteúdo da lei era determinado pelo processo de evolução que o produziu⁶⁷.

⁶² COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5ª ed. São Paulo: Bookman. p. 77.

⁶³ STRAUSS. David A. op. cit. p. 35-36.

⁶⁴ Idem. Ibidem.

⁶⁵ Idem. p. 38.

⁶⁶ PLUNKNETT, Theodore F. T. *A Concise History of the Common Law*. Indianapolis: Liberty Fund. 2010. p. 308.

⁶⁷ STRAUSS. David A. op. cit. p. 38.

Kenneth W. Dam, professor da Universidade de Chicago, também aborda a evolução histórica da *common law*:

“[...] os juízes da *common law* começaram a elaborar as suas decisões mediante acórdãos escritos. Esses acórdãos, que buscavam fundamento em decisões pretéritas, começaram a criar uma abordagem diferente da *common law* que a caracteriza até os dias de hoje. Essa perspectiva trata os casos decididos formalmente como o precedente dominante e requer aos juízes que raciocinem caso a caso, distinguindo casos que poderiam ser considerados conflitantes com precedentes anteriores, de maneira a encontrar os princípios dominantes para as novas situações de fato. É um processo de raciocínio de caso a caso que corresponde ao que a maior parte das pessoas pensa atualmente ser a essência da *common law*. De fato, atualmente as palavras *common law* são usualmente empregadas para significar *lei* criada pelos juízes, em detrimento de apenas lei comum.

Para ficar claro, o Parlamento inglês começou a aprovar importantes *statutes*, mas eles foram considerados durante séculos, ao menos por alguns juízes, como um adorno do corpo da *common law*. Com efeito, o entendimento era de que os *statutes* que contrariassem as regras da *common law* deveriam ser interpretados restritivamente para evitar mudanças maiores do que aquelas claramente intencionadas pelo Parlamento. Mas, com o tempo, ficou habitual a compreensão de que os *statutes* tinham o seu *status* independente, independente da *common law*, e que os *statutes* poderiam alterar normas da *common law*. Não obstante, os juízes utilizavam de interpretação de ambiguidades em *statutes* que ecoavam os seus métodos em fundamentos do direito consuetudinário. Em particular, os juízes se fundavam em decisões prévias na sua interpretação de um determinado *statute* e geralmente consideravam essas decisões anteriores como obrigatórias para as Cortes no futuro. Essas características, que são reconhecidas hoje até mesmo pelos estudantes de direito iniciantes dos países da *common law* como o método da *common law*, são contrastadas com o sistema da *civil law* que veio a prevalecer no continente Europeu⁶⁸.

David Strauss, assim, defende que “a *lei* emerge desse processo evolutivo, mediante o desenvolvimento de um corpo de precedentes. Um juiz que é confrontado com uma questão jurídica complexa pesquisa como os

⁶⁸ DAM, Kenneth W. *The Law-Growth Nexus – The Rule of Law and Economic Development*. Washington: Brooking Institution Press. 2006. p. 28.

Tribunais decidiram previamente a matéria ou casos similares”⁶⁹. O juiz parte da premissa que seguirá o entendimento jurisprudencial. Se os precedentes forem inequivocamente aplicáveis, não haverá espaço para divergência. Porém, se os casos prévios apontarem para direções distintas, caberá ao juiz definir a questão⁷⁰.

Confira-se, também, a lição de Robert Cooter sobre o sistema da *common law*:

“A determinação de uma regra do direito por um tribunal real inglês criava um precedente, e esperava-se que os tribunais o seguissem no futuro. O precedente era seguido de forma flexível, não servil, de modo que o direito mudou gradativamente. Durante muitos anos, os tribunais reais “encontraram” e definiram muitas leis importantes, especialmente na área de crimes, propriedade, contratos e acidentes (“responsabilidade civil extracontratual”). Estas leis já existentes são chamadas de *common law*, porque elas supostamente estão enraizadas nas práticas comuns das pessoas”⁷¹.

Chama-se a atenção para a hipótese de a jurisprudência não ser pacífica e clara. Nestes casos, o juiz da *common law* decidirá o caso “com base nas suas visões sobre qual decisão será mais justa ou compatível na manutenção de uma boa política social”⁷².

Tal aspecto, segundo Strauss, é uma característica consolidada da *common law*: não se trata de meramente seguir a jurisprudência, mas permitir ao juiz tecer considerações e decisões sobre aspectos de justiça e política social e, em certas situações, modificar o entendimento consolidado.

⁶⁹ Idem. Ibidem.

⁷⁰ Idem. Ibidem.

⁷¹ COOTER, Robert e ULEN, Thomas. op. cit. p. 76.

⁷² STRAUSS, David A. op. cit. p. 38.

No ponto, o autor cita Benjamin Cardozo, considerado um dos mais consagrados juizes americanos adeptos do sistema consuetudinário⁷³:

“A razão de ser da *lei* é o bem-estar da sociedade. A regra jurídica que perde esse foco não pode ser permanentemente justificada em sua existência... [Mas] isso não significa que os juizes estejam autorizados a deixar de lado as regras existentes a seu bel-prazer, em favor de outro conjunto de regras que eles possam considerar mais oportunas ou sábias. O que eu defendo é que quando os juizes são chamados a decidir se as regras vigentes devem ser estendidas ou restringidas, eles devem deixar que o bem-estar social trace o caminho, a direção e a distância”⁷⁴.

Strauss prossegue destacando que na *common law* não existem regras definitivas, absolutas; o sistema não é um algoritmo⁷⁵. A lei não pode ser tratada como se contivesse apenas os axiomas e corolários de um livro de matemática⁷⁶. A melhor forma de pensar a *common law* é que se trata de um sistema ideologicamente governado por comportamentos de *humildade* e de um *cauteloso empirismo*^{77 e 78}.

Dessa forma, a primeira ideologia dominante desde a fundação da *common law* é a humildade sobre o poder de “deduzir razões” do indivíduo. Para se conhecer a lei, deve-se saber por que ela foi concebida daquela determinada maneira⁷⁹. Strauss defende ser negativo que uma pessoa tente

⁷³ Benjamin N. Cardozo foi *Associate Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos entre 1932 e 1938. Antes, havia servido como Juiz Presidente da Corte de Apelações do Estado de Nova Iorque, entre 1927 e 1932.

⁷⁴ CARDOZO, Benjamin N. *The Nature of the Judicial Process*. New York: Cosimo Classics. 2009. p. 66-67.

⁷⁵ Segundo o Dicionário Aurélio, o vocábulo “algoritmo” pode ser definido como o “conjunto de regras e operações bem definidas e ordenadas, destinadas à solução de um problema, ou de uma classe de problemas, em um número finito de etapas”.

⁷⁶ HOLMES, Jr. Oliver Wendell. *The Common Law*. New York: Dover. 1991. p. 1.

⁷⁷ STRAUSS, David A. op. cit. p. 40.

⁷⁸ “Empirismo”, segundo o Dicionário Aurélio, corresponde à “doutrina ou atitude que admite, quanto à origem do conhecimento, que este provenha unicamente da experiência, seja negando a existência de princípios puramente racionais, seja negando que tais princípios, existentes embora, possam, independentemente da experiência, levar ao conhecimento da verdade”.

⁷⁹ HOLMES, Jr. Oliver Wendell. op. cit. p. 1.

solucionar isoladamente um determinado problema, sem conhecer como a sabedoria coletiva teria tentado resolver o conflito. Por essa razão, aduz que os precedentes devem ser seguidos, sobretudo aqueles que refletem a jurisprudência consolidada há tempos⁸⁰. E cita o filósofo irlandês Edmund Burke:

“A ciência de Governo sendo [...] tão prática em si mesma, e intencionada para objetivos sociais, é um tema que requer experiência, mais experiência que qualquer pessoa pode adquirir durante toda a sua vida, [...] Deve ter um cuidado sem fim o homem que intencione derrubar um prédio que tem resguardado, num nível tolerável, há tempos, os propósitos comuns da sociedade”⁸¹.

O autor, assim, defende o critério da *common law* como o melhor para interpretar um texto constitucional e diz que ele é o que atualmente vem sendo seguido nos Estados Unidos. “Os princípios regentes no direito constitucional são produto dos precedentes e não da literalidade do texto ou do intento original dos seus criadores”⁸².

Vale, no ponto, conferir as palavras do *Justice Felix Frankfurter*⁸³, em que aborda a necessidade de evolução na interpretação da cláusula do devido processo legal da Constituição Americana, a qual, nesse ponto, tem a seguinte redação: “Nenhum Estado [...] poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens, sem o devido processo legal [...]”⁸⁴:

“O devido processo legal assim não conduz a requisitos formais fixos nem estreitos. Corresponde à expressão sintética de todos os direitos que os Tribunais devem assegurar, porque são básicos na nossa livre sociedade. Mas, esses direitos básicos não se tornam petrificados num determinado momento,

⁸⁰ STRAUSS, David A. op. cit. p. 41.

⁸¹ *Apud* Idem. p. 42. A citação foi retirada da obra de Edmund Burke, denominada *Reflections on the Revolution in France* (1790).

⁸² STRAUSS, David A. op. cit. p. 44.

⁸³ Felix Frankfurter foi membro associado da Suprema Corte Americana entre 1939 e 1962.

⁸⁴ Seção 1 da Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos.

em que pese, como constata a experiência humana, alguns não podem ser chamados retoricamente de eternas verdades. É da essência de uma sociedade livre o aprimoramento dos padrões do que se considera razoável e correto. Representando, como de fato representa, um princípio em evolução, o devido processo não está confinado dentro de um catálogo estático do que em um determinado momento foi considerado os limites ou os requisitos essenciais dos direitos fundamentais.

Basear-se numa fórmula de fácil determinação do que é um direito fundamental para os propósitos de proteção judicial pode satisfazer um desejo por certeza, mas ignora os movimentos de uma sociedade livre. Ela reduz a escala de alcance do devido processo. A grande pista para o problema do Judiciário na aplicação da cláusula do devido processo legal é não perguntar onde a linha deve ser, de uma vez por todas, delimitada, mas reconhecer que é tarefa da Suprema Corte construí-la de forma gradual e pelo processo empírico de “inclusão e exclusão”⁸⁵.

Strauss, assim, sustenta que o critério da *common law*, o da *living constitution*, se apresenta com maior riqueza. É da ideologia⁸⁶ do sistema que os juízes julguem os casos conforme a sua consciência, conforme o que se apresenta mais justo e condizente com o bem-estar social. Assim tem ocorrido há séculos nos países que adotam o direito consuetudinário⁸⁷. Afinal, aos juízes são apresentados diariamente exemplos concretos de leis e práticas governamentais que parecem revelar a presença de injustiças⁸⁸.

Afirma, no entanto, que isto não significa que os juízes da *common law* estejam livres para decidir de qualquer maneira. Eles devem seguir os precedentes e somente podem inovar em casos em que não existam julgados prévios ou em hipóteses em que seja desejável alterar um entendimento sedimentado.

⁸⁵ *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25, 27 (1949).

⁸⁶ O vocábulo ideologia é usado no sentido de compreender um conjunto articulado de ideias, valores, opiniões, crenças, etc., que expressam e reforçam as relações que conferem unidade a determinado grupo social (classe, partido política, seita religiosa, etc.) seja qual for o grau de consciência que disso tenham o seus portadores. Fonte: Dicionário Aurélio.

⁸⁷ STRAUSS, David A. op. cit. p. 45.

⁸⁸ BURNHAM, William. op. cit. 317.

Robert Cooter afirma que o vocábulo “precedente” designa “a prática de resolver casos idênticos ou similares de forma semelhante. Caso se saiba que um tribunal resolverá a disputa aplicando o precedente, então os litigantes terão uma boa ideia de qual será a resolução jurídica de sua disputa. Isto pode induzir os litigantes a resolver a questão eles mesmos com base no pano de fundo jurídico que eles sabem que o tribunal irá usar”⁸⁹. Os precedentes, assim, se respeitados pelos Tribunais, conferem confiança na consistência e na estabilidade da *lei*.

É por essa razão que a tradição jurídica anglo-americana tem como princípio o *stare decisis*, ou “deixe a decisão prevalecer”. “Esse princípio estabelece que os juízes devem observar as antigas decisões para orientação e responderem a questões de direito em consistência com os precedentes”⁹⁰.

Sobre a rigidez dos julgados prévios, vale destacar que a Casa dos Lordes inglesa, em 1966, anunciou que teria o poder de não seguir os seus precedentes, caso isso levasse a decisões injustas, o que não se verificava antes:

“Os membros [...] reconhecem que uma adesão muito rígida a precedentes pode levar à injustiça em um determinado caso e também a indevidamente restringir o adequado desenvolvimento da lei. Fica assim proposta a modificação do atual procedimento e, ainda que se tratem as decisões desta Casa como normalmente vinculantes, fica autorizada a não observância de decisões prévias quando parecer prudente não fazê-lo”⁹¹.

⁸⁹ COOTER, Robert e ULEN, Thomas. op. cit. 76.

⁹⁰ HALL, Kermit L. *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. 2nd. Ed. New York: Oxford. 2005. p. 769.

⁹¹ *Apud* HARRIS, PHIL. *An Introduction to Law*. 7th ed. Cambridge: Cambridge University Press. 2007. p. 201.

Mesmo diante de jurisprudência consolidada, contudo, os intérpretes não ficam proibidos de criticar a orientação predominante e de tecer as suas considerações sobre qual regra deveria ser aplicada⁹².

Por fim, ao tentar responder se a *living constitution* seria antidemocrática, já que os juízes ditam o que é a *lei* na *common law*, Strauss destaca que, de fato, o sistema constitucional americano não é puramente democrático⁹³.

Ele justifica essa afirmação asseverando que o sistema vigente permite que os Tribunais, aplicando a Constituição, em algumas oportunidades impeçam que a visão majoritária prevaleça⁹⁴.

2.3. Exemplos de evolução da Jurisprudência da Suprema Corte pelo método da *living constitution*

Strauss inicia o terceiro capítulo abordando a história da interpretação da Primeira Emenda à Constituição Americana pela Suprema Corte, na parte em que protege a liberdade de expressão⁹⁵.

O autor afirma que na maior parte do século XX, a questão jurídica mais debatida no direito constitucional americano foi se as Cortes deveriam ser “ativistas” e reconhecer a inconstitucionalidade de leis que acreditassem ser incompatíveis com a Constituição ou se deveriam,

⁹² *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. at p. 45.

⁹³ Por uma crítica a aspectos considerados antidemocráticos na Constituição Americana, ver a obra *Our Undemocratic Constitution*, do Professor de Direito Constitucional da Universidade do Texas Sanford Levinson.

⁹⁴ STRAUSS, David A. op. cit. p. 49.

⁹⁵ O texto traduzido da emenda é o seguinte: “O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos”.

contrariamente, adotar uma posição de deferência ao Poder Legislativo e validar leis que restringissem a liberdade de expressão⁹⁶.

A despeito da controvérsia, Strauss assevera que a construção do conteúdo do princípio de proteção à liberdade de expressão foi um tremendo sucesso na história constitucional dos Estados Unidos. Porém, afirma que o êxito não decorreu da redação literal da emenda ou do espírito natural da Constituição atribuído pelos autores do texto; a construção do conteúdo da Primeira Emenda, tal qual conhecido hoje, se deve ao fato de se ter uma *living common law Constitution*⁹⁷.

Os problemas do texto literal do dispositivo são vários. A Primeira Emenda expressamente dispõe que “o Congresso não legislará [...] cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente [...]”. Se o texto diz “não legislará”, pode-se defender, aliás como fazia o *Justice* Hugo Black⁹⁸, que nenhuma lei pode ser editada, pois será inconstitucional⁹⁹.

Entretanto, não é óbvio o que constitui um “cerceamento”, tampouco o que deve ser entendido como “liberdade de palavra”. Tampouco é fácil concluir se os redatores da Constituição e os Fundadores dos Estados Unidos tinham o mesmo entendimento sobre a Primeira Emenda. Basta dizer que em 1798, na iminência de uma declaração de guerra contra a França, o Congresso Americano aprovou uma lei prevendo que qualquer escrito falso, escandaloso ou malicioso, seria considerado crime, punível com prisão ou multa. Considera-se ter a referida lei, que recebeu o voto favorável de alguns dos Fundadores dos EUA, o propósito de impedir o exercício de oposição

⁹⁶ STRAUSS, David A. op. cit. p. 52.

⁹⁷ Idem. p. 53.

⁹⁸ Cf. *New York Times v. United States*. 403 U.S. 713 (1971).

⁹⁹ STRAUSS, David A. op. cit. p. 57.

política pelo Partido Republicano¹⁰⁰. O fato histórico prova, assim, que alguns dos Fundadores admitiam restrições à expressão, a despeito da literalidade do texto.

Em seguida, Strauss passa a abordar a evolução de precedentes que vieram a lapidar o conteúdo da garantia de liberdade de expressão.

Em *Schenck v. United States*¹⁰¹, decidido em 1919, no qual a Suprema Corte fixou o critério de que a lei poderia proibir a expressão de palavras que representassem um “perigo claro e presente”.

No caso, a Corte considerou constitucional o *Espionage Act*, aprovado em 1917, em virtude da entrada dos EUA na Primeira Guerra Mundial, o qual criminalizava a conduta de obstruir o alistamento militar e tentar provocar a deslealdade ou a desobediência de soldados. Foi isso que se reconheceu na conduta de Charles Schenck, que enviou mais de mil panfletos estimulando jovens a não se alistarem para a guerra.

O *Justice* Oliver Wendell Holmes, autor do voto condutor, assentou que, em tempos normais, Schenck teria todo o direito de se manifestar contra a guerra, na forma como havia feito. Porém, afirmou que a liberdade de expressão do indivíduo pode ser limitada conforme as circunstâncias, o que se mostra legítimo em tempos de guerra. Holmes destacou, ainda, que “a mais forte proteção da liberdade de expressão não protegeria um homem de causar pânico, fingindo atirar fogo em um teatro”¹⁰².

Assim, nesse julgamento, ficou criado o critério de que a liberdade de expressão não protege a palavra que possa criar um “perigo claro e

¹⁰⁰ O evento histórico se refere à aprovação do “*The Alien and Sedition Acts of 1798*”. Mais informações podem ser obtidas em <http://www.loc.gov/rr/program/bib/ourdocs/Alien.html>. Acessado em 28.1.2012.

¹⁰¹ *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).

¹⁰² *Idem. at 52.*

iminente”. Strauss destaca que tal critério, tão enraizado na sociedade americana, não está presente na literalidade do texto.

Meses depois, a Corte se deparou novamente com a questão em *Abrams v. United States*¹⁰³. No caso, os réus, imigrantes russos, circularam panfletos defendendo a paralisação da produção de munição que seria enviada para a Rússia, para tentar impedir a Revolução de 1917. Entendeu-se que eles haviam violado as emendas de 1918 ao *Espionage Act*.

Strauss, porém, afirma que o voto divergente do *Justice* Oliver Holmes, no julgamento, foi o momento mais inspirador do sistema americano de proteção à liberdade de expressão, maior ainda que a adoção do texto da Primeira Emenda¹⁰⁴. Holmes defendeu que não basta que a expressão cause perigo. A ameaça deve ser iminente e séria, pois, caso contrário, a expressão não poderá ser impedida.

O autor, porém, chama a atenção para o fato de o voto divergente de Holmes, proferido em 1919, não ter prevalecido e, portanto, não ter se tornado *lei*.

Nesse sentido, não foi naquele momento que os contornos de interpretação da garantia da liberdade de expressão ficaram definidos. Pelo contrário, a tese esposada por Holmes viria a ser periodicamente acatada nos cinquenta anos que se seguiram, sendo finalmente consolidada em

¹⁰³ *Abrams v. United States*. 549 U.S. 1145 (1919).

¹⁰⁴ STRAUSS, David A. op. cit. p. 64.

*Brandenburg v. Ohio*¹⁰⁵, decidido em 1969, e no famoso caso dos papéis do Pentágono, *New York Times v. United States*¹⁰⁶, julgado em 1971.

Nesses cinquenta anos, foram várias as condenações mantidas pela Corte contra palavras contrárias ao movimento político¹⁰⁷, sobretudo no período que se seguiu após a Segunda Guerra Mundial, com a histeria anticomunista.

Strauss defende, contudo, que os votos vencidos proferidos por Holmes e pelo *Justice* Louis Brandeis serviram de inspiração para que, anos mais tarde, os juízes viessem a lapidar a doutrina da Primeira Emenda concernente à proteção das palavras de oposição política. Em *Brandenburg*, a Corte decidiu que “se o governo quer restringir a expressão, deve demonstrar que a expressão não advoga ideias, mas é ‘direcionada a incitar ou produzir iminentes ações ilegais’”¹⁰⁸. O autor destaca que esse entendimento resultou da aplicação do critério “perigo claro e iminente”, acrescido por orientações

¹⁰⁵ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969). Na hipótese, Charles Brandenburg, líder da Ku Klux Klan, foi condenado por violar a lei sindical do Estado de Ohio. Ele realizou um discurso num encontro da organização, o qual fora televisionado, defendendo a segregação racial. A Corte entendeu que as palavras proferidas eram protegidas pela Primeira Emenda, pois não eram possíveis a causar ou produzir iminentes ações ilegais. HALL, Kermit L., op. cit. p. 101.

¹⁰⁶ *New York Times v. United States*. 403 U.S. 713 (1971). No caso, o Governo do Presidente Richard Nixon tentou proibir o jornal *New York Times* de publicar documentos sobre a Guerra do Vietnã, sob a justificativa de que eram secretos e prejudicavam a segurança nacional. A Suprema Corte entendeu que o Governo não se desincumbiu de provar que a publicação seria danosa à nação e, portanto, não infirmou a forte presunção contra proibições prévias de liberdade de expressão. Idem. p. 682.

¹⁰⁷ Strauss cita algumas decisões que absolveram cidadãos que protestavam contra o Governo, sobretudo nos anos 30. Mas diz que, em sua maior parte, a conclusão se deu por problemas de ordem técnica no texto legal. Não houve, naquele período, adoção das visões de *Holmes* e do *Justice* Louis Brandeis, sobre o tema. STRAUSS, David A. op. cit. p. 66.

¹⁰⁸ STRAUSS, David A. op. cit. p. 73.

debatidas nos casos *Chaplinsky v. New Hampshire*¹⁰⁹ e *Yates v. United States*¹¹⁰.

Assim, a construção da estrutura de proteção à liberdade de expressão se deu progressivamente, a partir de princípios e regras assentados em precedentes, que foram testados e modificados caso a caso, como sugere o critério da *common law*¹¹¹. Não houve um processo de emenda constitucional, tampouco se recorreu ao intento do poder constituinte originário. Dessa forma, assevera que a *lei* sobre a liberdade de expressão nos Estados Unidos é um produto da *living constitution*.

Outro exemplo de construção da lei a partir da adoção do critério da *common law*, segundo o autor, se deu em *Brown v. Board of Education*¹¹², caso decidido em 1954, mediante o qual a Suprema Corte considerou inconstitucional o critério de segregação racial nas escolas públicas.

Brown foi um dos casos mais criticados da história da Corte americana. Segundo o autor, logo após o julgamento, existiu, no sul do país, uma grande oposição ao que foi decidido. As escolas organizaram uma massiva resistência. Professores de direito defenderam que a decisão não poderia ser justificada pela técnica legal¹¹³. Atualmente, porém, *Brown* é não só aceito, como também é considerado um ícone do direito constitucional americano.

¹⁰⁹ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942). No precedente, a Suprema Corte manteve a condenação de Chaplinsky que proferira palavras de baixo calão, capazes de provocar tumulto, a um funcionário da Administração Pública.

¹¹⁰ *Yates v. United States*, 354 U.S. 298 (1957). No caso, a Corte considerou que o simples fato de se ensinar a doutrina comunista, defendendo a prática de um Golpe contra o Estado organizado, não é passível de punição. Deve existir mais que somente um credo, a doutrina deve incitar à prática de atos contra o Estado.

¹¹¹ STRAUSS, David A. op. cit. p. 73.

¹¹² *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

¹¹³ STRAUSS, David A. op. cit. p. 78.

Strauss explica que o critério “separados mas iguais”, estabelecido pela Suprema Corte no julgamento *Plessy v. Ferguson*¹¹⁴, fora considerado compatível com a Décima Quarta Emenda à Constituição Americana, que determina que os Estados devem assegurar igual proteção perante as leis às pessoas em sua jurisdição. Assim, afirma que a *common law* não trata precedentes como intocáveis; ela admite que, em algumas ocasiões, os precedentes poderão ser superados¹¹⁵.

Para demonstrar os passos que se seguiram até a superação de *Plessy* por *Brown*, em 1954, o autor cita *McCabe v. Atchison, Topeka & Santa Fe Railway*¹¹⁶, decidido em 1914, que considerou inconstitucional a conduta estatal de não disponibilizar vagões com camas, refeições e cadeiras para negros (e de fazê-lo para brancos), sob o argumento de falta de demanda. A Corte concluiu que o indivíduo, não importando a cor da pele, tinha direito a tais serviços, a despeito da baixa procura, sendo esta uma obrigação do Estado que optara por segregar¹¹⁷.

Três anos depois, a Suprema Corte declarou inconstitucional uma lei municipal de Louisville, Kentucky, que proibia cidadãos de pele branca de adquirir bens imóveis em bairro de maioria negra. O Tribunal considerou que a lei restringia o direito do vendedor de escolher livremente o seu comprador¹¹⁸. Strauss entende ser difícil conciliar essa decisão com *Plessy*, pois se o Poder Público pode impor uma venda segregada de passagens de trens, por que não poderia fazer o mesmo em relação à propriedade imobiliária?¹¹⁹

¹¹⁴ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). No caso, uma lei do Estado da Louisiana que determinava que as empresas transportadoras de trem disponibilizassem acomodações iguais, mas segregadas entre brancos e negros, foi considerada constitucional.

¹¹⁵ STRAUSS, David A. op. cit. p. 79.

¹¹⁶ *McCabe v. Atchison, T. & S.F. Ry. Co.* 235 U.S. 151 (1914).

¹¹⁷ STRAUSS, David A. op. cit. p. 86.

¹¹⁸ *Buchanan v. Warley*, 245 U.S. 60 (1917).

¹¹⁹ STRAUSS, David A. op. cit. p. 87.

Vinte anos mais tarde, em *Missouri ex. rel Gaines v. Canada*¹²⁰, a Corte concluiu pela inconstitucionalidade do sistema de *vouchers* para a admissão de negros em faculdades de direito. Segundo os fatos do caso, Missouri apenas tinha uma faculdade de direito estatal para brancos. Assim, quando um aluno negro desejava fazer o curso, o ente federativo negociava com os Estados vizinhos para matricular os alunos e custeava o ensino. A Corte considerou que o Estado não assegurou os mesmos direitos para cidadãos exclusivamente pelo critério de cor e concluiu pela transgressão à Constituição¹²¹.

Strauss destaca que há uma ligação entre os casos *McCabe* e *Gaines* e, mais adiante, entre *Gaines* e *Brown*. *Gaines* sinaliza que a Corte não se preocupava com as dificuldades de implementação de suas decisões: se seria viável economicamente a instalação de uma faculdade de direito exclusiva para negros em Missouri, a despeito da baixa procura. Tampouco se conformava com uma igualdade tangível, que poderia ser atingida com a educação obtida em outro Estado. O Tribunal, segundo o autor, levava em conta o simbolismo das políticas segregadoras, o fato de que iguais oportunidades não estavam sendo disponibilizadas, algo que considera quase incompatível com o critério “separados mas iguais” de *Plessy*¹²².

A Corte veio novamente a se deparar com casos de segregação em 1948. Em *Shelley v. Kraemer*¹²³, concluiu pela inconstitucionalidade da cláusula de uma escritura imobiliária que proibia a venda do imóvel para negros.

No mesmo ano, em *Sipuel v. Board of Regents*, declarou ser incompatível com a Décima Quarta Emenda a decisão da Universidade de

¹²⁰ *Missouri ex rel. Gaines v. Canada*, 305 U.S. 337 (1938).

¹²¹ STRAUSS, David A. op. cit. p. 88.

¹²² Idem. p. 89.

¹²³ *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948).

Oklahoma de não matricular um estudante negro na faculdade de direito, já que não existia no Estado uma instituição pública similar para pessoas de cor.

Em 1950, novamente restringiu ainda mais o critério “separados mas iguais”. Em *McLaurin v. Oklahoma State Regents*¹²⁴, a Suprema Corte considerou ser inconstitucional o ato de segregar fisicamente, nas dependências da faculdade, um aluno negro admitido em uma universidade pública para alunos brancos.

Da mesma forma, em *Sweatt v. Painter*¹²⁵, decidido também em 1950, o Tribunal determinou a admissão de um estudante negro na faculdade de direito da Universidade do Texas, pois a instituição mantida para negros no Estado não gozava das mesmas condições materiais de ensino da referida faculdade, que era exclusiva para alunos brancos.

A partir da citação desses precedentes, Strauss destaca que, apesar de *Brown* ter sido o caso que, de fato, reverteu *Plessy*, o observador deve considerar o ambiente existente em 1954, quando o caso foi decidido. Já se passavam décadas do julgamento de *Plessy* e a Corte cada vez mais vinha restringindo as práticas estatais para burlar o critério “separados mas iguais.” Precedente após precedente, os jornais já noticiavam as dificuldades estatais de efetivamente se implementar uma política segregada compatível com o critério até então considerado constitucional.

Assim, embora não tenha sido ditado pelos casos anteriores, apesar de mencioná-los, *Brown* não pode ser considerado um precedente isolado, mas um passo final numa linha de desenvolvimento da *common law*¹²⁶ sobre o tema. A Corte foi influenciada pela visão moral acerca da segregação e optou por considerá-la *per se* inconstitucional, o que não ocorrera nos julgados

¹²⁴ *McLaurin v. Oklahoma State Regents*, 339 U.S. 637 (1950).

¹²⁵ *Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629 (1950).

¹²⁶ STRAUSS, David A. op. cit. p. 92.

prévios, a despeito das restrições incrementadas caso a caso, que praticamente inviabilizavam a manutenção da política de segregação.

Dessa forma, o autor afirma que, ao decidir *Brown*, a Suprema Corte foi coerente com o que vinha sendo desenhado em seus precedentes. Agiu como um Tribunal responsável pela evolução, tal qual se age na *common law*, interpretando uma *living constitution*¹²⁷.

Por fim, o último julgado abordado por *Strauss* é *Roe v. Wade*¹²⁸, decidido em 1973. Trata-se do famoso caso em que a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de várias leis que proibiam a prática do aborto, pois violavam o direito da mulher à privacidade, inserto na cláusula do devido processo legal da Décima Quarta Emenda.

O autor salienta que, diferentemente de *Brown*, *Roe* não tem sido pacificamente aceito nos Estados Unidos. Destaca que vários doutrinadores que defendem o direito da mulher de abortar criticam *Roe*. Isso porque, segundo eles, o direito ao aborto deveria ter sido definido por meio do processo legislativo e não por uma decisão judicial¹²⁹. Até mesmo entre os constitucionalistas que acreditam que a Suprema Corte poderia reconhecer o direito da mulher de abortar, há quem diga que *Roe* foi decidido de maneira muito rápida e muito extensiva.

Strauss observa que o texto da cláusula do devido processo legal, ao estipular que os Estados não poderiam privar nenhuma pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal, não parece conferir um direito substantivo às mulheres de abortar. Parece simplesmente requerer que o governo adote certas providências antes de fazer algo aos seus cidadãos.

¹²⁷ Idem. Ibidem.

¹²⁸ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

¹²⁹ STRAUSS, David A. op. cit. p. 92.

Porém, o autor destaca que, a despeito do criticismo, a Suprema Corte tem sim interpretado a cláusula do devido processo legal também sob uma ótica substantiva, de modo a conferir direitos às pessoas. E, de fato, o texto constitucional vinha sendo interpretado de forma a resguardar o direito da mulher a assegurar a sua integridade corporal e o direito de planejar a sua família. Assim, sustenta que uma plausível construção do direito à liberdade reprodutiva da mulher pode ser feita a partir de precedentes da *common law*¹³⁰.

A questão mais complexa em *Roe*, segundo a obra, é reconhecer que o direito de planejamento familiar é mais forte que o interesse estatal em proteger a vida do feto, a ponto de autorizar um aborto¹³¹.

Strauss cita que um bom argumento pode ser aduzido em suporte à decisão da Corte. A alegação enfatizaria a existência de profundas divergências em torno do *status* da vida fetal e o fato de as leis contrárias ao aborto afetarem mais severamente a vida das mulheres, que são um grupo historicamente discriminado. Contudo, o autor assevera que seria ingênuo de sua parte afirmar que esse argumento é obviamente o correto ou que *Roe* deveria ser tratado como *Brown*, um ponto fixo absoluto na interpretação constitucional americana¹³².

Atualmente, o grande debate, na visão do autor, é saber se *Roe* pode ou não ser considerado um precedente e, portanto, a lei aplicável. Ele afirma que quando uma decisão for repetidamente reexaminada e reafirmada, durante vários anos pela Suprema Corte, sobretudo se a composição já tiver sido alterada, isso deveria fornecer uma pista de que o precedente está correto e que é lei aplicável. Um precedente que nunca tenha sido reexaminado, que simplesmente tenha sido esquecido, deve ser observado com menor fidelidade do que um que tiver sido criticamente analisado e mantido, pois este

¹³⁰ Idem. Ibidem

¹³¹ Idem. p. 95.

¹³² Idem. Ibidem.

provavelmente estará mais apto a refletir os valores e a sabedoria do sistema da *common law*.

Em relação ao status de *Roe* como precedente, Strauss sustenta que este é estável, até por conta da sua reafirmação em 1992, no julgamento *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*¹³³, mas não pode ser considerado inviolável. *Roe* não é um caso simples.

Mas, se a questão constitucional for complexa, uma teoria sobre a interpretação constitucional deve tratar o caso como complexo; ela deve reconhecer essa complexidade e explicar as dificuldades. A virtude do critério da *common law*, assim, é justamente não tratar *Roe* como um caso simples e reconhecer a sua complexidade, de forma a assegurar um intenso debate sobre os termos da decisão¹³⁴.

2.4. A doutrina da *living constitution* na visão de William H. Rehnquist

O termo *living constitution* está longe de ter sido criado por David Strauss. Pelo contrário, o vocábulo originariamente deriva do título de um livro editado em 1927, de autoria de Howard Lee McBain¹³⁵.

Alguns importantes autores escrevendo obras sobre o tema. Um deles foi William H. Rehnquist, *Chief Justice* da Suprema Corte Americana entre 1986 a 2005, autor do texto *The Notion of a Living Constitution*, elaborado em 1976, quando já era membro associado da Corte¹³⁶.

¹³³ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

¹³⁴ *Idem*. p. 97.

¹³⁵ MCBAIN, Howard Lee (1927). *The Living constitution, a consideration of the realities and legends of our fundamental law*, by Howard Lee McBain. the Workers education bureau press.

¹³⁶ Rehnquist foi um dos poucos juízes da Suprema Corte Americana que foi indicado como *Associate Justice* e depois foi alçado à condição de *Chief Justice*, cargo vitalício.

Rehnquist afirma que a frase *living constitution* é uma curta expressão que é suscetível de pelo menos dois diferentes significados¹³⁷.

O primeiro foi destacado pelo *Justice* Oliver Holmes Jr. em *Missouri v. Holland*¹³⁸, especificamente no seguinte trecho:

“[...] Quando estamos lidando com palavras que também são atos constitutivos, como a Constituição dos Estados Unidos, nós devemos observar que os seus autores criaram um ser cujo desenvolvimento nem os mais dotados dos videntes poderiam prever. Bastava a eles compreender ou esperar que haviam criado um organismo; levou mais de um século e custou muito suor e sangue aos seus sucessores provar que eles haviam criado uma nação [...]”¹³⁹

Rehnquist assevera que esta interpretação, a qual quase ninguém discordará, é a chamada versão Holmes da expressão *living constitution*¹⁴⁰.

Segundo ele, “os criadores da Constituição sabiamente falaram numa linguagem genérica e deixaram para as gerações subsequentes a tarefa de aplicar aquela linguagem para o incessante e cambiante ambiente em que eles viveriam. Aqueles que molduraram, adotaram e ratificaram as emendas constitucionais aprovadas após a Guerra Civil também utilizaram o que tem sido adequadamente descrito como ‘generalidades majestosas’”¹⁴¹.

O magistrado prossegue salientando que a circunstância de uma atividade particular não existir quando a Constituição foi promulgada, ou porque os seus criadores não conceberam aquele método particular de realização de negócios, não pode significar que a linguagem genérica da Constituição não pode ser aplicada para aquele tipo de conduta. Onde os criadores da

¹³⁷ REHNQUIST, William H. *The Notion of a Living Constitution*. 402 Harvard Journal of Law & Public Policy. v. 29. p. 402.

¹³⁸ *Missouri v. Holland*, 252 US 416, 433 (1920).

¹³⁹ *Idem*. *Ibidem*.

¹⁴⁰ REHNQUIST, William H. *op. cit.* p. 402.

¹⁴¹ *Idem*. *Ibidem*.

Constituição empregaram expressões genéricas, eles o fizeram dando latitude para aqueles que posteriormente viriam a interpretar o instrumento para fazer a linguagem aplicável a casos que jamais anteviram.

Por outro lado, Rehnquist menciona que existe outra conotação de *living constitution*, diferente da que fora denominada versão Holmes, expressa num memorial que foi apresentado num caso submetido a julgamento numa Corte Federal. Segundo ele, o memorial consignava:

“O nosso pedido é significativo a esta Corte, pois, outras esferas de governo abdicaram da sua responsabilidade... Os prisioneiros são como outras ‘discretas e isoladas’ minorias para quem a Corte deve propagar o seu guarda-chuva protetivo, já que nenhum outro Poder o fará... Esta Corte, que representa a voz e a consciência da sociedade contemporânea, que representa o conceito moderno de dignidade humana, deve declarar que [determinada prisão] e tudo que ela representa ofende a Constituição dos Estados Unidos e não será tolerada”¹⁴².

Rehnquist argumenta que, com base nessa versão do autor do memorial, “membros não eleitos do judiciário federal podem agir em relação a um determinado problema pelo simples fato de que outras esferas de governo falharam ou se recusaram a fazê-lo. Esses mesmos juízes, sem guardar responsabilidade a eleitorado algum, são aclamados como ‘a voz e a consciência da sociedade contemporânea’”¹⁴³.

O magistrado, assim, assenta que o autor do memorial está a sugerir uma compreensão a ser utilizada pelo judiciário federal, e talvez também pelo estadual, no exercício da delicadíssima responsabilidade de controlar as normas.

Esta compreensão é severamente criticada por ele. Em suas palavras, “uma vez abandonada a ideia de que a autoridade dos tribunais de

¹⁴² Idem. p. 403.

¹⁴³ Idem. Ibidem.

declarar leis inconstitucionais está de alguma maneira amarrada à linguagem da Constituição que o povo promulgou, um Judiciário exercendo o poder de controlar a constitucionalidade de leis aparece numa luz um pouco diferente. Os juízes deixam de ser os detentores do compromisso; ao invés, passam a ser um pequeno grupo de sortudos numa comissão itinerante para palpar com o Congresso, as legislaturas estaduais, e os dirigentes de autarquias administrativas federais e estaduais sobre o que é melhor para o país”¹⁴⁴.

Rehnquist prossegue afirmando que não há justificativa para um terceiro Poder Legislativo, concorrente ao federal e ao dos estados. E destaca que se for para haver um conselho de revisão, este deve ter alguma conexão com o sentimento popular. Os seus membros devem ser submetidos ao processo de reeleição ocasionalmente, seus termos deveriam expirar ou eles deveriam continuar a servir somente se novamente indicados por um Chefe do Executivo eleito e confirmados por um Senado também popularmente eleito¹⁴⁵.

O *ex-Chief Justice*, assim, destaca que existem três sérias dificuldades de seguir essa versão da expressão *living constitution*.

Em primeiro lugar, ela captura erroneamente a natureza da Constituição, que foi designada a possibilitar que as esferas de governo popularmente eleitas, e não o Poder Judiciário, mantenham o país em compasso com os tempos.

Em segundo lugar, a versão ignora as desastrosas experiências passadas da Suprema Corte de abarcar a noções contemporâneas e modernas do que uma *living constitution* deve conter. Nesse ponto, ela cita os casos *Dred Scott*¹⁴⁶ e *Lochner v. New York*¹⁴⁷. Assim, imaginar que, mediante uma construção da Constituição pelo Judiciário, será possível permitir a ampliação

¹⁴⁴ Idem. p. 406.

¹⁴⁵ Idem. Ibidem.

¹⁴⁶ *Dred Scott v. Sanford*. 60 US (19 How.) 393 (1857).

¹⁴⁷ *Lochner v. New York*, 198 US 45 (1905).

de direitos de escravagistas ou empregadores, no último caso declarando inconstitucional uma lei básica de proteção a empregados, deve-se ter a precaução de evitar uma interpretação construtiva dessa natureza, deixando o encargo aos poderes eleitos.

Por fim, ainda que os objetivos sociais visados sejam socialmente desejáveis, avançar até eles por meio de um Judiciário não eleito é bastante inaceitável em uma sociedade democrática. Para explicar essa assertiva, vale ler a seguinte passagem, atribuída a Ingeborg Maus:

“Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda a instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito “superior”, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social.”¹⁴⁸

Rehnquist, assim, encerra criticando essa versão da doutrina da *living constitution*. Segundo ele, a fórmula citada no memorial apresentado à Corte Federal Distrital é um mecanismo de burlar o governo democrático. Considerando que é possível a um indivíduo persuadir um ou mais juízes a impor a outros indivíduos uma regra de conduta que os poderes popularmente eleitos de governo não teriam editado e os eleitores não compreendem estar presentes na Constituição, a referida versão da *living constitution* é genuinamente corrosiva aos valores fundamentais da nossa sociedade democrática¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Apud Ximenes, Júlia Maurmann. *O Comunitarismo & Dinâmica do Controle Concentrado de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 9.

¹⁴⁹ REHNQUIST, William H. op. cit. p. 415.

2.5. A doutrina da *living constitution* na visão de Bruce Ackerman

Bruce Ackerman, Professor de Direito e Ciência Política em Yale, também é outro renomado autor a abordar o tema. O acadêmico proferiu uma palestra em outubro de 2006 na Faculdade de Direito da Universidade de Harvard, posteriormente publicada na *Harvard Law Review*, intitulada *The Living Constitution*¹⁵⁰.

Ackerman, contudo, tem um enfoque crítico à doutrina. Segundo ele, o termo "*living constitution*" não é um slogan conveniente para transformar uma imperfeita constituição em algo melhor que ela é. "Enquanto o esforço de tornar a Constituição americana é algo maravilhoso, é uma tentação sempre presente, o problema com essa estridente aspiração é óbvia: existem várias visões competitivas do constitucionalismo democrático liberal, e a Constituição não deveria ser sequestrada por nenhuma delas"¹⁵¹.

Conforme destaca o autor, a missão da interpretação é entender os compromissos constitucionais que, em verdade, foram historicamente feitos pelo povo americano, não os compromissos que um ou outro filósofo pensa que eles fizeram.

Ackerman aborda a noção entre *cânon definidor* e *cânon interpretativo*. "O primeiro almeja identificar os principais textos da nossa tradição; o segundo, desvendar o que eles significam"¹⁵². Segundo ele, quase todos os debates giram em torno do segundo cânon. Uma corrente defende que as grandes abstrações da Constituição formal deveriam se limitar às compreensões particulares da geração que editou o texto. Outros pensam que a atual geração deve definir qual é a melhor interpretação.

¹⁵⁰ ACKERMAN, Bruce. *The Living Constitution*. 120 *Harvard Law Review* p. 1737 (2007).

¹⁵¹ *Idem.* p. 1754.

¹⁵² *Idem.* p. 1755.

O autor afirma que os defensores da *living constitution* estão “mais dispostos a agarrar as transformações do século XX quando elaboram as definições dos textos ancestrais. Mas eles o fazem de formas que, às vezes, distorcem essas recentes conquistas, assim como usam os textos abstratos do cânon oficial como um trampolim para esforços elitistas para revolucionar valores americanos”¹⁵³.

Ackerman, assim, afirma que é tempo de questionar as premissas em torno desse debate. Ao invés de focar de maneira míope nos grandes textos dos séculos dezoito e dezenove, defende ser necessário redefinir o cânon de forma a permitir um profundo entendimento do que os americanos fizeram, e não fizeram, alcançar, sobretudo, a história daquele país, inclusive a parte que é mais próxima da sociedade¹⁵⁴. É tempo, segundo o autor, de construir um cânon para o século XXI, baseado na verdade da integral experiência americana.

Assim, durante o texto, o Professor aborda as fases da “Reconstrução” e da “Segunda Reconstrução”, expressões cunhadas por historiadores aos movimentos da guerra de secessão e dos direitos civis nos Estados Unidos. Ackerman diz que a aprovação do *Civil Right Act* de 1964 representou um dos mais importantes atos de soberania popular na História Americana. Além disso, chama a atenção para o período do *New Deal*.

Em seguida, Ackerman indaga se a Constituição americana é uma máquina ou um organismo? Ele afirma que esta metáfora tem dominado o pensamento constitucional nos últimos tempos. Os fundadores da pátria forneceram a máquina que perdurará pela eternidade somente se nós seguirmos as instruções escritas no manual de operações. Porém, tais regras foram alteradas durante a Guerra de Secessão.

¹⁵³ Idem. Ibidem.

¹⁵⁴ Idem. 1756.

O Professor de Yale, contudo, assevera que a Constituição não é nem um organismo, tampouco uma máquina. Ele diz que os organicistas adotaram o método da *common law* para servir de guia – devagar, a meio passos, o juiz da *common law* sente a mudança de padrões sociais e mantém o direito antenado com a vida.

Porém, para ele, esse enfoque, que tem grande importância no desenvolvimento constitucional, acaba por colocar o juiz na condução das mudanças, dando pouca força ao papel central da soberania popular.

O autor, assim, sugere uma proposta de revisão que coloque o povo, e não a Suprema Corte, no centro da revolução constitucional. Ele insiste que americanos comuns, liderados por figuras como Franklin Roosevelt e Martin Luther King, Jr., prestaram uma contribuição constitucional tão importante, como a das gerações lideradas por George Washington ou Abraham Lincoln. E afirma que a Suprema Corte deve reconhecer essa contribuição para a *living constitution* fazer sentido¹⁵⁵.

Em seguida, assevera que quando trabalha com um cânon expandido, é inerente ao trabalho da Suprema Corte defender a compreensão original dos textos herdados da geração dos fundadores e dos reconstrutores, e não abordar as complexidades da dificuldade contra majoritária erguidas pelo caráter elitista do constitucionalismo *common law*. A sua tarefa é refletir sobre todos os princípios afirmados pelo povo americano, e usar esses princípios como um sistema de freios e contrapesos das pretensões políticas dos presentes dias¹⁵⁶.

E, por fim, diz que “quando a Corte declara inconstitucional uma lei em nome do povo das gerações passadas, certamente força os políticos

¹⁵⁵ Idem p. 1805.

¹⁵⁶ Idem. Ibidem.

atuais a refletirem antes de forçarem um caminho numa direção que ameace os compromissos fundacionais”¹⁵⁷.

Ackerman, assim, afirma que se deve oferecer aos juízes, legisladores e Presidentes, uma visão de desenvolvimento constitucional que os convida a seguir os passos de Franklin Roosevelt e Martin Luther King, Jr., de forma a sonhar os seus sonhos e fazer os seus *New Deals*. Apesar das limitações, a atualização profissional dos cânones manterá o diálogo constitucional no caminho certo e demonstrará que a soberania popular não sofreu uma misteriosa morte nos tempos modernos. Pelo contrário, comprovará que o povo americano se mantém como uma força ativa na governança das suas vidas e do seu destino¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Idem. Ibidem.

¹⁵⁸ Idem. p. 1812.

III. A DOUTRINA DA *LIVING CONSTITUTION* NOS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

David Strauss defende o critério da *living constitution* como o apropriado para interpretação constitucional, pois este pode ser baseado em uma importante gama de virtudes: (a) humildade intelectual; (b) senso da complexidade dos problemas enfrentados pela sociedade; (c) respeito pela sabedoria e pelo conhecimento acumulados no passado; e (d) propensão para reflexão quando necessário e consistente com essas virtudes¹⁵⁹.

Segundo o autor, a partir dessa gama de virtudes, forma-se a compreensão do texto constitucional americano, que não é reduzida apenas à sua literalidade, mas também compreende as orientações traçadas nos precedentes, sobretudo nos da Suprema Corte dos Estados Unidos.

A intenção do presente capítulo é examinar se o Supremo Tribunal Federal também assim procede em relação ao texto constitucional brasileiro, promulgado em 1988. Ou seja, averiguar se nós também temos uma *living constitution*.

Sabe-se que, tanto em relação à classificação quanto à extensão e à finalidade da constituição, diferentemente da Lei Maior americana, a qual é considerada uma constituição *sintética*, os principais constitucionalistas consideram a atual Carta Política brasileira como uma constituição *analítica*, por pretender regulamentar todos os assuntos que entende relevantes à formação, destinação e funcionamento do Estado¹⁶⁰.

Entretanto, embora o texto constitucional brasileiro busque definir os temas relevantes à formação, à destinação e ao funcionamento do Estado,

¹⁵⁹ STRAUSS, David A. op. cit. p. 139.

¹⁶⁰ Nesse sentido MORAES, Alexandre de. op. cit. p. 6.

não só o faz a partir da estipulação de regras claras. A Carta de 1988 também contém diversos dispositivos que consistem em enunciações principiológicas que permitem uma compreensão extensiva e flexível pelos seus intérpretes. Basta ler os quatro primeiros artigos do texto constitucional, para comprovar essa assertiva.

Passa-se, assim, a examinar alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal, para averiguar se a atuação dos Ministros se assemelha àquela sedimentada pela *common law*, conforme a visão de David Strauss.

3.1. Fidelidade ao texto ou justiça no caso concreto?

Quando um intérprete procurar examinar se a interpretação guarda fidelidade ao texto constitucional, geralmente isso significa que está a adotar um critério legalista de interpretação.

Segundo Susanna Pozzolo, “com o termo ‘legalista’ não se indica simplesmente uma doutrina formalista qualquer de interpretação e de aplicação do direito positivo, mas sim uma ideologia de legalidade que a identifica com a aplicação da lei, com a separação dos poderes, e, mais recentemente, com o respeito a uma Constituição escrita e garantida por um juiz legal”¹⁶¹.

O legalismo pode ser singelamente compreendido mediante a leitura do seguinte trecho de voto do Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal: “tanto vulnera a lei aquele que inclui no campo de aplicação hipótese não contemplada, como o que exclui espécie por ela abrangida”¹⁶².

Pela leitura, pode-se perceber que diante de um caso em que o quadro fático é captado pelo texto, cabe ao intérprete tão somente reconhecer

¹⁶¹ POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico*. São Paulo: Landy Editora. p. 104.

¹⁶² Trecho da ementa do acórdão do STF proferido no HC 72.842-1, Relator Ministro Marco Aurélio, 2ª Turma, DJ de 22.3.96.

a incidência. Se for além, violará o princípio da legalidade e os limites de suas atribuições funcionais. Assim, não cabe ao intérprete valorar a relação entre norma-texto e quadro fático: a norma simplesmente incide. Seria a prevalência do critério expressado no brocardo latim “*in claris cessat interpretatio*”; do método linguístico literal, combinado com o do intento original do legislador.

Esse é o pensamento positivista de Pontes de Miranda. Como destaca Paulo Paiva, “a reflexão do doutrinador é caracterizada por uma radical negação da cisão entre o natural e o cultural, dado ser o direito visto como fenômeno natural, como física social”¹⁶³:

“A regra jurídica foi a criação mais eficiente do homem para submeter o mundo social e, pois, os homens, às mesmas ordenação e coordenação, a que ele, como parte do mundo físico, se submete. Mais eficiente exatamente porque foi a técnica que mais de perto copiou a mecânica das leis físicas”¹⁶⁴

“A incidência em Pontes de Miranda independe de aplicador, porque não há aplicação – aqui a regra jurídica é descritiva, nega-se o *Se F, deve ser R*, mas, agora, afirma-se: *Se F, R*”¹⁶⁵.

O legalismo brasileiro de certa forma se aproxima do originalismo americano, tal como descrito por David Strauss. O legalismo busca atribuir fidelidade ao sentido linguístico contido nos textos constitucionais. Quando a incidência é duvidosa, busca-se a intenção do legislador, em respeito à separação dos poderes.

É certo que o texto constitucional contém determinadas regras, que são irrestritamente observadas, sob a óptica de um critério legalista.

¹⁶³ JARDIM, Flavio J. e PAIVA, Paulo. *Notas acerca de um processo civil pragmático*. Revista de Informação Legislativa Nº 190 T. 2 ABR.JUN. 2011. p. 154.

¹⁶⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de Direito Privado*, tomo I. Campinas: Bookseller, 1999, p. 55.

¹⁶⁵ JARDIM, Flavio J. e PAIVA, Paulo. op cit. p. 154.

Por exemplo, o STF compõe-se de onze Ministros; o Presidente, o Vice-Presidente e os Senadores da República deverão ter a idade mínima de trinta e cinco anos; o voto é facultativo para os maiores de setenta anos.

Como já salientado, o texto escrito tem uma importante função de eliminar ou diminuir as divergências.

A interpretação literal é corriqueiramente aplicada em julgamentos do Supremo Tribunal Federal.

Por exemplo, ante o fato de o art. 150, VI, 'a', da Constituição, vedar aos entes federados instituírem impostos sobre o patrimônio, a renda ou os serviços, uns dos outros, concluiu-se que “a imunidade tributária recíproca não engloba o conceito de taxa, porquanto o preceito constitucional só faz alusão expressa a imposto”¹⁶⁶.

Da mesma maneira, entendeu-se que uma medida provisória que foi publicada no dia 31 de dezembro de 1994, um sábado, alterando um benefício fiscal, atendeu ao requisito da alínea 'a' do inciso III do art. 150, no que estabelece ser vedada a cobrança de tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que o instituiu ou o aumentou,¹⁶⁷ podendo a majoração incidir a partir de 1º de janeiro de 1995. Ou seja, se foi publicada no último dia do ano, a despeito de ser um sábado, respeitou a anterioridade constitucional.

Alguns excertos dos votos dos magistrados, inclusive, levam a crer que os magistrados estão vinculados à “vontade da lei”:

¹⁶⁶ STF, RE 613287 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 02/08/2011, DJe 18-08-2011.

¹⁶⁷ STF, RE 344994, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ acórdão Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 25/03/2009, DJe 27-08-2009.

“Senhor Presidente, desde os meus primeiros dias no ofício judicante compreendi que o juiz, ao defrontar-se com uma lide, deve idealizar a solução mais justa para a controvérsia, valendo-se, nesta primeira fase, apenas da formação humanística que possui. A seguir, então, em respeito à almejada segurança nas relações jurídicas, passa ao cotejo da solução com os preceitos legais pertinentes à hipótese. Concluindo pela harmonia entre o resultado mais equânime e a ordem jurídica estabelecida, consagra-a, e, com isto, concretiza a justiça na concepção mais ampla do termo. Não encontrando apoio na dogmática, despreza a solução que lhe pareceu mais justa e atua segundo a vontade da lei.”¹⁶⁸

Tal limitação é também defendida pelo jurista alemão Karl Larenz:

“O que está para além do sentido literal linguisticamente possível e é claramente excluído por ele já não pode ser entendido, por via da interpretação, como o significado aqui decisivo deste termo. Diz acertadamente MEIER-HAYOZ que ‘o teor literal tem, por isso, uma dupla missão: é ponto de partida para a indagação judicial do sentido e traça, ao mesmo tempo, os limites da sua actividade interpretativa’. Uma interpretação que se não situe já no âmbito do sentido literal possível, já não é interpretação, mas modificação de sentido.”¹⁶⁹

Tem-se, no caso, o chamado argumento dos *easy cases*. De acordo com Suzanna Pozzolo, tal argumento “se propõe a demonstrar que o direito não pode ser considerado globalmente subdeterminado, porque as razões jurídicas em tais casos são capazes de conduzir a uma única solução”¹⁷⁰.

Porém, não é retórico afirmar que a interpretação atribuída ao texto constitucional pelo Supremo Tribunal Federal dificilmente será fiel ao texto, na ótica definida pelo originalismo americano ou pelo legalismo tradicional, sobretudo em casos mais complexos, que envolvam grande repercussão.

¹⁶⁸ Trecho do voto do Ministro Marco Aurélio. STF, RE 140265, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 20/10/1992, DJ 28-05-1993.

¹⁶⁹ LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. – 3ª ed. – Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 183 e 187.

¹⁷⁰ POZZOLO, Susanna. Op. cit. p. 156.

Como salienta o *Justice* Stephen Breyer¹⁷¹, “quando as emoções políticas estiverem fortes, poucos aceitam uma escolha técnica como claramente válida”¹⁷².

Além disso, como qualquer outra Carta Magna, o texto constitucional sofre de imperfeições que são naturais em um processo constituinte. Não parece ser possível articular somente uma “linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma”¹⁷³. Essa foi uma das críticas de Saulo Ramos à Constituição de 1988:

“Não foi possível, porém, melhorar o texto todo do projeto da Constituição. Uma Constituinte sempre se transforma numa panela de tensões, e os políticos brasileiros, quando redigem texto de lei constitucional, têm mania de elaborar coisas parecidas com estatutos de clube recreativo. Incluem detalhes, miudezas, competências de diretor artístico, de diretor esportivo, de tesoureiro, acabam embaralhando regras que se entrelaçam e se contradizem, algumas ridículas, outras ousadas, mas quase todos os frutos de irrefletidos embates ideológicos mal digeridos. Essas extravagâncias alucinam o legislador ordinário, para não dizer o enlouquecimento que provocam nos intérpretes e nos hermeneutas.”¹⁷⁴

A despeito do relato de Saulo Ramos, é possível afirmar que mesmo em casos em que o texto constitucional é claro, há possibilidade de o STF não reconhecer a sua incidência num caso concreto.

¹⁷¹ Stephen Breyer é membro associado da Suprema Corte dos Estados Unidos desde 1994.

¹⁷² BREYER, Stephen. *Making our Democracy Work – A Judge’s view*. New York: Alfred A. Knopf. 2010. p. 10.

¹⁷³ Art. 11, inciso II, alínea “a”, da Lei Complementar n. 95/98.

¹⁷⁴ RAMOS, Saulo. *Código da vida*. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2007. p. 225.

Exemplo evidente dessa prática é o entendimento contido na Súmula Vinculante nº 25 da Corte, com a seguinte redação: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

Como dizer que tal verbete não contraria o texto expresso do inciso LXVII do art. 5º da Carta de 1988, inserido pelo poder constituinte originário, o qual prevê que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”?

O que leva o Supremo a agir dessa maneira? É o que se passa a abordar.

3.2. Reconhecimento da complexidade dos assuntos e propensão para reflexão

Como destacado anteriormente, na parte em que se examinou o caso *Roe v. Wade*, David Strauss assenta que a virtude do critério da *common law*, é justamente não tratar *Roe* como um caso simples e reconhecer a sua complexidade, de forma a assegurar um intenso debate sobre os termos da decisão.

De fato, uma das maiores virtudes de um sistema de interpretação como o sistema da *common law* em Strauss, é ter em mente que o direito é o mecanismo oficial de resolução de conflitos sociais. Assim, mais do que teses, teorias, ou doutrinas, a interpretação do direito pelos juízes tem por escopo decidir as situações da vida, das pessoas.

Quando o Supremo Tribunal Federal faz uma reflexão nesse sentido, muito se assemelha a uma Corte da *common law* tal como teorizada por David Strauss.

Dessa forma, a título de exemplo, mais do que considerar como argumento exclusivo que o constituinte originário inseriu no texto constitucional a possibilidade de prisão do depositário infiel, é a reflexão sobre se esta modalidade de restrição à liberdade se adéqua aos padrões atuais da sociedade brasileira, além dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Nas palavras de Lawrence Tribe, professor de Harvard, “as nossas escolhas modelam o que os nossos interesses e valores são, pela formação de quem e do quê nós nos tornaremos. A tarefa de construir e interpretar o direito, especialmente o direito constitucional, é a de escolher o tipo de pessoas, o tipo de sociedade, que nós seremos”¹⁷⁵.

O ex-ministro Eros Grau, enquanto membro do Supremo Tribunal Federal, pareceu compactuar com essa forma de pensar e decidir.

Em mais de uma ocasião, Grau afirmou que o significado válido das leis é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente, o que transforma a interpretação jurídica em um processo de contínua adaptação dos textos normativos à realidade¹⁷⁶.

Num dos votos em que manifestou grande honestidade intelectual, destacou que “decidia não sobre teses, teorias ou doutrinas, mas situações do mundo da vida”¹⁷⁷. E afirmou que o STF “não [está] ali para prestar contas a Montesquieu ou a Kelsen, porém para [vivificar] o ordenamento, todo ele.”¹⁷⁸

¹⁷⁵ TRIBE, Lawrence. *Seven Deadly Sins of Straining the Constitution through a Pseudo-Scientific Sieve*. 36 Hastings L. J. 155, 156. 1984.

¹⁷⁶ Item 5 da ementa da STF, ADPF 153, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2010, DJe 05-08-2010.

¹⁷⁷ Trecho do voto vista proferido no julgamento da Rcl 3034 AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2006, DJ 27.10.2006.

¹⁷⁸ Voto proferido na Rcl 3034 AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2006, DJ 27-10-2006.

Aliás, a leitura de trechos de votos do ex-ministro, um especialista em hermenêutica constitucional, permite concluir que o critério por ele empregado e, muitas vezes, seguido pelos demais membros do Tribunal, se afasta da ótica legalista e que o texto, embora tenha sua importância, não deve ser literalmente seguido.

Foram várias as vezes em que Eros Grau defendeu que “não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços. [...] A interpretação do direito é interpretação do direito, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta textos de direito, isoladamente, mas sim --- a Constituição --- no seu todo”¹⁷⁹.

Ao dizer isso, em síntese, o magistrado autoriza o descumprimento de uma determinada regra constitucional, em atendimento a outros preceitos da Carta. A interpretação, contudo, estaria em consonância com o todo constitucional, a despeito da existência de uma regra expressa a disciplinar o fato. Haveria, ainda assim, observância ao direito posto.

Eros Grau defende que “a interpretação do direito, enquanto operação de caráter linguístico, consiste em um processo intelectual através do qual, partindo de *fórmulas linguísticas* contidas nos atos normativos, alcançamos a determinação do seu *conteúdo normativo*; dizendo-o de outro modo, caminhamos dos *significantes* (os enunciados) aos *significados*”¹⁸⁰.

Para o ex-magistrado, “o intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade. A interpretação do direito tem caráter constitutivo e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da

¹⁷⁹ Voto do Min. Eros Grau proferido no julgamento da ADI n. 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 22/03/2006, DJ 10.8.2006. Grifou-se.

¹⁸⁰ Idem.

realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão”¹⁸¹.

Assim, “a interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção no mundo da vida”¹⁸².

Por isso afirma que o direito não é uma ciência, e sim prudência. Daí a razão da expressão “jurisprudência”¹⁸³.

Isso porque, “a alternativa verdadeiro/falso é estranha ao direito; no direito há apenas o ‘aceitável’ (justificável). O sentido do justo comporta sempre mais de uma solução”¹⁸⁴, o que não ocorre com as ciências, apesar de o direito ser cientificamente estruturado.

Além disso, sustenta que o intérprete deve captar situações de exceção, não podendo se limitar à prática de mero exercício de subsunção. Nesse caso, o texto legal deve ser suspenso, dando lugar à exceção¹⁸⁵. E defende que “ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção”¹⁸⁶.

¹⁸¹ Trecho da ementa da ADPF 153, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2010, DJe 05-08-2010, do STF.

¹⁸² Idem.

¹⁸³ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 41.

¹⁸⁴ Idem. Ibidem.

¹⁸⁵ Cf. STF, ADI 2.240, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJe 2.8.2007.

¹⁸⁶ Idem.

São vários os votos do ex-ministro em que o texto constitucional foi desconsiderado e que a decisão se distanciou da redação literal da Constituição.

Isso ocorreu, por exemplo, quando manteve a decisão de sequestro de valores do Estado da Paraíba para quitar dívida de precatório em razão de doença grave e incurável de uma cidadã em estado terminal. O então magistrado afirmou que, de modo uniforme, o Supremo entende que, por força do texto constitucional, cabe o “sequestro unicamente se houver preterição ao direito de preferência, o que não se verificou nos presentes autos”¹⁸⁷. Contudo, no caso, descumpriu a jurisprudência e permitiu o sequestro.

Talvez tal acórdão, decidido em 21 de junho de 2006, tenha motivado a posterior incorporação do § 2º do art. 100 ao texto constitucional, pela Emenda Constitucional nº 62 de 2009, passando a prever a possibilidade de pagamento preferencial dos precatórios devidos a portadores de doença grave.

Da mesma forma, apesar de reconhecer vícios no processo de aprovação da lei que criou o município baiano de Luís Eduardo Magalhães, concluiu não ser possível desconsiderar a sua existência. Isso porque não era possível desconsiderar a “força normativa dos fatos”¹⁸⁸.

Na mesma linha, são os ensinamentos do Ministro Gilmar Mendes, quando aborda o princípio da unidade da Constituição.

Segundo o magistrado, “as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema

¹⁸⁷ Voto proferido na Rcl 3.034 AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2006, DJ 27.10.2006.

¹⁸⁸ Cf. STF, ADI 2.240, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 9.5.2007, DJe 2.8.2007.

unitário de regras e princípios, que é instituído na e pela própria Constituição”¹⁸⁹.

Mendes destaca que “a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade, do que resulta, por outro lado, que em nenhuma hipótese devemos separar norma do conjunto em que ela se integra, até porque – relembre-se o círculo hermenêutico – o sentido da parte e o sentido do todo são interdependentes”¹⁹⁰.

Em um de seus votos, citou a lição de Peter Häberle, para quem “a Constituição não pode ser vista como texto acabado ou definitivo, mas sim como ‘projeto’ (*Entwurf*) em contínuo desenvolvimento”. Nesse sentido, defendeu que a interpretação constitucional deve ser aberta, tendo como pressuposto e limite o chamado “pensamento jurídico do possível”¹⁹¹.

No referido precedente, a partir de tal ensinamento, autorizou a presença de membros do Ministério Público do Trabalho com menos de dez anos de experiência em lista sêxtupla, destinada a compor o quinto constitucional dos tribunais, a despeito de a redação do art. 94 da Carta expressamente exigir o referido tempo de experiência.

Visão similar foi manifestada pelo ex-ministro Menezes Direito, quando citou as palavras de Henry Campbell Black, no sentido de que “a Constituição não deve ser interpretada de modo estreito ou com princípios técnicos, mas liberalmente, em linhas mais gerais, de modo a que possa

¹⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira e outros. op. cit. p. 107.

¹⁹⁰ Idem Ibidem.

¹⁹¹ STF, ADI 1.289 EI, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 3.4.2003, DJ 27.2.2004.

alcançar os objetivos para os quais foi feita e levar adiante os grandes princípios de governo”¹⁹².

Até mesmo o Ministro Marco Aurélio, que admitiu a necessidade de que o magistrado, não encontrando apoio na dogmática para decidir conforme a solução que lhe pareceu mais justa, despreze-a e atue segundo a vontade da lei, já destacou que:

“[...] o Direito sem a moral pode legitimar atrocidades impronunciáveis, como comprovam as Leis de Nuremberg, capitaneadas pelo Partido Nazista, que resultaram na exclusão dos judeus da vida alemã. A ciência do Direito moralmente asséptica almejada por Hans Kelsen – a denominada teoria pura do Direito – desaguou na obediência cega à lei injusta, e a história já revelou o risco de tal enfoque. O Direito, por ser fruto da cultura humana, não pode buscar a pureza das ciências naturais, embora caiba perseguir a objetividade e a racionalidade possíveis”¹⁹³

Dessa forma, a estrutura traçada nos ensinamentos dos referidos Ministros, a qual trata o direito não como uma ciência pura e afasta a incidência automática da norma, levando em conta elementos de realidade e aspectos sociais, é justamente o reconhecimento da complexidade dos assuntos levados à jurisdição do Supremo Tribunal Federal e a necessária propensão para reflexão.

Nem mesmo Hans Kelsen, segundo o ex-ministro Eros Grau, destoa desta ótica. Na obra *“O Direito Posto e o Direito Pressuposto”*, Grau destaca que Kelsen defende que a função do direito é permitir a realização de fins sociais¹⁹⁴:

¹⁹² STF, Trecho reproduzido no voto do Ministro Menezes Direito, no julgamento do MS n. 26.602, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 4.10.2007, DJe 16.10.2008.

¹⁹³ STF - ADPF 132, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 5.5.2011, DJe 13.10.2011.

¹⁹⁴ GRAU, Eros Roberto. op. cit. p. 30.

“Essa postura, evidentemente, conflita com aquela à qual adere grande parte da nossa doutrina, inebriada ainda – deve-se dizer – na análise estrutural kelseniana. A importância maior da atitude dos kelsenianos, fundada na análise estrutural, está, aliás, como já se afirmou, não no seu objeto de estudo, mas, sim, precisamente, no que ela deixa de estudar (Correas 1982/12). Cumpre apartar, porém, Kelsen dos kelsenianos. Apologistas do direito são estes últimos. Kelsen, contudo, mantém permanente posição de hostilidade em relação a ele. A crítica do direito, que produz, é *formal*, na medida em que, para ele, todo e qualquer direito, sempre, é descritível como forma de *controle* e, logo, de *dominação social*. Daí a necessidade de revisitar-se, criticamente, a obra de Kelsen.”¹⁹⁵

Daí a razão pela qual Susanna Pozzolo defende que:

“[...] pode-se convir que existem significados jurídicos estabelecidos, mas me parece que se deva confiar que tais são convencionados a partir do estabelecimento autoritário (geralmente, sucessivos) de significado e desse dependem continuamente. Se assim são as coisas, parece-me que a tese da *global underdeterminacy* revela maior potencialidade explicativa do que aquela local, porque o estabelecimento momentâneo não comporta a determinação, simples e mais modestamente, essa indica que, em relação a um certo dado, entre os resultados juridicamente aceitáveis (subconjunto não vazio e não idêntico ao conjunto de todos os possíveis resultados) existe um resultado sobre o qual se gerou uma ampla convergência. Mas o juiz não é limitado pela possibilidade de *conhecer* esse fato, ele tem o livre exercício do seu poder de revisão, não sucumbe aos próprios vínculos que na linguagem ordinária regulam a comunicação; com a sua decisão ele não quer transmitir informação, e sim que a individualização da norma será por sua parte uma decisão, seja se decidir no mesmo sentido da maioria, seja se decidir de não segui-la”¹⁹⁶.

Passa-se a abordar três precedentes do STF em que a adoção do critério de interpretação literal da norma foi examinada, sendo acatado em alguns casos e respeitado num precedente isolado.

¹⁹⁵ Idem. Ibidem.

¹⁹⁶ POZZOLO, Susanna. op. cit. p. 156.

3.2.1. O julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ

Um caso clássico em que o Supremo Tribunal Federal se afastou da literalidade do texto e do intento original dos constituintes foi o julgamento da ADPF n. 132, por meio do qual a Corte declarou a aplicabilidade do regime da união estável às uniões entre pessoas de sexo igual.

Parece evidente que o § 3º do art. 226 da Constituição, ao apenas reconhecer “a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”, não autoriza, em sua literalidade, a aplicação do instituto a casais homossexuais.

O Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto, expressamente consignou que “a norma constitucional, que resultou dos debates da Assembleia Constituinte, é clara ao expressar, com todas as letras, que a união estável só pode ocorrer entre o homem e a mulher, tendo em conta, ainda, a sua possível convalidação em casamento”¹⁹⁷.

Cumprir destacar a expressa menção feita pelo referido magistrado aos debates mantidos na Assembleia Constituinte, o que demonstra que a aprovação do parágrafo teve, justamente, a intenção de impedir o reconhecimento da união estável a pessoas do mesmo sexo¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Trecho do voto do Min. Ricardo Lewandowski. STF, ADPF 132, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe 13-10-2011.

¹⁹⁸ Observe-se abaixo:

“Confira-se o trecho citado, o qual foi veiculado no Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento “B”), p. 209.

O SR. CONSTITUINTE GASTONE RIGHI: - Finalmente a emenda do constituinte Roberto Augusto. É o art. 225 (sic), § 3º. Este parágrafo prevê: ‘Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’. Tem-se prestado a amplos comentários jocosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos *gays* através do País, porque com a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no show do

No entanto, mesmo ciente do intento do constituinte originário de não admitir a união estável de pessoas do mesmo sexo, votou no sentido de aplicar a essas relações as prescrições legais relativas às uniões estáveis heterossexuais.

Veja que a questão hermenêutica também foi expressamente abordada no voto do Ministro Marco Aurélio:

“A corrente contrária a tal reconhecimento argumenta que o § 3º do artigo 226 da Carta da República remete tão somente à união estável entre homem e mulher, o que se poderia entender como silêncio eloquente do constituinte no tocante à união entre pessoas de mesmo sexo. Além disso, o artigo 1.723 do Código Civil de 2002 apenas repetiria a redação do texto constitucional, sem fazer referência à união homoafetiva, a revelar a dupla omissão, o que afastaria do âmbito de incidência da norma a união de pessoas de sexo igual.

Essa é a opinião que pode ser pinçada das decisões judiciais anexadas ao processo, compartilhada por Álvaro Villaça Azevedo (“União entre pessoas do mesmo sexo”, *Direito de família e sucessões*, 2008, p. 17). Na mesma linha, a manifestação da Associação Eduardo Banks, admitida como amiga da Corte neste processo.

Daí a dificuldade hermenêutica: seria possível incluir nesse regime uma situação que não foi originalmente prevista pelo legislador ao estabelecer a premissa para a consequência jurídica? Não haveria transbordamento dos limites da atividade

Fantástico, nas revistas e nos jornais. O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e pede que se coloque no § 3º dois artigos: ‘Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’. Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembleia, mas, para se evitar toda e qualquer malévolos interpretação deste austero texto constitucional, recomendo a V. Exa. que me permita aprovar pelo menos uma emenda.

O SR. CONSTITUINTE ROBERTO FREIRE: - Isso é coação moral irresistível.

O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): - Concedo a palavra ao relator.

O SR. CONSTITUINTE GERSON PERES: - A Inglaterra já casa homem com homem há muito tempo.

O SR. RELATOR (BERNARDO CABRAL): - Sr. Presidente, estou de acordo.

O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): - Todos os que estiverem de acordo permaneçam como estão. (Pausa). Aprovada (Palmas).”

jurisdicional? A resposta à última questão, adiante, é desenganadamente negativa”¹⁹⁹.

O Ministro, assim, extraiu do “núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana a obrigação de reconhecimento das uniões homoafetivas”²⁰⁰.

Segundo ele, “inexiste vedação constitucional à aplicação do regime da união estável a essas uniões, não se podendo vislumbrar silêncio eloquente em virtude da redação do § 3º do artigo 226. Há, isso sim, a obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais. Nesse contexto, a literalidade do artigo 1.723 do Código Civil está muito aquém do que consagrado pela Carta de 1988. Não retrata fielmente o propósito constitucional de reconhecer direitos a grupos minoritários.”²⁰¹

Dessa forma, fica evidente que a decisão do STF, no julgamento da ADPF n. 132, em muito se assemelha às decisões tomadas pelos juízes da *common law* em David Strauss.

Como destacado, a virtude do critério da *common law* é justamente não tratar uma questão complexa, como a relativa ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, como um caso simples e reconhecer a sua dificuldade, de forma a assegurar um intenso debate sobre os termos da decisão.

Além disso, abordam-se argumentos sobre justiça, boas políticas, a razão pela qual um resultado faz mais sentido do que outro, porque uma conclusão diversa seria danosa para algum importante interesse social.

¹⁹⁹ Trecho do voto do Min. Ricardo Lewandowski. STF, ADPF 132, Relator(a): Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe 13-10-2011.

²⁰⁰ Idem.

²⁰¹ Idem.

Se houvesse uma fidelidade sagrada ao texto, dificilmente o STF poderia ter reconhecido a aplicabilidade das regras relativas à união estável para as relações homoafetivas.

Essa era, inclusive, a orientação até então predominante nos Tribunais. O STJ, por exemplo, tem precedente que assenta que, por conta da literalidade do art. 1º da Lei 9.278/1996²⁰², “a primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos.” Daí porque se concluiu que “a união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações”²⁰³.

Porém, na ADPF n. 132, o Supremo Tribunal Federal levou em consideração princípios como igualdade, não discriminação, dignidade, liberdade de orientação sexual, entre outras, para tomar a decisão, ou seja, típicas razões de ordem social e moral.

Cabe notar que a orientação do STF tampouco foi isolada no contexto cultural da sociedade brasileira.

É certo que, a sociedade brasileira, ressalvados os segmentos evangélico e católico mais ortodoxo, apresenta uma visão mais aberta e não discriminatória em relação aos homossexuais, se comparável ao que se verificava em 1988. Basta dizer que 52% das mulheres brasileiras apoiaram a

²⁰² Lei n. 9.278/1996. Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

²⁰³ Cf. STJ, REsp 502.995/RN, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 26/04/2005, DJ 16/05/2005.

decisão do STF²⁰⁴. Além disso, várias cidades já organizam formalmente as chamadas “paradas gays”. Órgãos estatais já autorizam a inclusão do parceiro homossexual como dependente de plano de saúde²⁰⁵. Vários parlamentares com opção declaradamente homossexual foram eleitos para as mais diversas Casas Legislativas.

Ademais, algumas decisões judiciais já reconheciam efeitos jurídicos a uniões homoafetivas. A título de exemplo, vale citar o julgamento do Recurso Especial Eleitoral nº 24.564, em 1 de outubro de 2004, mediante o qual o Tribunal Superior Eleitoral definiu que a candidata a prefeita de Viseu, Pará, que teria uma relação homoafetiva com a prefeita já reeleita, era inelegível da mesma forma que o seria um cônjuge, conforme previsão do § 7º do artigo 14 da Constituição Federal²⁰⁶.

Da mesma maneira, a Sexta Turma do STJ, em sessão realizada em 13 de dezembro de 2005, apreciando o Recurso Especial n. 395.904/RS, a partir de uma interpretação do § 3º do art. 16 da Lei n. 8.213/91, assegurou a um homossexual a concessão do benefício de pensão por morte, em virtude do falecimento do seu companheiro²⁰⁷.

Assim, o que foi decidido na ADPF n. 132 pelo STF não pode ser considerado um entendimento isolado, mas um passo final numa linha de desenvolvimento da *common law* sobre o tema. A Corte foi influenciada pela visão acerca da discriminação sofrida pelos homossexuais, exclusivamente por

²⁰⁴ Dados divulgados em pesquisa do Ibope. http://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2011/07/28/interna_nacional,242047/uniao-civil-gay-contraria-55-dos-brasileiros-diz-ibope.shtml. Acessado em 14.2.2012.

²⁰⁵ Notícia veiculada no site informa que a Petrobrás, desde 2007, já admitia a inclusão de parceiros homossexuais no plano de saúde da empresa. <http://infonet.com.br/noticias/ler.asp?id=62340&titulo=saude>. Acessado em 14.2.2012.

²⁰⁶ Cf. TSE, Respe nº 24564, Acórdão nº 24564 de 01/10/2004, Rel. Min. Gilmar Mendes, Publicado em Sessão em 01/10/2004 RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, Volume 17, Tomo 1, Página 234.

²⁰⁷ STJ, REsp 395904/RS, Rel. Ministro Hélio Quaglia, Sexta Turma, julgado em 13/12/2005, DJ 06/02/2006.

conta de sua opção sexual, e optou por considerá-la *per se* inconstitucional, o que não ocorrera nos julgados prévios, a despeito do reconhecimento, caso a caso, de direitos e deveres que equiparavam a união dos homossexuais a uma união estável entre pessoas de diferentes sexos.

Dessa forma, ao assim proceder, o STF agiu como um Tribunal responsável pela evolução da interpretação de um determinado texto, tal qual se age na *common law*, interpretando uma *living constitution*²⁰⁸. O quadro é similar ao que ocorreu com a Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Brown v. Board of Education*.

É certo que várias críticas surgiram no sentido de que a decisão de equiparar a união homossexual a uma união estável entre pessoas de diferentes sexos deveria ter emanado não de um pronunciamento do STF, mas de uma emenda à Constituição Federal.

A Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, por exemplo, durante a 49ª Assembleia Geral da instituição, emitiu nota oficial defendendo que o assunto deveria ter sido discutido pelo Congresso Nacional²⁰⁹.

²⁰⁸ *Idem*.

²⁰⁹ Eis a íntegra da nota da CNBB:

“Nós, Bispos do Brasil em Assembleia Geral, nos dias 4 a 13 de maio, reunidos na casa da nossa Mãe, Nossa Senhora Aparecida, dirigimo-nos a todos os fiéis e pessoas de boa vontade para reafirmar o princípio da instituição familiar e esclarecer a respeito da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Saudamos todas as famílias do nosso País e as encorajamos a viver fiel e alegremente a sua missão. Tão grande é a importância da família, que toda a sociedade tem nela a sua base vital. Por isso é possível fazer do mundo uma grande família.

A diferença sexual é originária e não mero produto de uma opção cultural. O matrimônio natural entre o homem e a mulher bem como a família monogâmica constituem um princípio fundamental do Direito Natural. As Sagradas Escrituras, por sua vez, revelam que Deus criou o homem e a mulher à sua imagem e semelhança e os destinou a ser uma só carne (cf. Gn 1,27; 2,24). Assim, a família é o âmbito adequado para a plena realização humana, o desenvolvimento das diversas gerações e constitui o maior bem das pessoas.

As pessoas que sentem atração sexual exclusiva ou predominante pelo mesmo sexo são merecedoras de respeito e consideração. Repudiamos todo tipo de discriminação

Nesse ponto, entretanto, vale lembrar a lição de Strauss de que não é realístico imaginar que todas as mudanças de interpretação constitucional ocorrem via alterações no texto constitucional, por meio de emendas. Várias das transformações se deram fundamentalmente na compreensão, pelos seus intérpretes, do conteúdo do texto escrito.

E, apesar de a sociedade já apresentar uma visão menos discriminatória em relação ao homossexualismo, é incontroverso que o reconhecimento da união homoafetiva é um tema polêmico. Entre os homens, por exemplo, 63% se manifestaram contra a decisão do STF²¹⁰.

e violência que fere sua dignidade de pessoa humana (cf. Catecismo da Igreja Católica, n. 2357-2358).

As uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo recebem agora em nosso País reconhecimento do Estado. Tais uniões não podem ser equiparadas à família, que se fundamenta no consentimento matrimonial, na complementaridade e na reciprocidade entre um homem e uma mulher, abertos à procriação e educação dos filhos. Equiparar as uniões entre pessoas do mesmo sexo à família descaracteriza a sua identidade e ameaça a estabilidade da mesma. É um fato real que a família é um recurso humano e social incomparável, além de ser também uma grande benfeitora da humanidade. Ela favorece a integração de todas as gerações, dá amparo aos doentes e idosos, socorre os desempregados e pessoas portadoras de deficiência. Portanto têm o direito de ser valorizada e protegida pelo Estado.

É atribuição do Congresso Nacional propor e votar leis, cabendo ao governo garanti-las. Preocupa-nos ver os poderes constituídos ultrapassarem os limites de sua competência, como aconteceu com a recente decisão do Supremo Tribunal Federal. Não é a primeira vez que no Brasil acontecem conflitos dessa natureza que comprometem a ética na política.

A instituição familiar corresponde ao desígnio de Deus e é tão fundamental para a pessoa que o Senhor elevou o Matrimônio à dignidade de Sacramento. Assim, motivados pelo Documento de Aparecida, propomo-nos a renovar o nosso empenho por uma Pastoral Familiar intensa e vigorosa.

Jesus Cristo Ressuscitado, fonte de Vida e Senhor da história, que nasceu, cresceu e viveu na Sagrada Família de Nazaré, pela intercessão da Virgem Maria e de São José, seu esposo, ilumine o povo brasileiro e seus governantes no compromisso pela promoção e defesa da família.

Aparecida (SP), 11 de maio de 2011.”

<http://www.estadao.com.br/noticias/vidae,cnbb-diz-em-nota-que-nao-reconhece-decisao-do-stf-sobre-uniao-homoafetiva,717831,0.htm>. Acessado em 16.2.2012.

²¹⁰ Vide nota 147.

Como destaca Jorge Vianna Monteiro, na obra “Como funciona o governo – escolhas públicas na democracia representativa”, nestes casos, “a ‘judicialização’ ou ‘constitucionalização’ de um polêmico tema de política torna-se uma estratégia para redistribuir a pressão que os eleitores, e a opinião pública em geral, venham a exercer sobre o Legislativo e o Executivo”²¹¹.

Consoante as palavras de Dieter Grimm, ex-membro do Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha, “as cortes não estão, por óbvio, acima das críticas por parte do público, mas não se sujeitam a eleições, elas estão muito mais protegidas contra o protesto público do que os atores políticos”²¹².

Assim, até mesmo no momento de reflexão sobre a decisão, compete ao STF avaliar as possíveis dificuldades de uma alteração via emenda constitucional, quanto a um tema de grande polêmica, de forma a tomar uma decisão mais justa e que resguarde a sua essencial função contra majoritária.

Afinal, nas palavras do *Justice* Stephen Breyer, o poder de declarar a inconstitucionalidade de leis é necessário, sobretudo para proteger minorias impopulares²¹³.

Deve-se destacar que a ADPF n. 132 foi proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, ou seja, um típico agente político, que poderia ter incentivado a bancada de representantes federais do seu Estado a tentar aprovar, no Congresso Nacional, uma emenda à Constituição.

Além disso, os agentes políticos sabem que o STF exerce o que em inglês se denomina *mandatory jurisdiction*. Isto porque, nos casos de

²¹¹ MONTEIRO, Jorge Vianna. *Como funciona o governo – escolhas públicas na democracia representativa*. São Paulo: FGV Editora. 2007. p. 97.

²¹² GRIMM, Dieter. *Jurisdição Constitucional e Democracia*. Revista de Direito do Estado. Ano 1. nº 4. out/dez 2006. p. 20.

²¹³ BREYER, Stephen. op. cit. p. 10.

controle concentrado, uma vez proposta a ação, não se admite a desistência²¹⁴.

Logo, essas questões empíricas, relacionadas ao funcionamento dos Poderes, a necessidade de proteção de minorias, até mesmo a eventual adoção de uma postura de *self-restraint*, devem também integrar a pauta de preocupações da Corte, antes de definir um tema controvertido.

Quanto a esses aspectos, o julgamento da ADPF n. 132 remete ao controvertido caso *Roe v. Wade*, supramencionado, em que a Suprema Corte Americana reconheceu o direito da mulher ao aborto. A Corte pátria também reconhece a complexidade do tema e toma a decisão que lhe parece mais justa e razoável, optando não aguardar uma decisão do Poder Legislativo pois sabe que, por se tratar de um tema controvertido, talvez jamais virá. Segue, assim, a determinação feita pelo *Chief Justice* John Marshall, em *McCulloch v. Maryland*: “não podemos nunca esquecer que é uma Constituição que estamos interpretando”²¹⁵.

3.2.2. O julgamento do Recurso Extraordinário n. 397.762/BA

Contrariamente ao que ocorreu no julgamento da ADPF n. 132, na apreciação do Recurso Extraordinário n. 397.762/BA²¹⁶, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal adotou uma interpretação estritamente legal para refutar a pretensão de uma concubina, que vivera durante trinta e sete anos uma relação poligâmica com um servidor público baiano, de dividir a pensão com a verdadeira esposa.

No caso, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia concluíra que, “na inteligência da regra do art. 226, parágrafo 3º, da Constituição, tem a

²¹⁴ Artigo 5º da Lei n. 9.868/1999.

²¹⁵ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819).

²¹⁶ STF - RE 397762, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 3.6.2008, DJe 11.9.2008.

companheira direito à pensão, uma vez demonstrada a união estável, ainda que trate de união paralela com a de um casamento em vigor”.

O Ministro Marco Aurélio, autor do voto condutor, destacou que “sob o ângulo da busca a qualquer preço da almejada justiça, sob o ângulo estreitamente leigo, não merece crítica o raciocínio desenvolvido”²¹⁷.

Segundo o magistrado, porém, “a atuação do Judiciário é vinculada ao Direito posto. Surgem óbices do que decidido, a partir da Carta Federal. Realmente, para ter-se configurada a união estável, não há a imposição da monogamia, muito embora ela seja aconselhável, objetivando a paz entre o casal”²¹⁸. Lembrou que, à época do início da relação das partes, a conduta caracterizava o crime de adultério.

Logo, frisou que a relação era captada pelo art. 1.727 do Código Civil, que disciplina o concubinato, eis que o falecido era casado, portanto tinha um impedimento para contrair novo matrimônio. E, na dicção do dispositivo, “o concubinato não se iguala à união estável referida no texto constitucional, no que acaba fazendo as vezes, em termos de consequências, do casamento”²¹⁹.

Como critério hermenêutico de decisão, conclamou: “abandonem a tentação de implementar o que poderia ser tida como uma justiça salomônica, porquanto a segurança jurídica pressupõe o respeito às balizas legais, a obediência irrestrita às balizas constitucionais”²²⁰.

No mesmo sentido, procedeu o então Ministro Menezes Direito:

“[...] pelo menos na minha compreensão, sob nenhum ângulo é possível configurar a existência de um matrimônio em curso.

²¹⁷ Idem.

²¹⁸ Idem.

²¹⁹ Idem.

²²⁰ Idem.

Por quê? Porque essa existência concomitante é absolutamente vedada pelo Direito positivo brasileiro. O que se está interpretando é a Constituição nos termos que ela determinou que o direito positivo assim fizesse. E o Direito positivo, seguindo o próprio comando constitucional, determinou os balizamentos pelos quais seria possível haver o reconhecimento da união estável. E, certamente, um desses balizamentos não foi obedecido, que é a ausência de impedimento para a realização do casamento, no caso, a manutenção do casamento contraído, sem a existência de separação de fato.”²²¹

Já o Ministro Carlos Britto, que ficou vencido no julgamento, defendeu que “o hermeneuta não tem como fugir do imperativo de que ao capítulo constitucional em causa (família) é de ser conferido o máximo de congruente unidade”²²².

E assentou que “à luz do Direito Constitucional brasileiro o que importa é a formação em si de um novo e duradouro núcleo doméstico. A concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isto é família, pouco importando se um dos parceiros mantém uma concomitante relação sentimental a dois”²²³.

Pela síntese de ambos os votos e mediante uma comparação com o que decidido na ADPF n. 132, percebe-se que não foi o texto constitucional, mas argumentos de ordem moral, social e política, que definiram o tema.

O Ministro Marco Aurélio deixou expressa a sua rejeição a uma relação poligâmica, ao consignar que a monogamia era aconselhável, objetivando a paz entre o casal. Não parece ter levado em conta um elemento da realidade dos fatos, o de que os três sujeitos da relação provavelmente

²²¹ Trecho do voto do Min. Menezes Direito. Idem.

²²² Trecho do voto do Min. Carlos Britto. Idem.

²²³ Idem.

viviam em paz, já que a relação paralela perdurou por trinta e sete anos e deu fruto a nove filhos.

Assim, idealizou uma solução, a partir da legislação infraconstitucional, que visualizou a mais compatível com o seu senso de justiça e com a sua formação humanística, que reflete no seu conceito de sociedade.

É certo que, se levarmos em consideração a hermenêutica adotada pelo STF na ADPF n. 132 e pelo voto vencido do Ministro Carlos Britto, não haveria qualquer incompatibilidade em manter a decisão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. A decisão, ainda que se afastasse da literalidade do texto constitucional, seria compatível com a ideia de uma *living constitution*.

Vale notar que vários países, que protegem os direitos humanos, como a África do Sul²²⁴, Malásia²²⁵ e Singapura²²⁶, autorizam a poligamia. O Presidente sul-africano Jacob Zuma, por exemplo, é atualmente casado com três mulheres. Mesmo no Reino Unido, que não autoriza a poligamia, já se reconhecem alguns direitos previdenciários a imigrantes de países que autorizam a prática²²⁷.

O problema notório é que a atual percepção social para a família poligâmica é claramente diversa, se comparada à união estável entre homossexuais. A situação fática parece ser extravagante na realidade brasileira. Isso foi destacado nos debates pelo Ministro Menezes Direito e pelo

²²⁴ Cf. <http://news.bbc.co.uk/2/hi/8037900.stm>. Acessado em 16.2.2012.

²²⁵ Cf. <http://www.thenutgraph.com/the-impact-of-polygamy-in-malaysia/>. Acessado em 16.2.2012.

²²⁶ Cf. <http://www.law.emory.edu/ifl/legal/singapore.htm>. Acessado em 16.2.2012.

²²⁷ Cf. <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2037998/UK-immigration-Polygamy-welfare-benefits-insidious-silence.html>. Acessado em 16.2.2012.

Ministro Marco Aurélio e serviu como um dos elementos de formação da convicção da maioria:

“O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Nesse sentido de que é possível sim que se dê uma interpretação ampliada, como Vossa Excelência fez com todo o brilho que nós conhecemos. É só que a preocupação que existe, pelo menos na minha perspectiva, não é na sua perspectiva, é que a interpretação do § 3º do artigo 226, se não forem levados em consideração esses balizamentos legais com relação à existência do matrimônio, nós poderíamos abrir ensanchas a uma multiplicidade de reconhecimentos de uniões que não seriam absolutamente estáveis, porque seriam múltiplas.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – E daqui a pouco valerá mais a pena ter uma relação gerando o concubinato do que o casamento.”²²⁸

Cumpra novamente lembrar que, nas palavras de Lawrence Tribe, professor de Harvard, “as nossas escolhas modelam o que os nossos interesses e valores são, pela formação de quem e do quê nós nos tornaremos”²²⁹.

O critério da *common law constitution* guarda essa compreensão. Como antes salientado, quando não existem julgamentos prévios, ou quando a jurisprudência é incerta ou ambígua, a decisão conterà argumentos sobre justiça e boas políticas. Analisará porque um resultado faz mais sentido do que outro; porque uma conclusão diversa seria danosa para algum importante interesse social.

Não restam dúvidas de que a aplicação do sentido estrito das expressões mencionadas pela Constituição, no caso, adotada pelo Ministro Marco Aurélio e acatada pela maioria dos Ministros, não significou apenas a

²²⁸ STF - RE 397762, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 03.6.2008, DJe 11.9.2008.

²²⁹ TRIBE, Lawrence. op. cit. p. 156.

aplicação de um critério afirmado como obrigatório de interpretação da Carta. Revelou também uma escolha plenamente aceitável entre possíveis interpretações, escolha essa baseada na formação humanística e nas percepções do modelo familiar que a maioria da Primeira Corte compreendeu mais adequado para a sociedade brasileira.

Pela leitura dos debates, fica claro que a decisão foi definida a partir das teorias morais predominantes e, até mesmo, dos preconceitos que os magistrados compartilham sobre a poligamia, e não simplesmente mediante o silogismo na determinação das regras e normas.

Esse é o modelo da *living constitution*, na acepção de David Strauss.

Por outro lado, não há dúvidas de que o voto vencido do Ministro Carlos Britto teve um importante propósito no aprimoramento dos debates e poderá, eventualmente, vir a prevalecer no futuro.

Como destacado por David Strauss, situação similar ocorreu com os votos vencidos dos *Justices* Oliver Holmes Jr. e Louis Brandeis, que serviram de inspiração para que, anos mais tarde, os juízes viessem a lapidar a doutrina da Primeira Emenda concernente à proteção das palavras de oposição política.

A tese defendida pelo Ministro Britto, se analisada sob a óptica da justiça ao caso concreto, pode ser considerada plenamente razoável e justa, uma vez que, na ação que deu ensejo ao Recurso Extraordinário n. 397.762/BA, a concubina intencionava assegurar que o seu sustento prosseguisse sendo feito com recursos do falecido – antes com doações do falecido e, a partir da morte, com a divisão da pensão – o que provavelmente ocorrera durante mais de trinta anos de sua vida.

Cabe mencionar, inclusive, que existem precedentes do STJ que reconhecem o direito à pensão à concubina, embora não seja a tese atualmente prevalecente²³⁰. Além disso, antes da Carta de 1988, havia discriminação em relação aos filhos havidos fora do casamento, os quais, por força da Lei n. 883/1949, eram denominados “filhos ilegítimos”.

E, por fim, convém registrar que o STF, no Agravo no Recurso Extraordinário n. 656298, da relatoria do Min. Carlos Britto, reconheceu a repercussão geral na questão constitucional alusiva à possibilidade de reconhecimento jurídico de uniões estáveis concomitantes -- sendo uma delas de natureza homoafetiva e outra, de natureza heteroafetiva --, com o consequente rateio de pensão por morte. Assim, o tema será novamente apreciado pela Corte, desta vez em sua composição plena.

3.2.3. O julgamento do Habeas Corpus n. 73.662/MG

Outro precedente em que o STF se afastou da literalidade do texto legal ocorreu no julgamento do HC n. 73.662/MG pela Segunda Turma.

No caso, um acusado de crime de estupro, por manter relações sexuais com mulher com doze anos de idade, sustentou não ter sido caracterizado o ilícito, já que a vítima se passara por pessoa com idade superior à real, quer sob o aspecto físico, quer sob o aspecto moral.

No depoimento prestado em juízo, a vítima afirmara haver mantido relações sexuais espontaneamente e que assim o fizera com outros garotos.

²³⁰ Cf. STJ - REsp 303604/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., Quarta Turma, julgado em 20.3.2003, DJ 23.6.2003, p. 374.

Embora, a antiga redação do art. 224 do Código Penal²³¹ previsse que se a vítima não é maior de catorze anos a violência era presumida, para o Ministro Marco Aurélio, no caso, esta presunção deveria ceder à realidade.

O magistrado destacou que não havia “como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas”²³².

Segundo ele, “os meios de comunicação de um modo geral e, particularmente, a televisão, são responsáveis pela divulgação maciça de informações, não as selecionando sequer de acordo com medianos e saudáveis critérios que pudessem atender às menores exigências de uma sociedade marcada pelas dessemelhanças”²³³.

Salientou, assim, “que, sendo irrestrito o acesso à mídia, não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer, com assuntos concernentes à sexualidade, tudo de uma forma espontânea, quase natural”²³⁴.

Marco Aurélio advertiu que “tanto não se diria nos idos dos anos 40, época em que exsurgia, glorioso e como símbolo da modernidade e liberalismo, o nosso vetusto e ainda vigente Código Penal. Àquela altura, uma pessoa que contasse doze anos de idade era de fato considerada criança”²³⁵.

Assim, explicou o critério hermenêutico que estava a aplicar:

²³¹ Atualmente, a previsão consta do art. 217-A do Código Penal, com a seguinte redação: “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.”

²³² Cf. STF - HC 73662, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 21.5.1996, DJ 20.9.1996.

²³³ Idem.

²³⁴ Idem.

²³⁵ Idem.

“Alfim, cabe uma pergunta que, de tão óbvia, transparece à primeira vista como que desnecessária, conquanto ainda não devidamente respondida: a sociedade envelhece; as leis não?

Ora, enrijecida a legislação – que, ao invés de obnubilar a evolução dos costumes, deveria acompanhá-la, dessa forma protegendo-a – cabe ao intérprete da lei o papel de arrefecer tanta austeridade, flexibilizando, sob o ângulo literal, o texto normativo, tornando-o, destarte, adequado e oportuno, sem o que o argumento da segurança transmuda-se em sofisma e servirá, ao reverso, ao despotismo inexorável dos arquiconservadores de plantão, nunca a uma sociedade que se quer global, ágil e avançada – tecnológica, social e espiritualmente.”²³⁶

Desta feita, embora este precedente não envolva uma interpretação de um dispositivo constitucional, mas de um artigo do Código Penal, fica evidente a preocupação do Ministro Marco Aurélio com a evolução da aplicação da norma, que deve se adaptar com as mudanças sociais, dos costumes. Uma aplicação rígida do texto legal, no caso, a seu ver, levaria a uma severa injustiça.

A interpretação efetivada pelo magistrado, assim, é equivalente à que se procede no critério da *common law*. A *living constitution*, como acima destacado, é justamente uma constituição que evolui, que se altera com o tempo e se adapta a novas circunstâncias, sem que necessariamente tenha sido formalmente emendada²³⁷.

Contudo, fica também claro que uma interpretação nos moldes da *living constitution* é sujeita a manipulações, uma vez que é flexível. Assim, um preceito normativo cuja incidência parecia inequívoca, como a antiga redação do art. 224 do Código Penal, passa a não ter um conteúdo fixo, senão o que o intérprete lhe atribuir.

Para Susanna Pozzolo, professora da Universidade de Brescia, isso “[ajuda] a evidenciar a importância dos aspectos pragmáticos e peculiares do direito, aspectos que [considera] podem representar uma via interessante

²³⁶ Idem.

²³⁷ Idem.

para a explicação de uma série de problemas, entre os quais a coerência de uma tese que acolha a *global indeterminacy* e defenda ao mesmo tempo o ideal de Estado de Direito²³⁸.

Confira-se a lição da autora italiana:

“A atenção que o ponto de vista moderadamente *realista* reserva à jurisdição e ao seu crescente papel no âmbito dos ordenamentos ocidentais encontra uma das suas origens mais importantes no destaque de que o direito não é uma linguagem que se ‘administra sozinha’.

Não me parece que se possa negar que o direito não é uma linguagem que se “administra sozinha”, ao contrário, esse funciona na medida em que existem sujeitos dotados de autoridade interpretativa. Nas nossas sociedades, de fato, o direito desenvolve a função de fornecer uma linguagem prescritiva configurada de modo a ser capaz de funcionar e intervir certamente não nos casos claros (em que se poderia arriscar a sustentar que já se é passado a uma administração espontânea devido ao estabelecimento do significado, ainda que sempre sujeito à revisão), mas justamente nos casos em que *não* existe acordo, não existe uma técnica, uma decisão que de fato coloque tudo de acordo, como diante de um sinal de “pare”. O direito é um instrumento pensado para intervir ali onde a medida do conflito é tanta que supera o interesse em entender-se, e, por essa razão, não pode ser determinado. Nesses casos, o direito, que obtém “credibilidade” por meio de sua constante e cotidiana intervenção na vida social, tem autoridade (que lhe é reconhecida pela sociedade) e pode impor um árbitro²³⁹.

Vale, por fim, lembrar as palavras do *Justice* Oliver Holmes Jr., destacadas no início do presente trabalho:

“A vida do direito não tem sido lógica; tem sido experiência. A percepção das necessidades da época, as teorias morais e políticas predominantes, instituições de políticas públicas, reconhecidas ou inconscientes, mesmo os preconceitos que os juízes compartilham com seus semelhantes, têm tido bem mais a ver do que o silogismo na determinação das regras e normas pelas quais os homens deveriam ser governados²⁴⁰.

²³⁸ POZZOLO. op. cit. p. 164.

²³⁹ Idem. p. 164-165.

²⁴⁰ HOLMES JR. op. cit. p. 1.

3.3. Humildade

Outra ideologia dominante desde a fundação da *common law*, como acima destacado, é a humildade sobre o poder de “deduzir razões” do indivíduo. Para se conhecer a lei, deve-se saber o que ela foi, porque existe daquela maneira, e o que tende a se tornar²⁴¹.

Strauss defende ser negativo que uma pessoa tente solucionar isoladamente um determinado problema, sem conhecer como a sabedoria coletiva teria tentado resolver o conflito. Por essa razão, aduz que os precedentes devem ser seguidos, sobretudo aqueles que refletem a jurisprudência consolidada há tempos²⁴².

Com efeito, talvez o aspecto da humildade sobre o poder de “deduzir razões” seja um dos maiores problemas do nosso Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade.

Como destaca Luís Roberto Barroso, “as leis e os atos normativos, como atos do Poder Público em geral, desfrutam de presunção de validade. Isso porque, idealmente, sua atuação se funda na legitimidade democrática dos agentes públicos eleitos, no dever de promoção do interesse público e no respeito aos princípios constitucionais, inclusive e, sobretudo, os que regem a Administração Pública”²⁴³.

Contudo, adverte o autor que, naturalmente, se trata de “presunção *iuris tantum*, que admite prova em contrário. O ônus de tal

²⁴¹ Idem. Ibidem.

²⁴² STRAUSS, David A. op. cit. p. 41.

²⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Saraiva: São Paulo. 2010. p. 300.

demonstração, no entanto, recai sobre quem alega a invalidade, ou, no caso, a inconstitucionalidade”²⁴⁴.

A necessidade de deferência para com a interpretação levada a efeito pelos outros dois ramos do governo, em nome da independência e harmonia entre os Poderes também é destacada pelo autor:

“Em um Estado constitucional de direito, os três Poderes interpretam a Constituição. De fato, a atividade legislativa destina-se, em última análise, a assegurar os valores e a promover os fins constitucionais. A atividade administrativa, por sua vez, tanto normativa como concretizadora, igualmente se subordina à Constituição e destina-se a efetivá-la. O Poder Judiciário, portanto, não é o único intérprete da Constituição, embora o sistema lhe reserve a primazia de dar a palavra final. Por isso mesmo, deve ter uma atitude de deferência para com a interpretação levada a efeito pelos outros dois ramos do governo, em nome da independência e harmonia dos Poderes”²⁴⁵.

Barroso, assim, conclui que “a presunção de constitucionalidade, portanto, é uma decorrência do princípio da separação dos Poderes e funciona como fator de autolimitação da atuação judicial”²⁴⁶.

Cabe destacar, também, que a posição de deferência que devem ter os Tribunais em relação à constitucionalidade de leis e atos normativos não deve decorrer simplesmente em razão do argumento principiológico relacionado com a separação dos poderes.

A grande questão que envolve a posição de humildade dos juízes da *common law* é, nas palavras do *Justice* Stephen Breyer, a noção de que a expertise comparada é útil, sobretudo na revisão de decisões administrativas²⁴⁷.

²⁴⁴ Idem. Ibidem.

²⁴⁵ Idem. Ibidem.

²⁴⁶ Idem. Ibidem.

²⁴⁷ BREYER, Stephen. op. cit. p. 110.

Segundo Breyer, “os Tribunais se perguntam qual instituição, órgão do Poder Judiciário, ou agência é comparativamente mais preparada para compreender as questões críticas que sustentam um particular tipo de questão legal, extensivamente expressa”²⁴⁸.

O *Justice* afirma que “os Tribunais tendem a ter uma maior experiência com procedimentos, noções de justiça fundamentais aos indivíduos, e na interpretação Constitucional. Então, quando questões dessa natureza estiverem sob exame, os tribunais estarão menos propensos a atribuírem deferência para as decisões administrativas”²⁴⁹.

Destaca, entretanto, que “as agências, tendem a ter uma maior experiência com as questões fáticas e de política pública relacionadas com a sua missão administrativa. Logo, os Tribunais tendem a atribuir maior deferência quando as decisões forem sobre essas questões”²⁵⁰.

Talvez por conta do reconhecimento de que em certas áreas os órgãos do Executivo tenham maior *expertise* e em outras o Judiciário se enxergue como mais adequado para solucionar os conflitos, é que nos Estados Unidos nem toda a lei nasce com presunção de constitucionalidade.

De acordo com a jurisprudência da Suprema Corte daquele país, existem três critérios de revisão que são aplicados no controle de constitucionalidade das leis.

Sintetizando o tema, quando uma lei ou ato governamental afetar a igual proteção das leis (*equal protection clause*), será aplicado um critério de escrutínio estrito (*strict scrutiny*). Assim, uma lei com esse efeito será declarada

²⁴⁸ *Idem.*

²⁴⁹ *Idem.*

²⁵⁰ BREYER, Stephen. op. cit. p. 111.

inconstitucional, salvo se o Governo comprovar que a medida é necessária para alcançar um interesse governamental imprescindível²⁵¹. E, por medida necessária, entende-se que não há um meio menos restritivo disponível.

Por outro lado, um teste de existência de uma “base racional” é aplicado em classificações envolvendo questões econômicas, de previdência social e de regulação de negócios²⁵². Neste caso, ônus da prova cabe a quem argui a inconstitucionalidade da lei, devendo ser provado que a medida impugnada não é racionalmente relacionada com qualquer legítimo interesse. Deve-se demonstrar que a lei é arbitrária ou irracional.

Como a Suprema Corte assentou em *Sullivan v. Strop*, de acordo com este teste, a lei será constitucional “se os fatos apresentados forem razoavelmente concebidos a justificar a medida”²⁵³.

Há, ainda, um terceiro critério de escrutínio, denominado de “nível médio” ou intermediário. Neste caso, o objetivo governamental deverá ser importante – e não imprescindível – e os métodos empregados pela norma legal deverão ser substancialmente relacionados com as finalidades almejadas²⁵⁴.

O tema é bastante complexo e não será objeto de maior abordagem no presente capítulo.

O que se deseja chamar a atenção é que em quaisquer dos testes aplicados, a Suprema Corte emprega uma análise dos argumentos governamentais os quais motivaram a determinada medida, que afeta a algum interesse da sociedade. Mediante tal análise e a depender da relevância do

²⁵¹ BURNHAM, William. op. cit. p. 345.

²⁵² Idem. Ibidem.

²⁵³ *Sullivan v. Strop*, 496 U.S. 478 (1990).

²⁵⁴ BURNHAM, William. op. cit. p. 347.

interesse protegido, a densidade da prova exigida para o reconhecimento da constitucionalidade da lei aumentará.

E, em temas que os juízes reconhecem que os órgãos do executivo têm uma maior experiência com as questões fáticas e de política pública relacionadas com a sua missão administrativa, o critério de revisão aplicado será mais flexível.

Faz-se presente, assim, uma conduta de humildade do Poder Judiciário de conhecer as razões pelas quais determinada ação governamental ou legislação foi implementada.

Mesmo nos casos de escrutínio estrito, em que a jurisprudência exige a comprovação de que um interesse imprescindível, obrigatório, deve ser atendido com a medida que afeta os direitos fundamentais, sob pena de inconstitucionalidade, há a humildade de se reconhecer que, de fato, esse interesse pode existir e que ao Governo deve ser dada a chance de evidenciá-lo, estando o ônus da prova previamente fixado.

Além disso, nos Estados Unidos, há uma doutrina sedimentada em precedentes da Suprema Corte, em que se reconhece que algumas matérias, por envolverem questões políticas – e não questões legais –, não devem ser solucionadas pelo Judiciário²⁵⁵.

Tal doutrina já fora identificada pelo *Chief Justice* John Marshall, na *opinion* de *Marbury v. Madison*, em que ficou assentado: “[o] papel das Cortes é, somente, decidir sobre os direitos de indivíduos [...]. Questões em sua natureza política [...] não devem ser solucionadas pela Suprema Corte”²⁵⁶.

²⁵⁵ *Idem.* p. 323.

²⁵⁶ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 168 (1803).

Contudo, segundo Willian Burnham, “não é clara qual é a distinção exata entre uma questão política não judicializável e uma questão legal”²⁵⁷.

Rui Barbosa já assentara que a ingerência do judiciário em determinados temas “muitas vezes, não consiste senão em transformar, pelo aspecto com que se apresenta o caso, uma questão política em questão judicial”²⁵⁸.

Contudo, segundo a opinião de Joel B. Grossman e T. J. Donahue, “embora as Cortes possam exercer a jurisdição em casos envolvendo essas questões, usualmente elas escolhem não decidi-las, preferindo deixar a resolução para os Poderes ‘políticos’”²⁵⁹.

Os critérios para identificação de questões políticas foram definidos pela Suprema Corte em *Baker v. Carr*²⁶⁰, decidido em 1962. Para efeitos do presente trabalho, vale citar que são fatores para concluir que não se está diante de uma questão judicializável, o debate de assuntos que: (a) estejam confiadas textualmente para um departamento político de governo; (b) versarem temas nos quais haja uma falta de critérios jurídicos distinguíveis e manejáveis para resolução; (c) tratem de assuntos nos quais seja impossível decidir sem uma determinação política inicial do tipo que claramente não se aplica a discricção não judicial.

Também se entende que provavelmente se está diante de uma questão política quando (d) seja impossível para as Cortes solucionarem o tema sem demonstrarem falta de respeito aos demais Poderes; (e) haja ma

²⁵⁷ Idem. Ibidem.

²⁵⁸ BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1933, v. 4, p. 41. Também citado por PAIVA, Paulo. *QUESTÃO POLÍTICA PURA?*. IDP: Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 4, 2010/2011. p. 5.

²⁵⁹ *Apud* HALL, op. cit. p. 754.

²⁶⁰ *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962).

necessidade não usual para adesão inquestionável a uma decisão política já tomada; e (f) a potencialidade de se embarcar em múltiplos pronunciamentos de vários departamentos em uma determinada questão²⁶¹.

E como exemplo de questões políticas, a Suprema Corte expressamente citou as questões relativas à política externa²⁶². Entretanto, mesmo ressalvado a possibilidade de se estar diante de uma questão política, expressamente consignou que “é um erro supor que todo caso ou controvérsia que tocar nas relações externas está fora do controle jurisdicional. Os casos neste campo parecem invariavelmente demonstrar uma análise discriminatória da particular questão colocada, em termos de história da sua administração pelos poderes políticos, da sua suscetibilidade ao exame judicial à luz da natureza e da postura do caso específico e das possíveis consequências da ação judicial”²⁶³.

Segundo Grossman e Donahue, foram várias as oportunidades, durante a Guerra do Vietnã, que a Suprema Corte se recusou a examinar condutas de guerra, negando *certiorari* nos casos *Holtzman v. Schlesinger* (1973), *Orlando v. Laird* (1971), e *Mora v. McNamara* (1967). As cortes inferiores, porém, haviam decidido que o exame da constitucionalidade de uma guerra não era judicializável, por envolver questões de política externa²⁶⁴.

Os referidos autores citam, também, *Crockett v. Reagan*²⁶⁵, decidido em 1982 pela Corte de Apelações do Distrito de Columbia, no qual se extinguiu processo iniciado por vinte e um membros do Congresso Americano, em que se questionava a legalidade da presença americana em El Salvador²⁶⁶.

²⁶¹ Idem. at p. 217.

²⁶² Idem. at. p. 218.

²⁶³ Idem. Ibidem.

²⁶⁴ *Apud* HALL, op. cit. p. 756.

²⁶⁵ *Crockett v. Reagan*, 720 F.2d 1355 (D.C. Cir. 1983).

²⁶⁶ *Apud* HALL, op. cit. p. 756.

O único precedente citado em que o Judiciário examinou a questão ocorreu com o ajuizamento de uma ação, por cinquenta e três membros da Casa de Representantes e um Senador, em que se pretendia obter um pronunciamento judicial que determinasse o Presidente George H. Bush a obter autorização prévia do Congresso para o uso de força militar no Golfo Pérsico.

O Governo respondeu que se alguma ação fosse efetivada, esta não seria uma “guerra” que exige declaração de guerra, a qual pelos termos do art. 1º da Constituição Americana, compete ao Congresso.

O Juiz Harold Green não acatou o argumento, assentando que ele “colocava a autoridade constitucional do Congresso à mercê de uma decisão semântica do Presidente”. Contudo, se negou a intimar o Presidente da decisão, pois entendeu que isto só seria necessário se a maioria das duas casas legislativas se manifestassem – seja no parlamento, seja mediante o ajuizamento de uma ação judicial – contra as ações presidenciais.

Já na Alemanha, parece não existir uma doutrina da questão política. O Professor da Universidade Notre Dame, Donald P. Kommers, aborda o tema na seguinte passagem:

“Todas as questões que surgem perante a Lei Fundamental são passíveis de apreciação judicial se propriamente iniciadas por meio de um dos dezoito diferentes procedimentos... para adjudicação de questões constitucionais. Essas questões incluem o altamente politizado campo da política externa. A Corte não pode se negar a decidir um caso nesse campo, especialmente quando trazido por um estado ou por membros da *Bundestag* na forma de controle abstrato de constitucionalidade.”²⁶⁷

O Professor Holandês Cees Flinterman pronuncia-se da mesma forma sobre o assunto:

²⁶⁷ *Apud* JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark. *Comparative Constitutional Law*. 2nd. Ed. New York: Foundation Press. 2006. p. 899.

“Na Alemanha, tudo é adjudicável. ‘A diferença entre direito e política, particularmente em questões constitucionais não parece impressionar o sistema judicial alemão’, como observa um importante doutrinador alemão. Ele acrescenta que ‘[...] o direito constitucional, com as suas cláusulas gerais e abertas e as suas vagas concepções, oferece um espectro aberto para interpretações. Qualquer desejo de manter considerações políticas fora desse campo interpretativo está fadado a falhar. Nesse sentido, não existe, em princípio, lugar para inserir a doutrina da questão política no sistema constitucional da República Federal da Alemanha. O artigo 19(4) da Constituição é tão amplo na sua afirmação de que ‘quem for lesado nos seus direitos por ato de autoridade pública’, poderá recorrer à via judicial, que é impensável o entendimento de que deve existir algum ‘ato de governo’ ou ‘questão política’ que seria alheia ao escrutínio das Cortes. As disputas legais que emanam da conduta de relações externas ou esforços para proteger a segurança nacional são, na jurisprudência alemã, passíveis de adjudicação judicial como qualquer outra questão. Para as Cortes alemãs, a questão não envolve a legitimidade da adjudicação das questões políticas, mas como essas questões devem ser resolvidas. No caso do Tratado Fundamental Interalemão (Grundlanvertrag), por exemplo, a Corte Constitucional, enquanto expressamente assentou a sua competência para apreciar o caso, reconheceu a presunção de constitucionalidade do ato normativo. Na interpretação do tratado, asseverou que na hipótese em que várias compreensões são possíveis, a Corte deverá selecionar a mais congruente com as restrições da Constituição. A Corte Constitucional, assim, se autoimpôs uma regra de contenção judicial, segundo as suas próprias palavras

‘[...] não significa uma restrição ou enfraquecimento de sua [...] competência, mas uma recusa a ‘atuar no cenário político’, isto é, em interferir no domínio de uma atuação política livre que é criada e limitada pela Constituição. Ela almeja, assim, deixar aberto esse domínio de livre atuação política que a Constituição garante a outros órgãos constitucionais’.²⁶⁸

²⁶⁸ FLINTERMAN, Cees. *Judicial control of foreign affairs: the political question doctrine*. Publicado em *Judicial Control: Comparative essays on judicial review*. Antuérpia: Metro. 1995. p. 49-50. Disponível em http://books.google.com.br/books?id=GTUEPoXZdKgC&pg=PA50&lpg=PA50&dq=inter-german+basic+treaty+constitutional+court+case&source=bl&ots=yg7onEnwGG&sig=SD__PtIKjbl5x0AjVkd7lvk9SfU&hl=pt-BR&sa=X&ei=GR5WT8TMEaOQsQL9o5HpCQ&ved=0CCQQ6AEwAA#v=onepage&q

Quanto ao tema da condução das relações externas, a Constituição também confia privativamente a manutenção de relações com Estados Estrangeiros ao Presidente da República (art. 84, VII), bem como a declaração de guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso ou referendado por ele (art. 84, XIX):

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

VII - manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos;

[...]

XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional;

Passa-se, agora, ao exame de decisões do Supremo Tribunal Federal, em que houve deferência a decisões de outros poderes.

3.3.1. O Agravo Regimental na Medida Cautelar na Ação Cível Originária n. 876/BA

No caso em referência, o Ministério Público Federal, a Seccional Baiana da OAB e diversas associações civis ajuizaram ação civil pública contra a União e o IBAMA, questionando a legalidade do projeto de transposição do Rio São Francisco com as Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional.

Segundo os autores, a ação “visa a preservação do meio ambiente ameaçado em face da iniciativa da União de desenvolver o Projeto de Integração do Rio São Francisco às Bacias do Nordeste Setentrional, em

contrariedade às normas de proteção ambiental e dos procedimentos do licenciamento ambiental e às regras de recursos hídricos”²⁶⁹.

O ex-ministro Sepúlveda Pertence, atuando como relator, havia indeferido a liminar pleiteada. Os autores interpuseram recurso de agravo, o qual foi desprovido naquela assentada. O caso foi a julgamento do Plenário em 19 de dezembro de 2008, já na relatoria do ex-ministro Menezes Direito, que sucedeu Pertence na Corte.

Pela leitura do acórdão, decidido por seis votos a três, constata-se que o STF basicamente acatou os argumentos apresentados pelo IBAMA:

“O IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis apresentou parecer técnico deixando claro que praticamente todas as condicionantes específicas mencionadas na Licença Prévia foram cumpridas. Poucas não foram totalmente atendidas (cf. fls. 835 a 850), o que viabilizaria a concessão, agora, da Licença de Instalação. Esclareço que o IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, após ter apreciado uma a uma as condicionantes relativas à concessão da Licença Prévia, concluiu, em parecer assinado por sete analistas ambientais (fl. 928), que “as condicionantes daquela Licença foram suficientemente atendidas pelo empreendedor e que os programas ambientais apresentados são adequados” (fl. 919). Observo que, realmente, das 31 (trinta e uma) condicionantes mencionadas no parecer, apenas 6 (seis) foram parcialmente cumpridas, tendo as demais sido cumpridas na integralidade, o que seria suficiente para passar à fase seguinte do projeto. Por outro lado, foram traçados inúmeros programas e planos, detalhadamente, com o propósito de viabilizar as obras com a devida proteção do meio ambiente e justificar a concessão da Licença de Instalação, [...]”²⁷⁰.

Menezes Direito assentou poder concluir, pelo que podia depreender dos autos, que “o projeto [...] se adequadamente realizado, com rigorosa fiscalização e acompanhamento no que diz com a proteção da

²⁶⁹ Cf. STF - ACO 876 MC-AgR, Rel. Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, julgado em 19.12.2007, DJe 31.7.2008.

²⁷⁰ Trecho do voto do Min. Menezes Direito.

natureza poder[ia] ser realizado sem agredir o meio ambiente, nos termos postos pelos órgãos técnicos responsáveis pela proteção ambiental”²⁷¹.

E afirmou: “neste momento processual, não se pode, simplesmente, presumir que o projeto não será executado corretamente, seguindo os programas e planos indispensáveis à sua viabilização no plano ambiental. Igualmente, não se pode concluir, também antecipadamente, que não haverá fiscalização por parte do Estado”²⁷².

Daí porque fez constar, na ementa do julgado, que “dizer sim ou não à transposição não compete ao Juiz, que se limita a examinar os aspectos normativos, no caso, para proteger o meio ambiente”²⁷³.

Em outro sentido, se manifestou o Ministro Cezar Peluso, que ficou vencido:

“A meu ver, aqui a questão da dúvida não pode deixar de ser resolvida **pro humanitate**, no sentido de privação do meio ambiente. Não me parece ter sido demonstrado pelo voto do relator, nem tampouco pelos demais votos – com o devido respeito -, que um dano grave ao desvio de água do Rio São Francisco seja alguma coisa reversível.

Receio muito que tal fato consumado se torne uma catástrofe, sobretudo diante da circunstância de que também atrasar um pouco mais a realização das obras não causará desastre de proporção equivalente àquela que decorreria da impossibilidade de restauração do **status quo**.

Quero dizer que seria mais prudente para a Corte e, sobretudo, mais tranquilizador para minha consciência de magistrado, aguardar o julgamento definitivo desta causa e resolver, de uma vez por todas, as questões de constitucionalidade e de legalidade, que se arguem neste caso”²⁷⁴.

Pela leitura dos trechos dos votos, pode-se perceber que o Ministro Menezes Direito reconheceu que, mais do que vícios no âmbito do

²⁷¹ Idem.

²⁷² Idem.

²⁷³ Idem.

²⁷⁴ Trecho do voto do Min. Cezar Peluso. Idem. grifo no original.

processo administrativo de transposição do Rio São Francisco, a ação civil pública ajuizada – ainda não definitivamente julgada – busca que o Supremo Tribunal Federal impeça a realização do projeto.

Por essa razão destacou que a responsabilidade pela avaliação, definição e execução de políticas públicas, mediante o exame das várias possibilidades existentes, com base em pareceres técnicos de órgãos especializados, compete ao Poder Executivo e não ao Judiciário.

Cumprindo abrir um parêntesis para destacar que, atualmente, no Brasil, dificilmente uma ação governamental de grande vulto ou lei de grande repercussão escapa ao controle judicial²⁷⁵. O país, no ponto, caminha para um controle similar ao exercido na Alemanha, na forma como destacado por Dieter Grimm:

“Comparada à Suprema Corte dos Estados Unidos da América, a Corte Constitucional Alemã caminha muito mais largo nessa direção. Não só ela interpreta extensivamente vários direitos fundamentais como dificilmente um ato governamental fica fora do espectro de controle judicial, o que autoriza a Corte a atuar como um ‘censor da razoabilidade de toda ação governamental’²⁷⁶.”

Voltando ao julgamento, pela aplicação isolada do art. 225 da Constituição, que trata da proteção ambiental, é possível ao Judiciário impedir qualquer construção pública de grande vulto, pois é quase impossível que uma obra não afete ainda que minimamente o meio ambiente. Confira-se o texto do dispositivo:

²⁷⁵ Nesse ponto, vale citar (i) a ADPF n. 101, Rel. Min. Cármen Lúcia, em que se debateu a constitucionalidade da importação de pneus usados; (ii) a ADPF 46, Rel. Min. Marco Aurélio, em que se discutiu a constitucionalidade do monopólio postal; (iii) a ADI 3.273, Rel. Min. Ayres Britto, Red. Min. Eros Grau, em que se apreciou a constitucionalidade da Lei federal 9.478/97, na parte em que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo; (iv) ADI n. 1.312, Rel. Min. Moreira Alves, que instituiu o Plano Real.

²⁷⁶ GRIMM, Dieter. op. cit. p. 15.

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

Vale conferir trecho do voto do Ministro Carlos Ayres Britto sobre uma interpretação principiológica do dispositivo:

“Ressalto que esse artigo 225 é de núcleo semântico plurissignificativo, dos mais importantes da Constituição brasileira, pelos bens jurídicos tutelados num só dispositivo. Aí a Constituição faz das futuras gerações uma preocupação, cuidando de interesses de quem não existe ainda – interessante isso. As futuras gerações já estão sendo objeto de proteção constitucional por via do art. 225.

A partir desse artigo é que surgem vários princípios de caráter ambiental, como o princípio da precaução e o da prevenção, que embora coloquialmente sejam palavras sinônimas, sejam coisas iguais, tecnicamente não: um, objetiva evitar riscos ao meio ambiente, com todas as medidas necessárias de prevenção; outro, que é o da precaução, traduz-se no seguinte: em caso de dúvida, se há ou se não há lesão ao meio ambiente, não se faz a obra. Estanca-se ou paralisa-se a atividade. E o fato é que o governo responde às dúvidas surgidas quanto à saúde do Rio São Francisco e até a sua sobrevivência depois desse projeto, dizendo que não desconhece que o Rio se encontra doente, debilitado, esquelético, assoreado, poluído. Mas obras de revitalização estão sendo feitas simultaneamente com as obras de transposição, é o que alegam as autoridades públicas. Mas os ambientalistas retrucam que o certo seria cuidar da revitalização e somente depois discutir a viabilidade da transposição.

Se formos aplicar o princípio da precaução a essa polêmica, diríamos que as obras têm que ser paralisadas pelo seguinte: se o Rio está doente, não se pode exigir que um doente seja doador de sangue. Entre num processo de transfusão de sangue para doar. A Constituição, aqui, não está sendo observada na condução dessa obra ciclópica, enorme, de interesse de tantos Estados da Federação”²⁷⁷.

Em verdade, o controle de constitucionalidade exercido nestes termos, somente com base nos princípios, sem se atentar para dados

²⁷⁷ Trecho do voto do Min. Carlos Britto. Idem.

empíricos reais, sobretudo em questões que envolvem decisões políticas, pode ser bastante prejudicial.

É, de fato, preocupante a realização de uma obra que acabe por pulverizar o Rio São Francisco. Mas o voto não relata de que forma isso está ocorrendo, se essa preocupação reflete apenas especulações ou se há dados concretos comprovando essa assertiva.

Pela relevância do tema, cabe citar as palavras de Rodrigo Kaufmann, em tese de doutorado aprovada pela Universidade de Brasília:

“A atual linguagem para a formatação das questões jurídicas nos revela apenas problemas aparentes que, as mais das vezes, são meros problemas de comunicação e de referência linguística, e não propriamente a necessidade de adotar posturas político-jurídicas mais corajosas diante de um determinado fato. Quando se perscrute acerca da dinâmica da “ponderação de valores”, da “dignidade da pessoa humana”, do “núcleo essencial dos direitos fundamentais”, do “princípio da proporcionalidade”, tratamos como centrais conceitos que somente fazem sentido dentro da lógica de um sistema absoluto e abstrato. Não se fala nada do mundo, das pessoas e das experiências que se quer evitar com a utilização desse vocabulário. O uso dessa linguagem somente renova a discussão em torno de problemas transcendentais cujas soluções somente interessam aos doutrinadores, filósofos do direito e juristas teóricos e não às pessoas que vivem seus dramas pessoais transformados em lide jurisdicional”²⁷⁸.

De fato, a deferência que o Supremo Tribunal Federal deve ter decorre da própria humildade da Corte sobre o seu poder de “deduzir razões”. Existem órgãos especializados em questões ambientais que, até que se prove o contrário, devem ter a sua competência resguardada.

²⁷⁸ KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo*. 2011. p. 279.

Por outro lado, parece certo que se determinadas comunidades comprovarem que, por exemplo, irão ficar desabastecidas de água do rio, com a transposição, poderiam tentar impedir a obra, ajuizando medidas judiciais.

O único ponto é que tais alegações devem ser comprovadas mediante dados empíricos e não somente por meio de um discurso emotivo, principiológico. Com essa linguagem, “o Direito perde a sua razão de ser, consubstanciada na intenção de simplesmente resolver questões concretas e minimizar contextos de dor e de sofrimento”²⁷⁹.

Assim, a partir do exame de dados empíricos, competiria ao Supremo Tribunal Federal, no ponto, decidir prudentemente a demanda, levando em conta os diversos aspectos constitucionais envolvidos, considerando ter a Corte fixado a sua competência originária para apreciar o tema.

É por essa razão que, nos Estados Unidos, existem os três critérios de revisão que são aplicados no controle de constitucionalidade de leis, e que impõem a comprovação de preservação de interesses, em alguns casos com um estrito escrutínio, para o reconhecimento da constitucionalidade da lei.

Mas, se o Governo logra êxito em comprovar o atendimento ao interesse imprescindível, necessário, ou a existência de uma base racional, com a consecução das medidas, não há porque o Judiciário interferir na ação.

É uma questão de deferência, de humildade, de *expertise* comparada no reconhecimento de que, em certas questões, a Corte poderá não ser o órgão mais capacitado para apreciar um tema técnico. A presença dessas características, na visão de David Strauss, é inerente ao juiz da *common law*.

²⁷⁹ Idem. p. 278.

Como metaforicamente afirmou o ex-presidente norte-americano Thomas Jefferson, “[...] quarenta anos de experiência no governo é equivalente a um século de leitura”²⁸⁰.

3.3.2. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF

A ADPF n. 153/DF²⁸¹ foi ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, objetivando a declaração de não recebimento, pela Constituição do Brasil de 1988, do disposto no §1º do art. 1º da Lei n. 6.683/1979.

O preceito concedeu a anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos.

Na inicial, a OAB argumentou não ser possível, “consoante o texto da Constituição do Brasil, considerar válida a interpretação segundo a qual a Lei n. 6.683 anistiará vários agentes políticos responsáveis, entre outras violências, pela prática de homicídios, desaparecimentos forçados, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor”²⁸². Sustentou que “essa interpretação violaria frontalmente diversos preceitos fundamentais”²⁸³.

²⁸⁰ Vide nota 33.

²⁸¹ Cf. STF, ADPF 153, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 29.4.2010, DJe 5.8.2010.

²⁸² Idem.

²⁸³ Idem.

A relatoria do processo coube ao Ministro Eros Grau, um ex-militante político do Partido Comunista do Brasil – PCB, que, em 1972, foi preso e torturado pela ditadura militar²⁸⁴.

No voto, o relator citou a manifestação do ex-ministro da Justiça Tarso Genro, em que destacou que houve um acordo político feito pela classe política para permitir a transição do regime militar ao Estado de Direito²⁸⁵.

Destacou, assim, que “a chamada Lei da anistia veicula uma decisão política naquele momento --- o momento da transição conciliada de 1979 --- assumida. A Lei n. 6.683 é uma *lei-medida*, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. Para quem não viveu as jornadas que a antecederam ou, não as tendo vivido, não conhece a História, para quem é assim a Lei n. 6.683 é como se não fosse, como se não houvesse sido”²⁸⁶.

O Ministro citou também o artigo 4º, § 1º, da Emenda Constitucional n. 26/85, com a seguinte redação:

“Art. 4º.

§ 1º É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais”.

Daí porque assentou que “revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá --- ou não --- de ser feita pelo

²⁸⁴ Divulgado em <http://www.outroladodanoticia.com.br/inicial/16905-eros-grau-torturado-como-militante-eterno-professor.html>. Acessado em 19.2.2012.

²⁸⁵ Trecho do voto do Ministro Eros Grau. STF, ADPF 153, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2010, DJe 5.8.2010.

²⁸⁶ Idem.

Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário. [...] Ao Supremo Tribunal Federal – repito-o – não incumbe legislar”²⁸⁷.

Por fim, reconheceu ser “necessário dizer, [...] vigorosa e reiteradamente, que a decisão pela improcedência da presente ação não exclui o repúdio a todas as modalidades de tortura, de ontem e de hoje, civis e militares, policiais e delinquentes”²⁸⁸.

Como se verifica, a motivação de Eros Grau para considerar a lei de anistia constitucional foi baseada na compreensão do momento em que a norma foi editada. O ex-ministro considerou que estava presente uma *lei-medida*, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade.

Houve justamente a compreensão destacada pelo *Justice* Oliver Holmes Jr. de que para se conhecer a lei, “deve-se conhecer o que ela foi e o que ela tende a se tornar”²⁸⁹.

Eros teve a humildade de reconhecer que não poderia tentar reescrever o passado. Respeitou o acordo político feito pela classe política para permitir a transição do regime militar ao Estado de Direito. E assentou que, apesar de repudiar todas as modalidades de tortura, de ontem e de hoje, a revisão da lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá – ou não – de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário.

Não há dúvidas de que agiu com a humildade defendida por Strauss. Como salientado, é negativo que uma pessoa tente solucionar isoladamente um determinado problema, sem conhecer os fatos subjacentes à edição da norma.

²⁸⁷ Idem.

²⁸⁸ Idem.

²⁸⁹ HOLMES, Jr. Oliver Wendell. op. cit. p. 1.

Por fim, vale novamente transcrever os ensinamentos de Edmund Burke, que defende ser necessário “ter um cuidado sem fim o homem que intencione derrubar um prédio que tem resguardado, num nível tolerável, há tempos, os propósitos comuns da sociedade”²⁹⁰.

3.4. Boas Políticas

Segundo David Strauss, quando não existem julgamentos prévios, ou quando a jurisprudência é incerta ou ambígua, a decisão na *common law* conterà argumentos sobre justiça e boas políticas: “porque um resultado faz mais sentido do que outro, porque uma conclusão diversa seria danosa para algum importante interesse social”²⁹¹.

A escolha de uma determinada solução, em detrimento de outra, pode implicar a adoção ou alteração de uma política pública. Assim, a Corte deve ser sensível às escolhas que está promovendo, considerados os aspectos fáticos que dela possam resultar.

Como afirma o *Justice* Stephen Breyer, quando “a Suprema Corte efetiva uma interpretação do texto constitucional, [...] deve entender que as suas ações possuem consequências no mundo real”²⁹².

Passa-se ao estudo de dois precedentes em que a Corte fez uma análise das consequências de sua decisão na vida da coletividade.

²⁹⁰ *Apud* Idem. p. 42. A citação foi retirada da obra de Edmund Burke, denominada *Reflections on the Revolution in France* (1790).

²⁹¹ Idem. p. 33.

²⁹² BREYER, Stephen. op. cit. p. xiii.

3.4.1. O Recurso Extraordinário n. 407.688/SP

Imagine-se uma lei que prevê a possibilidade do único bem de família de um fiador de um contrato de locação ser penhorado para satisfazer a obrigação locatícia. Seria ela compatível com o direito constitucional de moradia, previsto no rol dos direitos sociais da Constituição Federal? Este foi justamente o tema do Recurso Extraordinário n. 407.688/SP²⁹³, que foi levado a julgamento no Plenário do Supremo Tribunal Federal em 8 de fevereiro de 2006.

No caso, o Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo mantivera a decisão de indeferir o pedido de liberação do bem de família, nos termos do art. 3º, VII, da Lei n. 8.009/1990²⁹⁴, pois o devedor executado ostentava a condição incontroversa de fiador em contrato de locação²⁹⁵. O fiador interpôs recurso extraordinário, aduzindo a ofensa ao seu direito social de moradia, preceituado no *caput* do art. 6º da Carta Magna.

O Ministro Cezar Peluso, atuando como relator, rejeitou a pretensão do recorrente, por entender que o direito social de moradia não se confunde, necessariamente, com o direito à propriedade imobiliária ou direito de ser proprietário de imóvel. Assim, destacou que a lei poderia implementar medidas que estimulem ou favoreçam o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores²⁹⁶. O seu voto foi seguido por outros sete membros do Tribunal.

²⁹³ Idem.

²⁹⁴ Lei n. 8.009/1990. Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: [...]VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

²⁹⁵ Cf. STF, RE 407688, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2006, DJ 6.10.2006.

²⁹⁶ Trecho do voto do ministro Cezar Peluso. Idem.

Na óptica de Peluso, caso o Supremo entendesse que o dispositivo legal era inconstitucional, haveria um rompimento do “equilíbrio de mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com conseqüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia”²⁹⁷.

A conclusão do Ministro é interessante. A mais barata garantia disponível no mercado, que viabiliza a celebração de diversos contratos de locação, sobretudo entre os mais carentes, é a garantia fidejussória. Se o dispositivo que impede a penhora do único imóvel do fiador fosse declarado inconstitucional, essa garantia perderia valor no mercado, tendo as pessoas que buscar garantias mais custosas, como, por exemplo, (i) uma carta de fiança bancária ou (ii) uma garantia fidejussória de uma pessoa que tem mais de um imóvel. Isso acarretaria em maiores dificuldades para diversas pessoas celebrarem contratos de locação, o que dificultaria o acesso à moradia.

Daí Peluso assentar que não se está protegendo um direito de crédito qualquer, mas o direito social de moradia.

A compreensão do Ministro revela uma importante preocupação da Corte de entender as conseqüências de suas decisões no mundo real. Um eventual pronunciamento de inconstitucionalidade do art. 3º, VII, da Lei n. 8.009/1990, poderia abalar a segurança das garantias prestadas em diversos contratos locatícios atualmente vigentes, alterando as condições que se faziam presentes quando da celebração dos instrumentos.

O Ministro Eros Grau ficou vencido. Em que pese reconhecer os reflexos mercadológicos da eventual declaração de inconstitucionalidade, adotou uma interpretação mais compatível com a sua moral constitucional:

²⁹⁷ Idem.

“Se o benefício da impenhorabilidade viesse a ser ressalvado quanto ao fiador em uma relação de locação, poderíamos chegar a uma situação absurda: o locatário que não cumprisse a obrigação de pagar aluguéis, com o fito de poupar para pagar prestações devidas em razão de aquisição da casa própria, gozaria de proteção da impenhorabilidade. Gozaria dela mesmo em caso de execução procedida pelo fiador cujo imóvel resultou penhorado por conta do inadimplemento das suas obrigações, dele, locatário.

Quer dizer, sou fiador; aquele a quem prestei fiança não paga o aluguel, porque está poupar para pagar a prestação da casa própria, e tem o benefício da impenhorabilidade; eu não tenho o benefício da impenhorabilidade²⁹⁸.

Logo, no caso, a decisão do Tribunal em muito se assemelha às decisões tomadas em cortes de países que adotam o sistema da *common law*. O STF efetivou uma interpretação do texto constitucional debatendo as consequências que sua decisão poderia ter no mundo real. Alguns Ministros se sensibilizaram com os efeitos, outros entenderam que o gravame sustentado para evitar tal efeito era muito alto. Contudo, a complexidade do tema foi debatida e a adoção da política pública que se entendeu mais adequada – e não necessariamente a única possível – foi acatada.

Como salienta Strauss, se a questão constitucional for complexa, uma teoria sobre a interpretação constitucional deve tratar o caso como complexo; ela deve reconhecer essa complexidade e explicar as dificuldades. A virtude do critério da *common law*, assim, é justamente reconhecer as singularidades tanto de um caso complexo como de um caso simples, de forma a assegurar um intenso debate sobre os termos da decisão, sobre a política pública que estava sendo definida²⁹⁹.

3.4.2. A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.990/DF

O Decreto Federal n. 88.940, editado em 7 de novembro de 1983, criou a Área de Proteção Ambiental da Bacia do Rio São Bartolomeu. A área se

²⁹⁸ Trecho do voto do Min. Eros Grau. Idem.

²⁹⁹ Idem. p. 97.

estende por cerca de 84.100 hectares e está situada no Distrito Federal e em Goiás. Trata-se de local de relevante interesse ecológico, o qual possui uma fauna nativa privilegiada, servindo de hábitat para diversas espécies. Além disso, a região é estratégica porque nela se encontra o manancial mais importante para o futuro abastecimento de água do Distrito Federal.

De acordo com um estudo elaborado pela Fundação Banco do Brasil³⁰⁰, a falta de cuidados ambientais concomitantemente à omissão de planejamento para a instalação de condomínios tem colocado em risco as condições naturais da região. Segundo os dados apurados, cerca de 400 mil pessoas vivem atualmente em condomínios irregulares no Distrito Federal, boa parte na região da APA do São Bartolomeu.

Diante desse quadro, que já era crítico na década de 1990, foi editada a Lei Federal n. 9.262/1996, a qual autoriza a venda direta e individual de lotes situados em parcelamentos das áreas públicas da região, que sejam passíveis de serem transformadas em áreas urbanas. Consoante os termos do diploma legal, podem diretamente adquirir a propriedade dos lotes, sem passar por procedimento licitatório, aqueles que comprovarem ter firmado compromisso de compra e venda de fração ideal do loteamento, além de quitação de parcelas relativas aos terrenos.

Os dispositivos da lei que autorizam a venda direta acabaram sendo impugnados por meio da ADI n. 2.990/DF³⁰¹, sob a alegação de que a previsão de venda direta ofende os princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade, assim como o art. 37, XXI, da Carta Magna, que impõe que as alienações de bens públicos sejam licitadas.

³⁰⁰ Divulgado em:

<http://www.fbb.org.br/portal/pages/publico/expandir.fbb?codConteudoLog=8141>. Acessado em 13.2.2012.

³⁰¹ STF, ADI 2990, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Red. p/ Acórdão Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2007, DJe 23.8.2007.

A ação direta foi levada a julgamento na sessão plenária de 18 de abril de 2007.

O Ministro Joaquim Barbosa, relator, abriu a votação julgando procedente o pedido. Em seu voto, consignou que “a intenção do legislador, ao editar a Lei n. 9.262/1996, foi resolver a situação social estabelecida pelo parcelamento e ocupação sem controle da terra pública. Para tanto, [...] foi criada uma suposta hipótese de dispensa dos procedimentos exigidos pela Lei n. 8.666/1993, para alienação das frações ideais loteadas aos que comprovem ser promitentes compradores dos terrenos localizados naquela área”³⁰².

Contudo, destacou que “a questão fática subjacente ao caso, embora relevante do ponto de vista social, não poderia servir de pretexto para a violação da exigência constitucional da obrigatoriedade de licitação para alienação de bens públicos, princípio caro ao Estado Democrático de Direito e à preservação da moralidade administrativa”³⁰³.

Assentou, ainda, a falta de proporcionalidade da lei impugnada por legitimar a irregular ocupação de terras públicas em detrimento do interesse público, consubstanciado na obtenção do melhor preço na alienação do lote, o qual ocorreria com a realização da licitação.

E, por fim, concluiu que a simples previsão de venda direta de bem público, sem licitação, configura ofensa ao art. 37, inciso XXI, da Constituição de 1988. As situações concretas, para o Ministro Joaquim Barbosa, devem ser resolvidas por meios adequados, qual seja, mediante a venda dos terrenos pelo procedimento licitatório.

O voto vencedor coube ao Ministro Eros Grau, que se manifestou pela total improcedência da ação.

³⁰² Trecho voto do Min. Joaquim Barbosa. Idem.

³⁰³ Idem.

Grau destacou não existir nada de novo, escandaloso ou heterodoxo, na circunstância de uma lei prever que áreas públicas possam ser vendidas com dispensa de licitação. Tanto é que há expressa ressalva no art. 37, inciso XXI, da Constituição, além de previsão no enunciado do art. 17, inciso I, alínea 'f' da própria Lei n. 8.666/1993 .

Apegando-se ao quadro social de ocupação irregular, consignou que a situação não era de dispensa de licitação -- pois nesta hipótese o dever de licitar incide, mas é afastado --, e sim anterior, porque o pressuposto da licitação é a competição e, na hipótese, era "impossível competir". A única possibilidade de regularização para o loteamento, na visão do Ministro, era com a venda direta para o ocupante do lote.

Logo, o quadro social existente no Distrito Federal, em que diversas pessoas habitavam casas construídas em lotes situados em terras da União, sem escritura, impunha, na prática, uma impossibilidade de realização de procedimento licitatório, o qual, em tese, seria o mecanismo constitucionalmente adequado para a regularização da área.

Como seria possível levar um imóvel habitado a leilão, sem promover um quadro de caos e instabilidade social? As pessoas simplesmente seriam retiradas à força de suas casas e teriam que competir dando lances pela sua própria residência, ainda que construída num terreno irregular? Não havia, assim, um mecanismo de assegurar competição, sem instalação de desordem. A preocupação da Corte foi assegurar uma solução que preservasse a paz social, embora tenha se afastado do princípio constitucional da licitação.

Portanto, diante da presença de uma situação fática especial, o Supremo reconheceu a constitucionalidade dos dispositivos legais especialmente editados para lidar com o quadro problemático concreto. O

Legislativo, ao identificar a excepcional situação, havia legislado concretamente para melhor solucionar o assunto, iniciativa chancelada pela Corte.

Como se demonstrou, o Tribunal levou em consideração que a incidência do princípio da licitação, na hipótese, ensejaria grave e injustificável instabilidade social. Adotou uma solução racional para a demanda. Agiu, assim, interpretando uma *living constitution*. Não se apegou exclusivamente ao princípio constitucional da licitação e considerou a realidade, as consequências de seu pronunciamento, emitindo uma decisão que assegurasse uma política de preservação da paz social e de justiça ao caso concreto. Aliás, apenas concretizou a possibilidade já adiantada pelo legislador constituinte no inciso XXI do art. 37 da Constituição, qual seja, a de que em casos especiais, a licitação necessariamente não deve ser realizada.

IV. O JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO N. 11.243 E DA PETIÇÃO AVULSA NA EXTRADIÇÃO N. 1.085

4.1. Breve Histórico

Após a recusa do Presidente Lula de entregar Cesare Battisti, a República Italiana protocolou reclamação no Supremo Tribunal Federal, fundada no art. 102, alínea I, da Constituição Federal, argumentando a necessidade de garantia da autoridade da decisão prolatada pelo STF no julgamento da Extradicação n. 1.085. Já a defesa de Battisti protocolou petição avulsa, mediante a qual requereu à Corte a sua imediata soltura.

Ambos os pedidos, objeto dos autos da Reclamação n. 11.243 e da Petição Avulsa na Extradicação n. 1.085, foram levados a julgamento no Plenário em 8 de junho de 2011.

Na ocasião, por seis votos a três, a Corte não conheceu da reclamação. E, na apreciação do pedido de soltura, pelo mesmo escore, deferiu-o.

Antes de analisar os termos desta decisão, convém destacar que, previamente, na ocasião do julgamento da Extradicação n. 1.085, ao declarar nulidade do ato administrativo praticado pelo Ministro da Justiça, por meio do qual concedera a Cesare Battisti a condição de refugiado político, o STF entendeu que os crimes cometidos pelo cidadão italiano não teriam conotação política.

É que os quatro homicídios qualificados atribuídos a Battisti, segundo a corrente majoritária da Corte, foram cometidos durante um período de normalidade institucional de Estado Democrático de Direito, sendo, portanto,

crimes comuns. Assim, não havia razões para uma suposta reação legítima contra atos arbitrários ou tirânicos.

Quanto à obrigatoriedade do Presidente da República de proceder à entrega do extraditando, o Supremo, em Questão de Ordem resolvida também no referido processo extradicional, decidiu que “a decisão de deferimento da extradição não vincula o Presidente da República”. Contudo, tendo em vista a existência de um tratado de extradição firmado entre o Brasil e a Itália, a Corte assentou que o Presidente da República deveria respeitar os termos deste pacto internacional, caso decidisse recusar a entrega do italiano. Quanto a este ponto, eis o que está consignado na emenda do acórdão do STF:

“8. EXTRADIÇÃO. Passiva. Executória. Deferimento do pedido. Execução. Entrega do extraditando ao Estado requerente. Submissão absoluta ou discricionariedade do Presidente da República quanto à eficácia do acórdão do Supremo Tribunal Federal. Não reconhecimento. Obrigação apenas de agir nos termos do Tratado celebrado com o Estado requerente. Resultado proclamado à vista de quatro votos que declaravam obrigatória a entrega do extraditando e de um voto que se limitava a exigir observância do Tratado. Quatro votos vencidos que davam pelo caráter discricionário do ato do Presidente da República. Decretada a extradição pelo Supremo Tribunal Federal, deve o Presidente da República observar os termos do Tratado celebrado com o Estado requerente, quanto à entrega do extraditando.”³⁰⁴

Pois bem, como acima destacado, o Presidente Lula assim procedeu. Em 31 de dezembro de 2010, último dia do seu mandato, proferiu decisão negando o pedido de entrega de Cesare Battisti. Para tanto, invocou o artigo III, item 1, alínea f, do tratado de extradição, o qual permite a não entrega do cidadão da parte requerente quando “a parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição.”

³⁰⁴ Trecho da Ementa. Ext 1.085, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/2009, DJe 15.4.2010. Grifo no original.

Convém, no ponto, conferir trecho do Parecer AGU/AG 17/2010, que, após citar matérias da imprensa italiana, consignou:

“A situação sugere certo contexto político, podendo acirrar paixões. Esse núcleo temático, que enseja preocupações, exige ampla reflexão em torno da situação pessoal do extraditando. Concretamente, há temores de que a situação de Battisti poderá ser agravada na Itália, por razões pessoais”.

É justamente a ausência de controle sobre este ato de recusa de entrega, tal qual decidido pelo STF, é que se passa a examinar.

4.2. O voto do Min. Gilmar Mendes

Os autos da Reclamação n. 11.243, assim como a petição avulsa, foram distribuídos ao Ministro Gilmar Mendes, que sucedeu o Ministro Cezar Peluso na relatoria da Extradicação n. 1.085. Tal sucessão se deu em virtude do último ter ascendido à condição de Presidente do STF, no lugar do primeiro, no início de 2010.

Preliminarmente, o Ministro Gilmar Mendes defendeu o cabimento da reclamação, tendo, no ponto, ficado vencido. Porém, quanto ao tema de mérito, proferiu voto na apreciação da Petição Avulsa na Extradicação n. 1.085, a qual fora apresentada para requerer a soltura do extraditando.

Inicialmente, o magistrado destacou que os “tratados internacionais vinculam o Estado Brasileiro e todos seus Poderes, inclusive o Supremo Tribunal Federal e a Presidência da República. Daí porque, ao contrário do requerimento fundado em promessa de reciprocidade, o pedido de extradição apoiado em acordo internacional não comporta recusa arbitrária pelo Estado brasileiro”. Para fundamentar a conclusão, citou o seguinte trecho de obra do ex-ministro Francisco Rezek:

“Fundada em promessa de reciprocidade, a demanda extradicional abre ao governo brasileiro a perspectiva de uma recusa sumária, cuja oportunidade será mais tarde examinada. Apoiada, porém, que se encontre em tratado, o pedido não comporta semelhante recusa. Há, neste passo, um compromisso que ao governo brasileiro cumpre honrar, sob pena de ver colocada em causa sua responsabilidade internacional. É claro, não obstante, que o compromisso tão somente priva o governo de qualquer arbítrio, determinando-lhe que submeta ao Supremo Tribunal Federal a demanda, e obrigando-o a efetiva extradição pela Corte entendida legítima, desde que o Estado requerente se prontifique, por seu turno, ao atendimento dos requisitos da entrega do extraditando”³⁰⁵.

Fixada a premissa da impossibilidade de recusa arbitrária quando existente tratado bilateral, Gilmar Mendes assentou que, nessa hipótese, “não se pode afirmar que a decisão do Presidente da República seja autônoma em relação às disposições e aos fundamentos determinantes da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no processo de extradição”³⁰⁶.

Segundo o magistrado, “a interpretação estabelecida pela Corte sobre as normas do ordenamento jurídico interno (inclusive os tratados internacionais, considerados como leis internas) e as declarações por ela emitidas sobre os fatos jurídicos envolvidos no processo de extradição notoriamente fazem coisa julgada material e não podem ser simplesmente desconsideradas por qualquer autoridade da Administração Pública, mesmo a mais alta delas”³⁰⁷.

Mendes acrescentou que “se o quadro normativo composto por leis e tratados internacionais de extradição limitam a atuação do Presidente da República, parece óbvio que a interpretação que o Supremo Tribunal Federal

³⁰⁵ REZEK, Francisco. Direito Internacional Público. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 190-191. Citado na página 78 do acórdão.

³⁰⁶ STF - Rcl 11243, Rel. Min. Gilmar Mendes, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2011, DJe 5.10.2011. fl. 31.

³⁰⁷ Idem. Ibidem.

dê a esse mesmo quadro normativo também deve ser observada pelo Presidente”³⁰⁸.

Logo, concluiu que “a autoridade máxima da Administração Pública, ainda que no exercício da representação política da República Federativa do Brasil, subordina-se ao ordenamento jurídico interno, que, por sua vez, deve ser interpretado de acordo com o estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal como guardião da ordem jurídica constitucional”³⁰⁹.

Em passo seguinte, o Ministro relator procedeu ao exame dos termos do que decidido pelo STF no julgamento da Extradução n. 1.085.

Mendes destacou que “a análise dos votos permite concluir que, embora tenha reconhecido certo grau de discricionariedade ao Presidente da República quanto à execução da decisão que deferiu a extradição, este Tribunal deixou claro que essa discricionariedade está delimitada pelos termos do acordo celebrado entre o Brasil e a República da Itália”. Tal orientação teve como fundamento, em especial, o que foi decidido na Extradução n. 272, da relatoria do ex-ministro Victor Nunes Leal:

“EXTRADIÇÃO. A) O DEFERIMENTO OU RECUSA DA EXTRADIÇÃO E DIREITO INERENTE À SOBERANIA. B) A EFETIVAÇÃO, PELO GOVERNO, DA ENTREGA DO EXTRADITANDO, AUTORIZADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DEPENDE DO DIREITO INTERNACIONAL CONVENCIONAL.”³¹⁰

Nessa linha, admitiu a possibilidade de a Corte examinar se as razões adotadas na decisão do Presidente da República se amoldam aos

³⁰⁸ Idem. p. 32.

³⁰⁹ Idem. Ibidem.

³¹⁰ STF - Ext 272, Rel. Min. Victor Nunes, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/1967, DJ 20.12.1967.

termos da avença internacional³¹¹, uma vez que o tratado, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, por força do seu art. 1º, tem o efeito de obrigar a concessão da extradição solicitada, quando preenchidos os requisitos que a autorizam:

“ARTIGO 1
Obrigaçãõ de Extraditar

Cada uma das Partes obriga-se a entregar à outra, mediante solicitação, segundo as normas e condições estabelecidas no presente Tratado, as pessoas que se encontrem em seu território e que sejam procuradas pelas autoridades judiciárias da Parte requerente, para serem submetidas a processo penal ou para a execução de uma pena restritiva de liberdade pessoal”.

Analisando a hipótese descrita na letra “f” do número 1 do art. 3º, a qual prevê que a extradição não será concedida “se a Parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição e discriminação por motivo de raça, religião, sexo, nacionalidade, língua, opinião política, condição social ou pessoal; ou que sua situação possa ser agravada por um dos elementos antes mencionados”, Mendes destacou que:

“Parece evidente que a verificação da existência de razões ponderáveis, ainda que sugira uma margem de apreciação política por parte do intérprete, deve necessariamente ser interpretada de acordo com o contexto no qual a situação encontra-se inserida. Como toda interpretação que se faz em torno dos chamados conceitos jurídicos indeterminados, essa expressão deve ser objeto de uma hermenêutica que leve em conta todas as circunstâncias fáticas e jurídicas da situação. Não se trata, assim, de uma simples avaliação subjetiva, que possa ser feita sem critérios. Além das próprias limitações formalmente acordadas pelas partes e expressamente dispostas no Tratado, bem como do ordenamento jurídico interno – inclusive sua interpretação fixada pela Corte Suprema –, o agente público, ao apreciar a existência ou não dessas

³¹¹ Trecho do voto do Min. Gilmar Mendes. fl. 62. STF - Rcl 11243, Rel. Min. Gilmar Mendes, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2011, DJe 5.10.2011.

razões ponderáveis, em determinada hipótese, também está diretamente vinculado à realidade fática que esta corresponde. Com isso, a avaliação sobre existência ou não de razões ponderáveis ter, no contexto da realidade internacional contemporânea, estreita ligação com o Estado Democrático de Direito e com a garantia de que direitos fundamentais do extraditando serão preservados pelo país requerente, a partir de elementos concretamente aferíveis. Caso contrário, haveria razões ponderáveis para que o pedido de extradição fosse recusado.

A legitimidade de um país como garantidor dos direitos fundamentais pode ser aferida não apenas pela solidez e seriedade de suas instituições nacionais, no plano interno, mas também pelo papel que o Estado exerce em âmbito mundial³¹².

O Ministro salientou: “no caso específico, ainda que seja mais do que evidente que a Itália se encontra inserida no rol dos Estados que prezam pela democracia e pelo respeito incondicional aos direitos humanos, sua participação em organismos mundiais ou blocos regionais, como a União Europeia, dá maior solidez a esta sua condição, haja vista, inclusive, a previsão de sistema multinível de proteção aos direitos humanos³¹³.”

Ato contínuo, passou ao exame das razões apresentadas pelo ex-presidente Lula para não entregar Cesare Battisti.

Destacou que os fundamentos aduzidos para recusar o pleito, quais sejam, a preocupação com o agravamento da situação pessoal do extraditando e a preocupação com o contexto político que o aguarda no país requerente, “[eram], em essência, os mesmos utilizados pelo Ministro da Justiça, por ocasião da concessão de refúgio ao extraditando³¹⁴”. E, tais fundamentos, haviam sido peremptoriamente afastados pelo STF no julgamento da Extradição n. 1.085.

³¹² Idem. p. 60.

³¹³ Idem. p. 61.

³¹⁴ Idem. p. 62.

Dessa forma, defendeu que “a decisão do Presidente da República que recusou a extradição, obliquamente reabriu a discussão e resgatou fundamentação idêntica àquela já afastada pela maioria do Tribunal”³¹⁵.

O magistrado lembrou que “não há óbice a que o Presidente da República, na qualidade de Chefe de Estado, proceda aos atos necessários para denunciar o Tratado e, assim, desobrigar o país com relação aos seus termos. Todavia, em plena vigência do Acordo Internacional não é lícito que uma das partes signatárias recuse-lhe a devida aplicação”³¹⁶.

E defendeu que a “decisão de recusa da extradição, [...] não trouxe elemento diverso a ser considerado pela Corte, em nada inovando com relação ao debate travado anteriormente, de forma que subsistem as razões expendidas pelo STF quando negou qualquer tipo de perseguição política a Cesare Battisti, ou agravamento de sua situação pessoal, e invalidou o refúgio que lhe fora concedido”³¹⁷.

Ante essas razões, votou no sentido de se “julgar procedente a reclamação e resolver o incidente de execução na extradição, para desconstituir o ato do Sr. Presidente da República e determinar a imediata entrega do extraditando ao país requerente”³¹⁸.

4.3. O voto do Min. Luiz Fux

O Ministro Luiz Fux abriu a divergência. Segundo ele, “no campo da soberania, relativamente à extradição, é assente que o ato de entrega do extraditando é exclusivo, da competência indeclinável do Presidente da

³¹⁵ Idem. p. 66.

³¹⁶ Idem. p. 70.

³¹⁷ Idem. p. 72.

³¹⁸ Idem. p. 78.

República. Isso está consagrado na Constituição, nas Leis, nos Tratados e na própria decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal”³¹⁹.

Logo, para o magistrado, se o Presidente não cumpre o tratado de extradição, isso cria uma lide entre o Estado brasileiro e o Estado italiano e, para este último impor a sua vontade ao Chefe de Estado brasileiro, terá que recorrer à Corte Internacional de Haia, nos termos do art. 92 da Carta das Nações Unidas³²⁰.

Dessa forma, Fux defende que o papel do STF, como órgão juridicamente existente apenas no âmbito do direito interno, é o de examinar apenas a legalidade da extradição, é dizer, seus aspectos formais, nos termos do art. 83 da Lei 6.815/80³²¹.

O Ministro prosseguiu destacando que “enfaticamente, assevera o art. 84, VII, da Carta Magna que cabe ao Presidente da República ‘manter relações com Estados estrangeiros’. Portanto, uma análise meritória do pedido extradicional pelo Judiciário geraria um conflito institucional, ao arrepio do aludido comando expresso da Constituição, bem como do princípio da separação dos Poderes”.

Fux observou que o procedimento adotado pela legislação brasileira quanto ao processo de extradição, ao envolver a atuação do Poder Judiciário, visou a resguardar as garantias dos indivíduos extraditados, ou seja, revela um modo de proteção dos direitos humanos³²². Assim, a decisão tomada pela Suprema Corte “só vincula o Presidente da República quando reconhecida

³¹⁹ Trecho do voto do Min. Luiz Fux. fl. 24. STF - Rcl 11243, Rel. Min. Gilmar Mendes, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2011, DJe 5.10.2011.

³²⁰ Idem. Ibidem.

³²¹ Art. 83. Nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão.

³²² Idem. p. 26.

alguma irregularidade no processo extradicional, de modo a impedir a remessa do extraditando ao arrepio do ordenamento jurídico”³²³.

O Ministro, porém, asseverou que nunca deve o STF determinar semelhante remessa. É que, na sua visão, “o Judiciário deve ser o último guardião dos direitos fundamentais de um indivíduo, seja ele nacional ou estrangeiro, mas não dos interesses políticos de Estados alienígenas, os quais devem entabular entendimentos com o Chefe de Estado, em vez de tentar impor sua vontade através dos Tribunais internos”³²⁴.

Abordando a hermenêutica jurídica, Fux cita Gustavo Binenbojm quando lecionava que o pós-positivismo jurídico “‘não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade’. Esses diferentes graus de vinculação ao ordenamento se pautam por uma escala decrescente de densidade normativa vinculativa, a saber: (i) atos vinculados por regras; (ii) atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados; e (iii) atos vinculados diretamente por princípios”³²⁵.

Para o Ministro, o ato de extradição situa-se na segunda escala de vinculação, qual seja, a de conceitos jurídicos indeterminados.

Fux nota que diversos fatores podem interferir na soberana decisão de um Presidente da República de não extraditar um indivíduo. “Pode ocorrer que as relações entre as Partes não estejam harmônicas, em virtude de o outro Estado recusar as extradições solicitadas pela República Federativa do Brasil; podem concorrer, enfim, questões outras, as quais não podem ser sindicadas pelo Supremo Tribunal Federal”³²⁶.

³²³ Idem. Ibidem.

³²⁴ Idem. p. 27.

³²⁵ Idem p. 34.

³²⁶ Idem. Ibidem.

Assim, salientou que ao julgar a extradição no sentido de que é possível a entrega do cidadão estrangeiro, por inexistirem óbices, o Pretório Excelso [...] cumpre e acaba a sua função jurisdicional”³²⁷.

Para ele, “o descumprimento da obrigação de direito internacional gera consequências também internacionais, mas nunca no plano interno. Desse modo, não pode o Judiciário compelir o Chefe de Estado a adotar tal ou qual posição, na medida em que não lhe cabe interpretar uma norma de direito internacional, sem repercussões no ordenamento interno”³²⁸.

O magistrado destacou que o Supremo Tribunal Federal, “além de não dispor de competência constitucional para proceder a semelhante exame, carece de capacidade institucional para tanto”. E citou o artigo de Cass Sustein e Adrian Vermeule, que aborda a noção de “*institutional capacities*”, para dizer que “o Judiciário não foi projetado constitucionalmente para tomar decisões políticas na esfera internacional, cabendo tal papel ao Presidente da República, eleito democraticamente e com legitimidade para defender os interesses do Estado no exterior”³²⁹.

No voto, ainda é invocada a noção de *non-refoulement*, segundo a qual é vedada a entrega do solicitante de refúgio a um Estado quando houver ameaça de lesão aos direitos fundamentais do indivíduo. Fux afirma que a extradição “sofre limitação por parte do Direito dos refugiados” e cita Kelsen para dizer que “o *status* jurídico concedido aos estrangeiros não pode ser inferir a um *standard* mínimo de civilização”³³⁰. Destaca, ainda, que o inciso LII do art. 5º da Constituição prevê que “não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião”³³¹.

³²⁷ Idem. Ibidem.

³²⁸ Idem. p. 30.

³²⁹ Idem p. 33.

³³⁰ Idem p. 36.

³³¹ Idem Ibidem.

Como precedentes para a recusa de extradições, cita o caso Pinochet, no qual a Inglaterra negou pedido da Espanha para extraditar o ex-ditador chileno, “por razões de saúde, integridade física e mental, de humanidade, o que impossibilitaria o extraditando de suportar um julgamento”³³².

Mencionou, da mesma forma, o fato de o atual Presidente francês, Nicolas Sarkozy, ter negado pedido de extradição formulado pela Itália, de Marina Petrella, também com fundamento em razões humanitárias, devido ao seu débil estado de saúde e ao risco que se apresentava à sua integridade física e mental. Petrella, assim como Battisti, fora condenada à prisão perpétua, por crimes perpetrados no mesmo período. A sua extradição fora autorizada pela Corte de Apelação de Versalhes, sendo confirmada pela Corte de Cassação e pelo Conselho de Estado francês, mas, em última análise, foi negada pelo Poder Executivo daquele país.

Logo, Fux ressaltou que a decisão de entrega do extraditando é um ato de soberania a ser exercido, em sua última palavra, pelo Chefe de Estado brasileiro e assentou que o Presidente da República, dentro da liberdade interpretativa, tem competência para apreciar o contexto político atual e as possíveis perseguições contra o extraditando relativas ao presente, na forma permitida pelo texto do tratado de extradição, sendo esta decisão não sujeita ao controle do Supremo Tribunal Federal.

Por essa razão, não conheceu da reclamação da República Italiana e deferiu o pedido de soltura de Battisti, formulado na petição avulsa. O voto foi acompanhado por outros cinco Ministros.

³³² Idem. p. 39.

Por fim, vale citar trecho do voto do Ministro Carlos Britto, que integrou a corrente majoritária, no ponto em que interpreta da cláusula do tratado, comparando-a à previsão do estatuto dos refugiados:

“Muito bem, mas o Tratado se rende ao caráter político, eminentemente político de Direito Internacional quanto à extradição, ao dizer: a extradição será concedida – e entre os vários casos de não concessão do pedido extradicional vem o citado pelo Ministro Eros Grau – se a parte requerida, a parte requerida não é o Supremo, é o Estado, tiver razões ponderáveis. Olha que subjetividade, isso está no campo político, diferentemente da Lei do Refúgio, que é muito rigorosa, só concede o refúgio se houver fundados temores, artigo 1º, I, de perseguição. Aí vem: perseguição cultural, perseguição política, perseguição de gênero, etc. Aqui não; aqui é de uma inescusável subjetividade: se a parte requerida tiver razões ponderáveis para supor – é um juízo subjetivo, psíquico – que a pessoa reclamada está submetida a atos de perseguição e discriminação por motivo de raça, religião, sexo, nacionalidade, língua, opinião política, condição social-pessoal. Como se fosse pouco, eis o remate normativo do Tratado: “ou que sua situação possa ser agravada por um dos elementos antes mencionados”.

Então, o próprio tratado está reconhecendo o caráter eminentemente político da extradição, que se inscreve num quadro de soberania dos Estados, e está deixando que cada parte requerente, diante do caso concreto, faça um juízo de ponderabilidade a partir de uma suposição, quer dizer, completamente diferente da Lei de Refúgio³³³.

4.4. Análise

Após a síntese dos votos que definiram o pensamento do STF no julgamento da Reclamação n. 11.243 e na apreciação da Petição Avulsa na Extradição n. 1.085, cumpre examinar se a decisão da Corte seguiu os parâmetros de uma decisão tomada conforme a doutrina da *common law*, na acepção de David Strauss.

³³³ Trecho do voto do min. Carlos Britto. Idem.

4.4.1. Os dispositivos constitucionais invocados para a solução da questão

Em primeiro lugar, é necessário verificar qual é o tratamento conferido pelo texto constitucional para o tema, ou seja, se a própria Constituição fornece uma resposta inequívoca para a possibilidade de o STF controlar o ato do Presidente da República que implica a recusa da entrega de cidadão estrangeiro, a despeito da existência de tratado de extradição celebrado entre o Brasil e o Estado requerente.

Vale iniciar o exame destacando que a Constituição Federal menciona em três ocasiões o vocábulo “extradição”. No artigo 5º, inciso LII, a Carta prevê que “não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião”. No inciso XV do artigo 22, estabelece competir privativamente à União legislar sobre extradição e expulsão de estrangeiros. E no artigo 102, inciso I, alínea ‘g’, da Carta Magna, preceitua que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a extradição solicitada por Estado estrangeiro.

Como se observa, a Lei Maior não disciplina de forma específica, inequívoca, a possibilidade de o STF exercer, ou não, o controle do ato de não entrega de estrangeiro pelo Presidente, cuja extradição foi autorizada pela Corte.

É certo que a Constituição estabelece, por exemplo, que compete privativamente ao Presidente da República (a) manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos e (b) celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional (artigo 84, incisos VII e VIII).

Por outro lado, o mesmo texto constitucional especifica que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (artigo 102, *caput*).

Tal dispositivo pode ser compreendido como uma atribuição de competência para a mais alta Corte do país, para revisar qualquer tipo de ato governamental que entenda contrariar um dispositivo constitucional, ainda que a natureza do ato seja predominantemente política.

Convém salientar que o artigo 4º da Constituição estabelece que a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais por princípios como (i) repúdio ao terrorismo e ao racismo; (ii) cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; (iii) concessão de asilo político; (iv) prevalência dos direitos humanos. Como são princípios estampados no texto constitucional, poderiam ser objeto de construção, pelo STF, com o propósito de anulação de um ato presidencial.

Além disso, a definição do conteúdo constitucional de “crime político ou de opinião”, mencionados no artigo 5º, inciso LII, ficaria a cargo da Corte. Tal entendimento, inclusive, já foi consignado em acórdão da relatoria do ex-ministro Paulo Brossard:

“[...] não havendo a Constituição definido o crime político, ao Supremo cabe, em face da conceituação da legislação ordinária vigente, dizer se os delitos pelos quais se pede a extradição, constituem infração de natureza política ou não, tendo em vista o sistema da principalidade ou da preponderância”³³⁴.

Nessa linha, não restam dúvidas de que seria possível arguir que, na observância da missão de assegurar a guarda precípua da Constituição, prevista no *caput* do artigo 102, o Supremo poderia rever um ato do Presidente da República de não entrega de um estrangeiro, sob a alegação de que tal ato,

³³⁴ STF, Ext. 615, Rel. Min. Paulo Brossard, Tribunal Pleno, DJ de 5.12.1994.

por exemplo, não concretizou o princípio do repúdio ao terrorismo ou o da cooperação entre os povos.

Os defensores dessa visão provavelmente citariam as palavras do Ministro Gilmar Mendes, proferidas no voto vencido da Reclamação n. 11.243, no sentido de que “não há ‘judicialização da política’ quando as ‘questões políticas’ estão configuradas como verdadeiras ‘questões de direitos’”³³⁵.

A defesa desta óptica poderia, também, ser amparada pelas palavras do ex-membro da Corte Constitucional alemã, Dieter Grimm, que afirmou que naquele país dificilmente um ato governamental fica fora do espectro de controle judicial, o que autoriza a Corte a atuar como um “censor da razoabilidade de toda ação governamental”³³⁶.

O pensamento seria similar ao tipo de controle adotado na Alemanha, onde, como acima referido, parece não existir uma doutrina da questão política. Vale novamente citar as palavras do Professor da Universidade Notre Dame, Donald P. Kommers, no sentido de que, na Alemanha, “todas as questões que surgem perante a Lei Fundamental são passíveis de apreciação judicial se propriamente iniciadas por meio de um dos dezoito diferentes procedimentos... para adjudicação de questões constitucionais. Essas questões incluem o altamente politizado campo da política externa.”³³⁷

Entretanto, essa não é a única interpretação aceitável sobre o tema.

³³⁵ Trecho do voto do Min. Gilmar Mendes. Fl. 17. Rcl 11243, Rel. Min. Gilmar Mendes, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2011, DJe 5.10.2011.

³³⁶ GRIMM, Dieter. op. cit. p. 15.

³³⁷ *Apud* JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark. *Comparative Constitutional Law*. 2nd. Ed. New York: Foundation Press. 2006. p. 899.

É também perfeitamente possível compreender que o ato do Presidente da República de não entrega de um estrangeiro a seu país de origem configura um ato de política externa, o qual, por força do inciso VII do artigo 84 da Constituição, está inserido no campo da condução das relações exteriores, sendo esta atribuição inequivocamente reservada ao Chefe do Executivo Federal. Estar-se-ia, assim, diante de uma verdadeira questão política, não sindicável pelo Judiciário.

Os defensores dessa corrente poderiam invocar as palavras do *Chief Justice* John Marshall, proferidas em *Marbury v. Madison*, segundo as quais “[o] papel das Cortes é, somente, decidir sobre os direitos de indivíduos [...]. Questões em sua natureza política [...] não devem ser solucionadas pela Suprema Corte”³³⁸.

E poderiam citar o precedente *Baker v. Carr*, no qual a Corte Suprema afirmou que as relações externas são predominantemente questões políticas.

Logo, dada a subdeterminação na tratativa constitucional do tema, a construção de uma conclusão sobre a questão decorrerá de um processo hermenêutico de interpretação constitucional, baseado nas concepções filosóficas e humanísticas do intérprete e na sua visão sobre o sentido da Constituição.

Contudo, para efeitos do objetivo visado por este trabalho, tal processo deverá levar em conta a doutrina da *living constitution*, na óptica de David Strauss.

Pela abordagem do sistema da *common law*, como defendida por David Strauss, a solução da controvérsia compreenderá um exame de qual é a

³³⁸ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 168 (1803).

lei aplicável ao caso, tal como previamente definida pelo STF em casos similares, visto que o texto constitucional não pacificou, de forma cabal, a questão.

Caso a jurisprudência não seja pacífica e clara, o juiz da *common law* decidirá o caso “com base nas suas visões sobre qual decisão será mais justa ou compatível na manutenção de uma boa política social”, sempre levando em conta uma posição de humildade e de um cauteloso empirismo³³⁹.

Convém salientar que Strauss lembra que uma característica consolidada da *common law* é a de que não se trata de um sistema de meramente seguir a jurisprudência, mas permitir ao juiz tecer considerações e decisões sobre aspectos de justiça e política social e, em certas situações, modificar o entendimento consolidado.

Contudo, o autor defende ser negativo que uma pessoa tente solucionar isoladamente um determinado problema, sem conhecer como a sabedoria coletiva teria tentado resolver o conflito. Por essa razão, aduz que os precedentes devem ser seguidos, sobretudo aqueles que refletem a jurisprudência consolidada há tempo.

4.4.2. A jurisprudência prévia do STF acerca do controle da decisão de concessão de refúgio

A grande dificuldade do caso Battisti é que se trata de questão inédita, jamais submetida ao crivo do Supremo Tribunal Federal. Ou seja, nunca a Corte fora chamada a examinar a legitimidade de um ato do Presidente da República de não proceder à entrega de um estrangeiro, cuja extradição fora previamente deferida pelo Colegiado Maior.

³³⁹ STRAUSS, David A. op. cit. p. 38.

Existiam casos em que ficara consignado que a entrega competiria discricionariamente ao Presidente da República. A título de exemplo, na EXT 1.114, constou do voto da ministra Cármen Lúcia, relatora, que “o Supremo Tribunal [se] limita a analisar a legalidade e a procedência do pedido de extradição: indeferido o pedido, deixa-se de constituir o título jurídico sem o qual o Presidente da República não pode efetivar a extradição; se deferida, a entrega do súdito ao Estado requerente fica a critério discricionário do Presidente da República”³⁴⁰.

Entretanto, à luz da jurisprudência do STF, a ressalva da discricionariedade não necessariamente significaria a impossibilidade de controle. O tema simplesmente não havia sido enfrentado.

Impende notar que, no âmbito interno, o Tribunal já admite exercer o controle de constitucionalidade de atos discricionários do Poder Executivo. Confira-se, a título de exemplo, o seguinte precedente:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PRESSUPOSTO ESPECÍFICO DE RECORRIBILIDADE. [...] Na dicção sempre oportuna de Celso Antônio Bandeira de Mello, mesmo nos atos discricionários não há margem para que a administração atue com excessos ou desvios ao decidir, competindo ao Judiciário a glosa cabível" (Discricionariedade e Controle judicial)³⁴¹.

O Ministro Eros Grau, da mesma maneira, destacou que “os atos administrativos que envolvem a aplicação de ‘conceitos indeterminados’ estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração”³⁴².

³⁴⁰ STF, Ext. 1.114, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 12.6.2008, DJe 21.8.2008.

³⁴¹ STF, RE 131661, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, j. 26.9.1995. DJ 17.11.1995.

³⁴² STF, RMS 24.699, Rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, j. 30.11.2004, DJ 1.7.2005.

Num caso apreciado em 1967, o Ministro Victor Nunes Leal, em *obiter dictum*, chegou a admitir um possível controle de um ato de recusa do Presidente, quando existisse um tratado bilateral:

“A decisão favorável do Supremo Tribunal é, sem dúvida, condição prévia, sem a qual não se pode dar a extradição. Mas o Supremo Tribunal também aprecia cada caso em face dos compromissos internacionais porventura assumidos pelo Brasil. Mesmo que o Tribunal consinta na extradição – por ser regular e legal o pedido –, surge outro problema, que interessa particularmente ao Executivo: a saber se ele estará obrigado a efetivá-la. Parece-me que essa obrigação só existe nos limites do direito convencional, porque não há, como diz Mercier, ‘um direito internacional geral de extradição’³⁴³.

E esse precedente foi o que norteou o entendimento adotado na Extradicação n. 1.085, no sentido de que o ato de entrega era discricionário, mas o Presidente deveria cumprir o tratado.

É possível afirmar que a jurisprudência do STF, até o julgamento do caso Battisti, direcionava a reconhecer a existência de um contexto eminentemente político a casos de concessão de refúgio ou asilo político a estrangeiros e a não admitir o controle pelo Judiciário.

O precedente pioneiro foi a Extradicação n. 1.008, que envolveu pedido formulado pela República da Colômbia para a extradição de Francisco Antônio Cadena Collazos, cidadão do país latino-americano, a quem fora reconhecido o *status* de refugiado pelo Comitê Nacional para os Refugiados – CONARE³⁴⁴.

Conforme destacou o Ministro Gilmar Mendes, o contexto fático dos autos era inédito, eis que se tratava do primeiro caso de concessão

³⁴³ STF - Ext 272, Rel. Min. Victor Nunes, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/1967, DJ 20.12.1967.

³⁴⁴ STF, Ext 1008, Rel. Min. Gilmar Mendes, Red. p/ acórdão. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 21.3.2007, DJe 16.8.2007.

administrativa de refúgio a um estrangeiro que, simultaneamente, era demandado por seu Estado de origem em processo de extradição perante o STF³⁴⁵.

Mendes, no entanto, ficou vencido naquele julgamento. A Corte, por nove votos a um, não conheceu da extradição, pois entendeu que a concessão de refúgio pelo Poder Executivo, nos termos dos artigos 33 e 34 da Lei n. 9.474/1997³⁴⁶, prejudicaria a análise do pedido e que esta decisão não poderia *a priori* ser revista pelo Poder Judiciário. Confira-se trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski:

“O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Senhor Presidente, pronuncio-me, também, no sentido do não conhecimento. Faço-o por entender que o ato do CONARE, mais do que um mero ato administrativo, tem um cunho político-administrativo exercido dentro da competência que a Constituição defere ao Presidente da República em matéria de relações internacionais. Como tal, caracteriza-se pela ampla discricionariedade e, em princípio, não pode ser examinado, quanto ao seu mérito, salvo em circunstâncias excepcionais, pelo Poder Judiciário.”³⁴⁷

O Ministro Sepúlveda Pertence, autor do voto condutor do julgamento, expressamente ressaltou que “o deferimento do refúgio é questão da competência política do Poder Executivo, condutor das relações internacionais do País [...] [devendo] “haver uma relação de pertinência entre a motivação do deferimento do refúgio e o objeto da extradição”³⁴⁸

³⁴⁵ Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes. Idem.

³⁴⁶ Art. 33. O reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio.

Art. 34. A solicitação de refúgio suspenderá, até decisão definitiva, qualquer processo de extradição pendente, em fase administrativa ou judicial, baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio.

³⁴⁷ Trecho do voto do Min. Ricardo Lewandowski. STF, Ext 1008, Rel. Min. Gilmar Mendes.

³⁴⁸ Trecho do voto do Min. Sepúlveda Pertence. Idem.

E, concluiu: “não indagarei se é crime político ou não, porque, neste caso, entendo ser a decisão de competência governamental”³⁴⁹.

É pertinente, também, examinar a ementa do julgado:

“EMENTA: Extradução: Colômbia: crimes relacionados à participação do extraditando - então sacerdote da Igreja Católica - em ação militar das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC). Questão de ordem. Reconhecimento do status de refugiado do extraditando, por decisão do comitê nacional para refugiados - CONARE: pertinência temática entre a motivação do deferimento do refúgio e o objeto do pedido de extradição: aplicação da Lei 9.474/97, art. 33 (Estatuto do Refugiado), cuja constitucionalidade é reconhecida: ausência de violação do princípio constitucional da separação dos poderes.

1. De acordo com o art. 33 da L. 9474/97, o reconhecimento administrativo da condição de refugiado, enquanto dure, é elisiva, por definição, da extradição que tenha implicações com os motivos do seu deferimento.

2. **É válida a lei que reserva ao Poder Executivo - a quem incumbe, por atribuição constitucional, a competência para tomar decisões que tenham reflexos no plano das relações internacionais do Estado - o poder privativo de conceder asilo ou refúgio.**

3. A circunstância de o prejuízo do processo advir de ato de um outro Poder - desde que compreendido na esfera de sua competência - não significa invasão da área do Poder Judiciário.

4. Pedido de extradição não conhecido, extinto o processo, sem julgamento do mérito e determinada a soltura do extraditando.

5. Caso em que de qualquer sorte, incidiria a proibição constitucional da extradição por crime político, na qual se compreende a prática de eventuais crimes contra a pessoa ou contra o patrimônio no contexto de um fato de rebelião de motivação política (Ext. 493).”

É certo, contudo, que, já no âmbito do caso Battisti, na apreciação da Extradução n. 1.085, o STF, por cinco votos a quatro, superou tal entendimento e entendeu pela possibilidade de examinar as razões que fundamentaram a concessão do *status* de refugiado a determinado

³⁴⁹ Idem. Ibidem.

extraditando. Cumpre observar o trecho da ementa do julgado em que o tema foi tratado:

“EMENTAS: 1. EXTRADIÇÃO. Passiva. Refúgio ao extraditando. Fato excludente do pedido. Concessão no curso do processo, pelo Ministro da Justiça, em recurso administrativo. Ato administrativo vinculado. Questão sobre sua existência jurídica, validade e eficácia. Cognição oficial ou provocada, no julgamento da causa, a título de preliminar de mérito. Admissibilidade. Desnecessidade de ajuizamento de mandado de segurança ou outro remédio jurídico, para esse fim. Questão conhecida. Votos vencidos. Alcance do art. 102, inc. I, alínea "g", da CF. Aplicação do art. 3º do CPC. Questão sobre existência jurídica, validez e eficácia de ato administrativo que conceda refúgio ao extraditando é matéria preliminar inerente à cognição do mérito do processo de extradição e, como tal, deve ser conhecida de ofício ou mediante provocação de interessado jurídico na causa.

2. EXTRADIÇÃO. Passiva. Refúgio ao extraditando. Concessão no curso do processo, pelo Ministro da Justiça. Ato administrativo vinculado. Não correspondência entre os motivos declarados e o suporte fático da hipótese legal invocada como causa autorizadora da concessão de refúgio. Contraste, ademais, com norma legal proibitiva do reconhecimento dessa condição. Nulidade absoluta pronunciada. Ineficácia jurídica consequente. Preliminar acolhida. Votos vencidos. Inteligência dos arts. 1º, inc. I, e 3º, inc. III, da Lei nº 9.474/97, art. 1-F do Decreto nº 50.215/61 (Estatuto dos Refugiados), art. 1º, inc. I, da Lei nº 8.072/90, art. 168, § único, do CC, e art. 5º, inc. XL, da CF. Eventual nulidade absoluta do ato administrativo que concede refúgio ao extraditando deve ser pronunciada, mediante provocação ou de ofício, no processo de extradição” [...]³⁵⁰.

E, no caso Battisti, o STF decidiu anular a decisão do Ministro da Justiça de conceder o *status* de refugiado ao extraditando, por não vislumbrar correspondência entre os motivos declarados e o suporte fático da hipótese legal invocada como causa autorizadora da concessão de refúgio. Eis os argumentos do Ministro Cezar Peluso, autor do voto condutor do julgamento:

³⁵⁰ STF, Ext 1085, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. 16.12.2009, DJe 15.4.2010.

“A condição de refúgio foi, expressamente, reconhecida, no caso, pela autoridade administrativa, com base nos termos do inciso I³⁵¹. Daí que, ancorando toda sua suposta legalidade nessa específica hipótese normativa (*fattispecie* abstrata), é preciso, no exercício da atividade de controle dos seus aspectos jurídico-formais à luz dos requisitos de estrita legalidade, verificar se a decisão atendeu, segundo a motivação declarada, ao conjunto dos elementos de fato previstos na norma em que se apoiou (*fattispecie* concreta). Em palavras mais simples, cumpre ver se, para justificar a concessão de refúgio ao extraditando, deveras constam fatos invocados e provados, capazes de corresponder à hipótese de “fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas”.

E, mais, atendo-se ao âmbito objetivo dessa previsão legal, é preciso investigar se há receio, não apenas fundado, enquanto deva encontrar suporte em fatos provados, com idoneidade para gerar temores racionais, mas também se tal receio seria atual, no sentido de que, como possibilidade de continuar no futuro, subsista ainda agora, como séria ameaça à dignidade do extraditando, a eventual situação de risco de perseguição, e, com tal força que lhe impossibilite o legítimo exercício dos seus direitos de pessoa e de cidadão perante o Estado requerente.

E não é tudo, pois insta sobretudo por a limpo se o pretense temor, ainda quando fundado e atual que seja, não estaria relacionado menos com risco exclusivo de perseguição política, enquanto ingrediente necessário da hipótese dessa especial causa extrínseca obstativa de extradição, do que com procedimentos judiciais em que, por razões políticas, o Estado requerente não consegue proteger os direitos básicos de um julgamento imparcial e justo³⁵².

Logo, por considerar inválido o argumento de que a República Italiana não seria capaz de assegurar a observância das garantias constitucionais de Cesare Battisti, Peluso votou pela anulação da decisão do Ministro da Justiça que lhe concedera o refúgio, sendo acompanhado pela maioria da Corte.

O Ministro salientou que se tratava, “portanto, de ato administrativo, que, por sua manifesta, absoluta e irremediável nulidade e

³⁵¹ Lei n. 9.474/1997. Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

³⁵² Trecho do voto do Ministro Cezar Peluso. Idem.

ineficácia, não pode opor-se à cognição nem a eventual procedência do pedido de extradição, como, ademais, há de ficar ainda mais translúcido no exame do mérito. O ato é ilegal. Era correta a decisão do CONARE”³⁵³.

Como é possível observar, no julgamento da Extradicação n. 1.085, o STF superou o entendimento firmado na Extradicação n. 1.008 no sentido de que a concessão do *status* de refugiado pelo Poder Executivo prejudicaria a análise do pedido extraditório e esta decisão não poderia *a priori* ser revista pelo Poder Judiciário.

Tal fato, embora destoante da jurisprudência previamente fixada, não pode ser considerado um entendimento isolado, totalmente inovador, já que a Corte já vinha concluindo, em atos administrativos relativos ao plano interno, que poderia controlar a discricionariedade declarada pelo administrador público, de forma a evitar excessos ou desvios ao decidir. Os exemplos citados foram os julgamentos do Recurso Extraordinário n. 131.661 e do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 24.699.

O que o STF passou a efetivar, em verdade, foi o controle dos motivos determinantes do ato administrativo de concessão de refúgio. A Corte, por maioria, entendeu que os fatos declarados pelo Ministro da Justiça para autorizar a permanência de Battisti no Brasil não eram verdadeiros. Diante da falsidade dos motivos, o ato da concessão do refúgio foi anulado.

O fundamento adotado pelo STF, aliás, corresponde à teoria dos motivos determinantes, já consagrada no direito administrativo. Confira-se a lição de Lucas Rocha Furtado sobre o tema:

“A motivação do ato discricionário é de fundamental importância para a ordem jurídica. O ato discricionário não motivado se torna imune ao controle judicial, ou este se exercerá de forma bastante precária. O controle judicial dos

³⁵³ Idem.

atos administrativos é preceito básico do Estado de Direito. Admitir a desnecessidade de motivar qualquer ato, em especial do discricionário, importa em retroceder 200 anos de evolução do Direito Público, importa em atacar postulados básicos do Direito segundo os quais todos os atos praticados pela Administração estejam sujeitos ao controle judicial (CF, art. 5º, XXXV).

A motivação dos atos discricionários levou a doutrina a construir a *teoria dos motivos determinantes*.

A teoria dos motivos determinantes preceitua que o ato discricionário, uma vez motivado, vincula-se aos motivos indicados pelo administrador; vincula-se às circunstâncias de fato ou de direito que o levaram a praticar o ato, de modo que se esses motivos não existirem ou não forem válidos, o ato será nulo³⁵⁴.

Desta feita, na acepção de uma *living constitution*, tal como defendido por Strauss, a Corte, embora tenha superado o entendimento firmado por nove votos a um na Extradução n. 1008, no sentido de que o ato de concessão de refúgio não deveria *a priori* se submeter ao controle do Poder Judiciário, acabou por adotar um critério de controle já prevalecente no direito administrativo – a teoria dos motivos determinantes – para o direito extradicional, naqueles casos em que há tratado internalizado no ordenamento jurídico pátrio.

Cabe lembrar que os juízes na *common law*, embora em regra devam seguir os precedentes, podem inovar em hipóteses em que seja desejável alterar um entendimento sedimentado.

Contudo, em que pese, no caso, a Corte ter fixado a possibilidade de controle dos motivos declarados pelo Poder Executivo para a concessão do *status* de refugiado, tal entendimento não parece que irá prevalecer e não parece ter vingado no julgamento da Reclamação n. 11.243 e da Petição Avulsa na Extradução n. 1.085.

³⁵⁴ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum. p. 127.

Isso porque, como anteriormente destacado pelas razões dos votos dos Ministros Luiz Fux e Carlos Britto, a maioria entendeu pela insidicabilidade do ato de recusa de entrega pelo Presidente, eis que “no campo da soberania, relativamente à extradição, é assente que o ato de entrega do extraditando é exclusivo, da competência indeclinável do Presidente da República. Isso está consagrado na Constituição, nas Leis, nos Tratados e na própria decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal”³⁵⁵.

Vale notar que o Ministro Gilmar Mendes ressaltou “que os fundamentos da decisão presidencial que recursou a extradição [eram], em essência, os mesmos utilizados pelo Ministro da Justiça, por ocasião da concessão de refúgio ao extraditando.” Confira-se trecho do voto:

“A fundamentação lançada pelo Ministro da Justiça refere-se ao fato de que o extraditando teria se envolvido em organizações ilegais e criminosas por motivos políticos e que seus crimes teriam conotações também políticas, de modo que haveria fundado temor de perseguição por motivo de suas atividades pretéritas, o que ensejaria a concessão de refúgio nos termos do Art. 1º, inciso I, da Lei 9.474/97.

Nesse sentido, assim dispôs o Ministro de Estado da Justiça em sua fundamentação (pg. 2962 dos autos da EXT. 1085):

‘Por motivos políticos o Recorrente envolveu-se em organizações ilegais criminalmente perseguidas no estado requerente. Por motivos políticos foi abrigado na França e também por motivos políticos, originários de decisão política do Estado Francês, decidiu, mais tarde, voltar a fugir. Enxergou o Recorrente, ainda, razões políticas para os reiterados pedidos de extradição Itália-França, bem como para a concessão da extradição, que, conforme o Recorrente, estariam vinculadas à situação eleitoral francesa. O elemento subjetivo do “fundado temor de perseguição” necessário para o reconhecimento da condição de refugiado está, portanto, claramente configurado.

À luz do que foi brevemente relatado, percebe-se do conteúdo das acusações de violação da ordem jurídica italiana e das movimentações políticas que

³⁵⁵ Trecho do voto do Min. Luiz Fux. fl. 24. STF - Rcl 11243, Rel. Min. Gilmar Mendes, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2011, DJe 5.10.2011.

ora deram estabilidade, ora movimentação e preocupação ao Recorrente, o elemento subjetivo, baseado em fatos objetivos, do “fundado temor de perseguição”, necessário para o reconhecimento da condição de refugiado’.

Conforme mencionei acima, o Supremo afastou a configuração de crimes políticos, assentando tratar-se de crimes comuns, bem como tornou insubsistente a concessão de refúgio ao extraditando, por não vislumbrar qualquer temor de perseguição política relativamente a ele em seu país de origem.

Fux, como acima destacado, no entanto, entendeu que o exame da existência de “razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição”, feito pelo Poder Executivo em atos que envolvam política externa, não é passível de revisão:

“Entendendo existir “razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição”, qualquer dos sujeitos de Direito Internacional que pactuaram o Tratado Extradicional pode negar a entrega do súdito da parte requerente.

Conclui-se do exposto que, ainda que se entenda que o ato do Presidente da República é vinculado aos termos do Tratado de Extradicação, apenas ele, como Chefe de Estado, dispõe de capacidade institucional para avaliar a existência dos requisitos autorizadores da não entrega, especialmente a expressão “atos de perseguição” – trata-se de ato político-administrativo vinculado a conceitos jurídicos indeterminados.

Nas palavras de Adrian Vermeule, “a revisão judicial da constitucionalidade de textos legais e os processos decisórios judiciais destinados à interpretação constitucional devem ser realizados à luz das capacidades institucionais”

[...] Não é da alçada do Judiciário envolver-se na política externa do país³⁵⁶.

Desta feita, no julgamento da Reclamação n. 11.243 e da Petição Avulsa na Extradicação n. 1.085, a postura da maioria dos membros do STF foi a de não apreciar os motivos determinantes que implicaram a não entrega de Battisti à República Italiana, mesmo com o pedido extraditório já deferido pela Corte.

³⁵⁶ Trecho de voto proferido pelo Min. Luiz Fux. Idem.

A decisão, assim, parece fazer ressurgir o entendimento assentado na Extradução n. 1.008 e não contribui para consolidar a alteração do entendimento jurisprudencial promovida no julgamento da Extradução n. 1.085.

O exame das razões do voto do Ministro Luiz Fux demonstram que o magistrado, mais do que preocupado em manter a autoridade da decisão anterior, admitiu que esta poderia ser violada pelo Presidente da República, na condução das relações externas.

Por exemplo, a despeito de o Supremo ter afastado a natureza política dos crimes, Fux assentou:

“A impossibilidade de vincular o Presidente da República à decisão do Supremo Tribunal Federal se evidencia quando recordamos que inexiste um conceito rígido e absoluto de crime político. Na percuciente observação de Celso de Albuquerque Mello, “[é] mais fácil dizer o que não é crime político do que definir este. (...) a discussão do que venha a ser crime político é tão ampla que se pode dizer que só será crime político o que o STF desejar (...). A conceituação de um crime como político é, por sua vez, um ato político em si mesmo, com toda a relatividade da política.”

Ou seja, pela lógica do Ministro, dada a subdeterminação no conceito de crime político, a despeito de o STF ter concluído pela não configuração deste tipo de ilícito, era perfeitamente possível que o Presidente o fizesse, dada a inexistência de um conceito rígido.

Outro momento do voto que reflete o pensamento do magistrado ocorreu com o exposto reconhecimento de que o ato do Presidente implicava a concessão de refúgio a Battisti, *status* anteriormente reconhecido pelo Ministro da Justiça e declarado nulo pelo STF:

“O ato de concessão de refúgio, desta feita, não acarreta abalo nas relações internacionais com o Estado que requer a extradição. Entendendo existir “razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição”, qualquer dos sujeitos de Direito Internacional que pactuaram o Tratado Extradicional pode negar a entrega do súdito da parte requerente.”

Por fim, na conclusão do voto, o Ministro Fux expressamente reconhece que a interpretação do Presidente é soberana, já que se trata de relações externas:

“Compete ao Presidente da República, dentro da liberdade interpretativa que decorre de suas atribuições de Chefe de Estado, para caracterizar a natureza dos delitos, apreciar o contexto político atual e as possíveis perseguições contra o extraditando relativas ao presente, o que é permitido pelo texto do Tratado firmado (art. III, 1, f)”.

Destarte, a conclusão do voto condutor, assim, parece muito mais expor o pensamento do Ministro sobre a questão e, sobretudo, sobre o desacerto da decisão tomada no julgamento da Extradicação n. 1.085 do que uma preocupação com a coerência da *lei* regente sobre o controle dos atos do Presidente da República praticados no âmbito do processo extraditório.

Assim, afigura-se possível afirmar que a decisão parece restabelecer o antigo posicionamento jurisprudencial selado na Extradicação n. 1.008.

Aliás, há outro precedente do STF, também adotado num caso em que se examinava um pedido de extradição da República Italiana, também de um ex-ativista de esquerda por supostos crimes praticados no final da década de 1970, durante os chamados anos de chumbo. Trata-se da Extradicação n. 994, em que se requereu a entrega de Pietro Mancini.

Neste precedente, o STF entendeu que, a despeito da ordem democrática estabelecida naquele período, os crimes verificados tinham

natureza política, o que inviabilizava o deferimento do pedido extraditório. Confira-se trecho do voto do Ministro Marco Aurélio, a quem coube a relatoria:

“Os crimes verificados decorreram da formação do movimento denominado Autonomia Operária Organizada. O pano de fundo, revelando-se a conexão, mostrou-se como sendo a atividade de um grupo de ação política, desaguando em práticas criminosas que, isoladamente, poderiam ser tidas como comuns. Tudo ocorreu visando a subverter a ordem do Estado, cogitando-se, por isso mesmo, de ‘organização subversiva Rosso, em cujo interesse eram deliberadas as rapinas executadas’. O que surge inafastável é o fato principal de se haver buscado a modificação da ordem econômico-social do Estado italiano”³⁵⁷.

Também no julgamento da Extradução n. 694, na qual a Itália requereu a extradição de Luciano Pessina, acusado de assaltar bancos e explodir bombas no final da década de 70, a Corte negou a extradição por reconhecer a existência de crime político³⁵⁸.

Confira-se a ementa do precedente:

EMENTA: - EXTRADIÇÃO EXECUTÓRIA DE PENAS. PRESCRIÇÃO. CRIMES POLÍTICOS: CRITÉRIO DA PREPONDERÂNCIA.

1. O extraditando foi condenado pela Justiça Italiana, em julgamentos distintos, a três penas de reclusão:

- a) - a primeira, de 1 ano, 8 meses e 20 dias;
- b) - a segunda, de 5 anos e 6 meses; e
- c) - a terceira, de 6 anos e 10 meses.

2. Quanto à primeira, ocorreu a prescrição da pretensão punitiva, de acordo com a lei brasileira. E até a prescrição da pretensão executória da pena, seja pela lei brasileira, seja pela italiana.

3. No que concerne às duas outras, não se consumou qualquer espécie de prescrição, por uma ou outra leis.

4. Mas, já na primeira condenação, atingida pela prescrição, ficara evidenciado o caráter político dos delitos, consistentes em explosões realizadas na via pública, para assustar adversários políticos, nas proximidades das sedes de suas

³⁵⁷ STF, Ext. 994, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 14.12.2005, DJ 4.8.2006.

³⁵⁸ STF, Ext. n. 694, Rel. Min. Sydney Sanches. Tribunal Pleno, j. 13.2.1997, DJ 12.2.1997.

entidades, sem danos pessoais, porque realizadas de madrugada, em local desabitado e não freqüentado, na ocasião, por qualquer pessoa, fatos ocorridos em 1974.

5. A segunda condenação imposta ao extraditando foi, também, por crime político, consistente em participação simples em bando armado, de roubo de armas contra empresa que as comercializava, de roubo de armas e de dinheiro, contra entidade bancária, fatos ocorridos em 12.10.1978. Tudo, "com o fim de subverter violentamente a ordem econômica e social do Estado italiano, de promover uma insurreição armada e suscitar a guerra civil no território do estado, de atentar contra a vida e a incolumidade de pessoas para fins de terrorismo e de eversão da ordem democrática". Essa condenação não contém indicação de fatos concretos de participação do extraditando em atos de terrorismo ou de atentado contra a vida ou à incolumidade física das pessoas. E o texto é omissivo quanto às condutas que justificaram a condenação dos demais agentes, de sorte que não se pode aferir quais foram os fatos globalmente considerados. E não há dúvida de que se tratava de insubmissão à ordem econômica e social do Estado italiano, por razões políticas, inspiradas na militância do paciente e de seu grupo. Trata-se pois, também, nesse caso, de crime político, hipótese em que a concessão da extradição está expressamente afastada pelo inciso LII do art. 5º da Constituição Federal, "verbis": "não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião."

6. Na terceira condenação - por roubo contra Banco, agravado pelo uso de armas e pluralidade de agentes - o julgado não diz que o delito tenha sido praticado "com o fim de subverter violentamente a ordem econômica e social do Estado italiano", como ocorreu na 2ª condenação. Não há dúvida, porém, de que os fatos resultaram de um mesmo contexto de militância política, ocorridos que foram poucos meses antes, ou seja, "em época anterior e próxima a 09.02.1978", envolvendo, inclusive, alguns agentes do mesmo grupo.

7. Iguamente nesse caso (3ª condenação), não se apontam, com relação ao paciente, fatos concretos característicos de prática de terrorismo, ou de atentados contra a vida ou a liberdade das pessoas.

8. Diante de todas essas circunstâncias, não é o caso de o S.T.F. valer-se do § 3º do art. 77 do Estatuto dos Estrangeiros, para, mesmo admitindo tratar-se de crimes políticos, deferir a extradição.

9. O § 1º desse mesmo artigo (77) também não justifica, no caso, esse deferimento, pois é evidente a preponderância do caráter político dos delitos, em relação aos crimes comuns.

10. E a Corte tem levado em conta o critério da preponderância para afastar a extradição, ou seja, nos crimes preponderantemente políticos (RTJ 108/18; EXTRADIÇÃO nº 412-DJ 08.03.85; e RTJ 132/62).

11. Com maior razão, não de ser considerados crimes políticos, ao menos relativos, os praticados pelo extraditando, de muito

menor gravidade que as de um dos precedentes, ainda que destinados à contestação da ordem econômica e social, quais sejam, o de participação simples em bando armado, o de roubo de armas, veículos e dinheiro, tudo com a mesma finalidade.

12. Uma vez reconhecida a prescrição, seja pela lei brasileira, seja pela italiana, no que concerne à primeira condenação (1 ano, 8 meses e 20 dias de reclusão) e caracterizados crimes políticos, quanto às duas outras, o pedido de extradição, nas circunstâncias do caso, não comporta deferimento.

13. Extradição indeferida. Plenário. Decisão unânime”

Assim, todos os precedentes prévios do STF, que envolveram a análise do conturbado período por qual passou a Itália nos anos 70, tiveram o pedido indeferido.

Como noticia o historiador inglês Tony Judt, na célebre obra “Pós-Guerra”, “entre 1970 e 1981, não houve um ano sequer na Itália no qual não ocorressem assassinatos, mutilações, sequestros, assaltos e vários atos de violência pública. Ao longo da década, três políticos, nove magistrados, 65 policiais e cerca de trezentas pessoas foram executadas”³⁵⁹.

Tony Judt destaca que a “escala da ameaça terrorista começ[ou] a ter um custo” no final dos anos 70. “O Partido Comunista Italiano, apoiou, com firmeza e transparência, as instituições da República, tornando-se explícito algo que agora parecia evidente para quase todo mundo: que, a despeito de ter raízes nos movimentos populares dos anos 60, os terroristas dos anos 70 haviam se posicionado além dos limites da política radical”³⁶⁰.

Essa realidade descrita por Judt, que é obviamente questionada por historiadores de esquerda e inclusive os defensores de extraditados, não parece ter sensibilizado os Ministros do Supremo Tribunal Federal, nos primeiros julgamentos em que cidadãos italianos condenados por crimes

³⁵⁹ JUDT, Tony. *Pós-guerra: uma história da Europa desde 1945*. Rio de Janeiro: Objetiva. 2008. p. 478.

³⁶⁰ Idem. p. 479.

naquele período tiveram pedidos de extradição apreciados pelo Plenário da Corte.

Apenas no caso Battisti, essa orientação mudou e a Corte, por uma mínima maioria, entendeu que os crimes não eram políticos.

Porém, sob um ângulo da doutrina da *common law*, na concepção de David Strauss, o que se verifica que é um verdadeiro pêndulo de decisões do STF, que variam conforme os seus integrantes, não parecendo existir uma preocupação em assegurar a integridade do pensamento da Corte e, caso seja hipótese de revisão de entendimento, o necessário cuidado com as razões para justificar a evolução.

Por exemplo, como demonstrado, a despeito do Supremo ter afastado a natureza política dos crimes, Fux assentou:

“A impossibilidade de vincular o Presidente da República à decisão do Supremo Tribunal Federal se evidencia quando recordamos que inexistente um conceito rígido e absoluto de crime político. Na percuciente observação de Celso de Albuquerque Mello, “[é] mais fácil dizer o que não é crime político do que definir este. (...) a discussão do que venha a ser crime político é tão ampla que se pode dizer que só será crime político o que o STF desejar (...). A conceituação de um crime como político é, por sua vez, um ato político em si mesmo, com toda a relatividade da política.”

O trecho parece, de todo, contraditório. Ao mesmo tempo em que há uma citação de Celso Albuquerque Mello de que compete ao STF definir o que é crime político, dada a subdeterminação do instituto, assegura-se também ao Presidente da República o papel de conceituá-lo, sendo esta uma atividade política e, portanto, não sindicável pelo Judiciário.

Em outro momento, Fux afirma que estava sendo concedido um refúgio, algo que a própria Corte já afastara no julgamento da Extradicação n. 1.085:

“O ato de concessão de refúgio, desta feita, não acarreta abalo nas relações internacionais com o Estado que requer a extradição. Entendendo existir “razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição”, qualquer dos sujeitos de Direito Internacional que pactuaram o Tratado Extradicional pode negar a entrega do súdito da parte requerente.”

Como acima destacado, tal trecho do voto parece refletir o pensamento do magistrado de que, de fato, havia sido correta a decisão do Ministro da Justiça de conceder a Battisti o *status* de refugiado.

Contudo, não se pode afirmar que o voto condutor do Ministro Fux, seguido pela maioria do Tribunal, tenha sido um voto proferido em dissonância com a jurisprudência anterior do STF, externada nos julgamentos das Extradicações n.s 694, 994 e 1.008. Pelo contrário, tal voto fez ressuscitar a jurisprudência então vigente, inclusive a aplicável a casos envolvendo os anos de chumbo da Itália.

A única questão a ser observada é a de que a decisão tomada no julgamento da Reclamação n. 11.429 e da Petição Avulsa na Extradicação n. 1.085, embora coerente com a jurisprudência antiga da Corte, pareceu-se contrária à adotada no julgamento da Extradicação n. 1.085, justamente aquele que se buscou observância.

Aliás, para ser coerente com a jurisprudência prévia, Fux deveria ter seguido o que assentado em *obiter dictum* na Extradicação n. 272, ensinamento invocado pelo Ministro Eros Grau no julgamento da Extradicação n. 1.085, em que se chegou a admitir um possível controle de um ato de recusa do Presidente, quando existisse um tratado bilateral:

“A decisão favorável do Supremo Tribunal é, sem dúvida, condição prévia, sem a qual não se pode dar a extradição. Mas o Supremo Tribunal também aprecia cada caso em face dos compromissos internacionais porventura assumidos pelo Brasil.

Mesmo que o Tribunal consinta na extradição – por ser regular e legal o pedido –, surge outro problema, que interessa particularmente ao Executivo: saber se ele estará obrigado a efetivá-la. Parece-me que essa obrigação só existe nos limites do direito convencional, porque não há, como diz Mercier, ‘um direito internacional geral de extradição’³⁶¹.

A despeito destas aparentes incoerências, é prudente salientar que o caso Battisti é um caso extremamente dividido e, portanto, deve ser considerado como excepcional.

As divergências foram permanentes, em todas as instâncias que examinaram as condutas do ex-ativista. Assim o foi no CONARE, no Supremo Tribunal Federal e no Congresso Nacional. Da mesma forma, já se verificara previamente na França, que primeiramente deferiu a permanência do italiano em seu território e, após uma alteração da administração, acatou o pedido da Itália. Assim, parece que jamais houve certeza inequívoca sobre quaisquer dos fatos.

A Suprema Corte americana, em casos com esse nível de divergência, já assentou que “quando o Tribunal decide processos em que resolve uma controvérsia intensivamente dividida, esses casos possuem uma dimensão que a resolução de um julgamento normal não carrega”.

Confira-se o seguinte mencionado em *Planned Parenthood of Southeastern PA. v. Casey*:

“A superação da decisão central de *Roe* não somente representaria um resultado injustificável à luz dos princípios de *stare decisis*, mas também seriamente enfraqueceria o exercício do controle de constitucionalidade e a capacidade da Corte de funcionar como a Suprema Corte da Nação que respeita o estado de direito. Quando o Tribunal resolve uma controvérsia única e intensivamente dividida, como a refletida em *Roe*, a sua decisão tem uma dimensão não presente em

³⁶¹ STF - Ext 272, Rel. Min. Victor Nunes, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/1967, DJ 20.12.1967.

casos normais e a ela é conferida uma carga jurisprudencial rara, de forma a conter os inevitáveis esforços de sua reforma e prejudicar a sua implementação. Somente a justificação mais convincente com base em reconhecidos *standards* jurisprudenciais podem ser suficientes para demonstrar que a decisão reformando a primeira é qualquer coisa mas não uma submissão à pressão política e um injustificado repúdio ao princípio que confere o alicerce básico à autoridade da Suprema Corte. Além disso, a perda da confiança do país no Judiciário seria enfatizada pela condenação da falha do Tribunal de manter a confiança daqueles que observaram a decisão e pagaram um custo por esta obediência. Uma decisão para reformar o que decidido em *Roe*, sob a circunstâncias atuais, seria como apontar um erro, se erro houvesse, ao custo de tanto um profundo e desnecessário dano à legitimidade da Corte e do compromisso da nação com o estado de direito”³⁶².

Segundo William Reynolds, “embora essas instâncias sejam muito raras – os únicos exemplos no século XX mencionados no voto são *Brown v. Board of Education* e *Roe v. Wade* – quando eles ocorrem, não podem ser reconsiderados com princípios ordinários de *stare decisis*. Ao invés, deles somente podem ser superados quando não forem mais controversos”³⁶³.

O autor afirma que “a razão para isto é simples: a superação de um precedente cujo tema é intensamente divergente pode ser visto como uma ‘submissão a pressões políticas’ e isto enfraqueceria a legitimidade da Corte”³⁶⁴. Nas palavras do *ex-chief justice* Willian Rehnquist:

“Com base nesse princípio, quando a Corte decidir uma questão dividida, ela está aparentemente impossibilitada de superar esse precedente pela razão única de que ele estava incorreto, a não ser que a oposição à decisão original tenha deixado de existir”.

Ante essa óptica, foram dois os momentos em que o Supremo Tribunal Federal não adotou uma posição de cautela em relação à sua própria jurisprudência: (a) quando, por cinco votos a quatro, alterou a jurisprudência

³⁶² *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 836 (1992).

³⁶³ REYNOLDS, William Lt. *Judicial Process*. St. Paul: Thomsom West. 2003. P. 299.

³⁶⁴ Idem. Ibidem.

até então dominante e decidiu examinar o acerto da decisão do Ministro da Justiça de considerar Cesar Battisti um refugiado, ao que contraria o que decidido pela Corte na Extradução n. 1.008; (b) quando, a despeito de ter anulado a decisão do Ministro da Justiça de conceder o *status* de refugiado a Battisti, concluiu pela impossibilidade de rever o ato do Presidente da República de não entregar o extraditando por razões que, aparentemente, eram as mesmas que já havia afastado.

V. CONCLUSÃO

Charles Evans Hughes afirmou que “Nós vivemos sob uma Constituição, mas a Constituição é o que os juízes dizem que ela é [...]”³⁶⁵.

De fato, embora o Brasil tenha uma constituição escrita, a maior parte das regras que atualmente regem a vida da sociedade brasileira não pode ser extraída somente a partir de uma lida no nosso extenso texto constitucional. A leitura das decisões do Supremo Tribunal Federal, para a compreensão do conteúdo da Constituição Federal, é assim imprescindível.

Lembrando as palavras de David, em que pese o grande número de emendas que já sofreu o texto da Carta Magna, promulgado em 1988, não é realístico imaginar que todas as mudanças pelas quais vem passando a sociedade brasileira possam ser implementadas via alterações no texto constitucional³⁶⁶. Pelo contrário, as transformações têm sido verificadas em maior proporção na compreensão, pelos seus intérpretes, do conteúdo do texto escrito.

Assim, a Constituição brasileira, tal qual a americana, na óptica defendida por Strauss, é uma *living constitution*, uma constituição que evolui, que se altera com o tempo e se adapta a novas circunstâncias, sem que necessariamente tenha sido formalmente emendada³⁶⁷.

O fenômeno, embora criticado, é positivo. Uma constituição estática serviria precariamente aos seus propósitos. Seria ignorada, ou pior, seria um entrave, uma relíquia, que afastaria a sociedade brasileira do progresso e prejudicaria o seu desenvolvimento.

³⁶⁵ *Apud* BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 22ª ed. São Paulo: Malheiros. p.315.

³⁶⁶ *Idem*. *Ibidem*.

³⁶⁷ *Idem*. *Ibidem*.

Contudo, a *living constitution* é uma constituição sujeita a manipulações, uma vez que é infinitamente flexível e não tem um conteúdo fixo, senão o que o intérprete lhe atribuir.

Dessa forma, surge necessário conjugar a intenção de ter uma constituição que é ao mesmo tempo vivente, adaptável, dinâmica e, simultaneamente, estável e resistente à manipulação humana.

Para Strauss, isso tem sido alcançado nos Estados Unidos por uma razão específica: o sistema constitucional daquele país, de maneira até mesmo inconsciente, se estruturou como um sistema da *common law*. O sistema consuetudinário, conforme detalha, é um sistema construído não sobre um texto autoritário, fundacional, “quase sagrado”, como o de uma constituição.

Pelo contrário, a *common law* é estruturada em precedentes e tradições sedimentados com a passagem do tempo pelos juízes. Esses precedentes deixam margem para adaptações e mudanças, mas somente dentro de certos limites e formas que se enraizaram no passado.

David Strauss, assim, defende que “a *lei* emerge desse processo evolutivo, mediante o desenvolvimento de um corpo de precedentes. Um juiz que é confrontado com uma questão jurídica complexa pesquisa como os Tribunais decidiram previamente a matéria ou casos similares”. O juiz parte da premissa que seguirá o entendimento jurisprudencial. Se os precedentes forem inequivocamente aplicáveis, não haverá espaço para divergência. Porém, se os casos prévios apontarem para direções distintas, caberá ao juiz definir a questão.

Strauss prossegue destacando que na *common law* não existem regras definitivas, absolutas; o sistema não é um algoritmo. A lei não pode ser tratada como se contivesse apenas os axiomas e corolários de um livro de

matemática. A melhor forma de pensar a *common law* é que se trata de um sistema ideologicamente governado por comportamentos de *humildade* e de um *cauteloso empirismo*.

Dessa forma, a primeira ideologia dominante desde a fundação da *common law* é a humildade sobre o poder de “deduzir razões” do indivíduo. Para se conhecer a lei, deve-se saber por que ela foi concebida daquela determinada maneira³⁶⁸. Strauss defende ser negativo que uma pessoa tente solucionar isoladamente um determinado problema, sem conhecer como a sabedoria coletiva teria tentado resolver o conflito. Por essa razão, aduz que os precedentes devem ser seguidos, sobretudo aqueles que refletem a jurisprudência consolidada há tempos.

O caso Cesare Battisti, entretanto, não foi um caso definido pelo Supremo Tribunal Federal, segundo os padrões definidos por David Strauss para uma *common law constitution*.

A despeito do entendimento prévio, externado na Extradução n. 1.008, segundo o qual a Corte não teria competência para anular um ato de concessão de refúgio deferido pelo Poder Executivo, num julgamento longo, extremamente controvertido e por uma pequena maioria, decidiu-se rever tal entendimento.

Talvez, devido à enorme controvérsia em torno da orientação adotada, uma vez recusada a entrega do extraditando pelo Presidente da República, a Corte optou por não rever tal ato, o qual, pelo que se apurou, pareceu guardar a mesma motivação já afastada no julgamento prévio.

A necessidade de obediência a precedentes e a cautela da revisão dos entendimentos passados é uma das características marcantes de

³⁶⁸ HOLMES, Jr. Oliver Wendell. op. cit. p. 1.

uma *living constitution* e de um estado de direito que preza pela segurança jurídica.

O caso Battisti, assim, parece confirmar a máxima legal de que *casos difíceis produzem decisões ruins*.

Vale citar novamente filósofo irlandês Edmund Burke:

“A ciência de Governo sendo [...] tão prática em si mesma, e intencionada para objetivos sociais, é um tema que requer experiência, mais experiência que qualquer pessoa pode adquirir durante toda a sua vida, [...] Deve ter um cuidado sem fim o homem que intencione derrubar um prédio que tem resguardado, num nível tolerável, há tempos, os propósitos comuns da sociedade”³⁶⁹.

Por fim, cumpre encerrar mencionando uma frase da *Justice Sandra O'Connor*, da Suprema Corte dos Estados Unidos: “A liberdade não encontra refúgio em uma jurisprudência de dúvidas”³⁷⁰.

³⁶⁹ *Apud* Idem. p. 42. A citação foi retirada da obra de Edmund Burke, denominada *Reflections on the Revolution in France* (1790).

³⁷⁰ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 844 (1992).

VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALKIN, Jack M. *Fidelity to Text and Principle. The Constitution in 2020*. New York: Oxford. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Saraiva: São Paulo. 2010.

BORK, Robert. *The Tempting of America*. New York: Touchstone. 1991.

BREYER, Stephen. *Making our Democracy Work – A Judge’s view*. New York: Alfred A. Knopf. 2010.

BURNHAM, William. *Introduction to the Legal System of the United States*. 3rd ed. St. Paul: West Group. 2002.

CARDOZO, Benjamin N. *The Nature of the Judicial Process*. New York: Cosimo Classics. 2009.

COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5^a ed. São Paulo: Bookman. 2010.

DAM, Kenneth W. *The Law-Growth Nexus – The Rule of Law and Economic Development*. Washington: Brooking Institution Press. 2006.

FLINTERMAN, Cees. *Judicial control of foreign affairs: the political question doctrine*. Publicado em *Judicial Control: Comparative essays on judicial review*. Antuérpia: Metro. 1995.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 7^a ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

GRIMM, Dieter. *Jurisdição Constitucional e Democracia*. Revista de Direito do Estado. Ano 1. nº 4. out/dez 2006.

HARRIS, PHIL. *An Introduction to Law*. 7th ed. Cambridge: Cambridge University Press. 2007. p. 201.

HALL, KERMIT L. *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. 2nd. Ed. New York: Oxford. 2005. p. 769.

HOLMES, Jr. Oliver Wendell. *The Common Law*. New York: Dover. 1991.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo*. 2011.

JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark. *Comparative Constitutional Law*. 2nd. Ed. New York: Foundation Press. 2006.

JARDIM, Flavio J. e PAIVA, Paulo. *Notas acerca de um processo civil pragmático*. REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA Nº 190 T. 2 ABR.JUN. 2011.

JUDT, Tony. *Pós-guerra: uma história da Europa desde 1945*. Rio de Janeiro: Objetiva. 2008.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. – 3^a ed. – Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEVINSON, SANFORD. *Our Undemocratic Constitution*. New York: Oxford. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

MONTEIRO, Jorge Vianna. *Como funciona o governo – escolhas públicas na democracia representativa*. São Paulo: FGV Editora. 2007.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Atlas. 2006.

PAIVA, Paulo. *QUESTÃO POLÍTICA PURA?*. IDP: Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 4, 2010/2011.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de Direito Privado*, tomo I. Campinas: Bookseller, 1999.

POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico*. São Paulo: Landy Editora. 2006.

PLUNKNETT, Theodore F. T. *A Concise History of the Common Law*. Indianapolis: Liberty Fund. 2010.

RAMOS, Saulo. *Código da vida*. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2007.

REYNOLDS, William Lt. *Judicial Process*. St. Paul: Thomsom West. 2003.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSEN, Jeffrey. *The Supreme Court – The Personalities and Rivalries That Defined America*. New York. Times Books. 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009.

STRAUSS, David A. *Common Law Constitutional Interpretation*. 63 *The University of Chicago Law Review* 877. (Summer 1996).

_____. *The Living Constitution*. New York: Oxford University Press. 2010.

TRIBE, Lawrence. *Seven Deadly Sins of Straining the Constitution through a Pseudo-Scientific Sieve*. 36 *Hastings L. J.* 155. 1984.

WEBB, Duncan; SANDERS, Katherine e SCOTT, Paul. *The New Zealand Legal System. Structures and Processes*. 5th ed. Wellington: LexisNexis. 2010.

XIMENES, Júlia Maurmann. *O Comunitarismo & Dinâmica do Controle Concentrado de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

VII. PRECEDENTES

7.1. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ACO 876 MC-AgR, Rel. Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, julgado em 19.12.2007, DJe 31.7.2008.

ADI 1.289 EI, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 3.4.2003, DJ 27.2.2004.

ADI 2.240, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJe 2.8.2007.

ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 22/03/2006, DJ 10.8.2006.

ADPF 132, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 5.5.2011, DJe 13.10.2011.

ADPF 153, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2010, DJe 5.8.2010.

Ext. 694, Rel. Min. Sydney Sanches. Tribunal Pleno, j. 13.2.1997, DJ 12.2.1997.

Ext. 994, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 14.12.2005, DJ 4.8.2006.

Ext 1008, Rel. Min. Gilmar Mendes, Red. p/ acórdão. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 21.3.2007, DJe 16.8.2007.

Ext 1.085, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/2009, DJe 15.4.2010.

HC 73.662, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 21.5.1996, DJ 20.9.1996.

MS 26.602, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 4.10.2007, DJe 16.10.2008.

Rcl 3034 AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2006, DJ 27.10.2006.

Rcl 11243, Rel. Min. Gilmar Mendes, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2011, DJe 5.10.2011

RE 397762, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 03.6.2008, DJe 11.9.2008.

RE 407688, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2006, DJ 6.10.2006.

7.2. PRECEDENTES DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Abrams v. United States, 549 U.S. 1145 (1919).

Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962).

Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).

Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).

Buchanan v. Warley, 245 U.S. 60 (1917).

Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942).

Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

McCabe v. Atchison, T. & S.F. Ry. Co. 235 U.S. 151 (1914).

McCulloch v. Maryland, 17 U.S. 316 (1819).

McLaurin v. Oklahoma State Regents, 339 U.S. 637 (1950).

Missouri ex rel. Gaines v. Canada, 305 U.S. 337 (1938).

New York Times v. United States, 403 U.S. 713 (1971).

Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833 (1992).

Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919).

Shelley v. Kraemer, 334 U.S. 1 (1948).

Sullivan v. Strop, 496 U.S. 478 (1990).

Sweatt v. Painter, 339 U.S. 629 (1950).

Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25, 27 (1949).

Yates v. United States, 354 U.S. 298 (1957).